



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting

Boer, J.P.

Citation

Boer, J. P. (2011, June 8). *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*. SDU, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/17699>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/17699>

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

DE ANGLO-AMERIKAANSE TRUST IN DE INKOMSTEN- EN VENNOOTSCHAPSBELASTING

VOOR MIJN AANSTAANDE VROUW

De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting

Een kwalificatiemodel, knelpuntenanalyse en
oplossingsrichting voor de inpassing van
Anglo-Amerikaanse trusts in de
Nederlandse inkomsten- en vennootschapsbelasting

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Universiteit Leiden
op gezag van
rector magnificus

Prof.mr. P.F. van der Heijden

volgens besluit van het College voor Promoties.

Te verdedigen op woensdag 8 juni 2011
klokke 16.15 uur

door

Jacobus Pieter Boer

geboren te Gouda
in 1978

Promotiecommissie:

Promotor:

Prof.dr. A.O. Lubbers

Overige leden:

Prof.dr. R.M. Freudenthal (*Rijksuniversiteit Groningen*)

Prof.dr. F. Sonneveldt

Prof.mr. R.J. de Vries

Prof.dr. J.W. Zwemmer (*Universiteit van Amsterdam*)

Voorwoord

In 2003 kwam tijdens een promovendi-bijeenkomst onder leiding van mr. J. van Soest de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel ter sprake. Het onderwerp had direct mijn interesse vanwege de wisselwerking tussen het civiele en fiscale recht. Daarbij is de Anglo-Amerikaanse trust – als rechtsfiguur – inderdaad het ideale instrument gebleken om de samenhang tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting aan een lakmoesproef te onderwerpen. Het onderwerp heeft door de jaren heen gelukkig zijn actualiteitswaarde behouden. De ontwikkelingen in de rechtspraak en de invoering van het regime voor afgezonderde particuliere vermogens per 1 januari 2010 hebben tot gevolg gehad dat het onderwerp zelfs aan belangstelling heeft gewonnen. Mijn verwachting is dat het onderzoek aanleiding vormt om het regime voor afgezonderde particuliere vermogens op onderdelen te heroverwegen.

Op deze plaats past een dankwoord aan degenen die een belangrijke bijdrage hebben geleverd aan de totstandkoming van het proefschrift. Allereerst wil ik mijn promotor, prof. dr. A.O. Lubbers, bedanken voor zijn voortvarende begeleiding bij het onderzoek. Het prettige overleg dat wij tijdens het schrijven van het proefschrift dikwijls hebben gehad, heb ik als zeer waardevol ervaren. Daarnaast ben ik bijzondere dank verschuldigd aan prof. dr. R.M. Freudenthal. Ik ben hem erkentelijk voor zijn motivatie, inspiratie en kritische invalshoeken. Ook de overige leden van de promotiecommissie, prof. dr. F. Sonneveldt, prof. mr. R.J. de Vries en prof. dr. J.W. Zwemmer, wil ik bedanken voor hun opbouwende commentaar.

Ook mijn collega's bij Deloitte ben ik veel dank verschuldigd. Zij hebben de afgelopen jaren mijn afwezigheid op kantoor verschillende keren opgevangen om zodoende het schrijven van het proefschrift mogelijk te maken. Zonder hun hulp had ik dit proefschrift niet kunnen voltooien. Ook de collega's van het Instituut voor Fiscale en Economische vakken wil ik bedanken voor hun waardevolle discussies en prettige samenwerking.

Daarnaast past een dankwoord aan mijn familie, schoonfamilie en vrienden. Gedurende de rit hebben zij altijd belangstelling getoond en mij gemotiveerd om de klus af te maken. Dankzij hun steun is het schrijven van het proefschrift nooit een eenzame bezigheid geweest. Lieve Mirjam, van iedereen heb jij ongetwijfeld het meeste last gehad van het proefschrift, maar daarover het minste geklaagd. Bedankt daarvoor. Ik wil Bas van der Slik bedanken voor zijn hulp op de momenten dat ik die het meeste nodig had. Zonder jou was het boek er nooit gekomen. Daarnaast ben ik Katleen Arendsman erkentelijk voor alle momenten waarop ik onaangekondigd met mijn verhaal binnen kon lopen. Ik beloof dat ook na het afronden van het proefschrift nog heel vaak te doen. Ook wil ik mijn ouders graag bedanken en dan vooral mijn moeder. Haar optimisme en volhardendheid zijn in de laatste fase van het schrijfproces beslissend geweest om het werk ook daadwerkelijk af te ronden.

Ten slotte wil ik Kirsten van Loon bedanken voor haar secretariële ondersteuning waarop ik zelfs in de weekenden mocht rekenen.

Het manuscript is afgesloten op 21 januari 2011

Inhoudsopgave

Voorwoord / 5

Inhoudsopgave / 7

Lijst van afkortingen / 13

1 Inleiding / 15

- 1.1 Aanleiding voor het onderzoek / 15
- 1.2 Doelstelling van het onderzoek / 17
- 1.3 Onderzoeksvragen en toetsingskader / 19
- 1.4 Afbakening van het onderzoek / 22
 - 1.4.1 Private express trust / 22
 - 1.4.2 Anglo-Amerikaans trustrecht / 24
 - 1.4.3 Inkomsten- en vennootschapsbelasting / 24
 - 1.4.4 Internationale fiscale aspecten / 25
- 1.5 Opbouw van het onderzoek / 25

Deel I / 27

2 Het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen / 29

- 2.1 Het legaliteitsbeginsel als basis van het fiscale stelsel / 29
- 2.2 Het Nederlandse belastingstelsel ten aanzien van winst en inkomen / 31
- 2.3 Aanwijzing van het subject van heffing in het Nederlandse fiscale stelsel / 32
 - 2.3.1 Aanwijzing van het rechtssubject in het civiele recht / 32
 - 2.3.2 Aanwijzing van rechtssubjecten in het fiscale recht / 33
- 2.4 De historische ontwikkeling van het Nederlandse fiscale stelsel / 35
 - 2.4.1 Historische ontwikkeling van de inkomstenbelasting / 35
 - 2.4.2 Historische ontwikkeling van de vennootschapsbelasting / 36
 - 2.4.3 Conclusie / 39
- 2.5 Rechtsgronden van de inkomsten- en vennootschapsbelasting / 39
 - 2.5.1 Inkomstenbelasting / 39
 - 2.5.2 Vennootschapsbelasting / 40
 - 2.5.2.1 Inleiding / 40
 - 2.5.2.2 Afgeleide rechtsgrond voor rechtspersonen / 41
 - 2.5.2.3 Rechtsgrond voor 'niet-rechtspersonen' / 42
 - 2.5.3 Conclusie / 43
 - 2.6 De afbakening tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting / 44
 - 2.7 De subjectgerichtheid van de inkomsten- en vennootschapsbelasting / 48
 - 2.7.1 De belaste tegenover de onbelaste sfeer / 48
 - 2.7.2 Het bestaan van een getrappt stelsel / 50
 - 2.7.3 De (on)bestaanbaarheid van 'zwevend vermogen' / 53
 - 2.8 Verschillende objecten bij de verschillende subjecten / 58
 - 2.9 Conclusie ten aanzien van het Nederlandse fiscale stelsel / 61

3 Ontleding van het kwalificatieleerstuk / 63

- 3.1 Inleiding / 63
- 3.2 Algemene aspecten van het kwalificatieleerstuk / 64
 - 3.2.1 Fiscale erkenning als onderdeel van het kwalificatieleerstuk / 64
 - 3.2.2 Fiscale kwalificatie als duiding van een feitencomplex / 65
 - 3.2.3 Uniforme en algemene toepassing van kwalificatiecriteria / 66
 - 3.2.3.1 Uniforme toepassing van kwalificatiecriteria / 66
 - 3.2.3.2 Algemene toepassing van kwalificatiecriteria / 68
 - 3.3 Afbakening van het begrip 'fiscale (non-)transparantie' / 70
 - 3.3.1 'Durchgriff' en 'piercing the corporate veil' / 70
 - 3.3.2 Wettelijke en buitenwettelijke transparantie / 70
 - 3.3.2.1 Wettelijke transparantie / 71
 - 3.3.2.2 Buitenwettelijke transparantie / 72
 - 3.3.2.3 Relatie met fiscale kwalificatie / 72
 - 3.3.3 Kwalificatie en de toerekening van inkomen en/of vermogen / 73
 - 3.3.4 De 'onvolkomen fiscale transparantie' / 75
 - 3.3.5 Definitie fiscale (non-)transparantie / 77
 - 3.4 Vormen van intermediatie / 78
 - 3.4.1 Louter economische of fysische intermediatie / 79
 - 3.4.2 Horizontale juridische intermediatie / 79
 - 3.4.3 Juridische intermediatie met vertegenwoordiging / 80
 - 3.4.4 Niet-discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging / 81
 - 3.4.5 Discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging / 82
 - 3.5 De juridische intermediatie van de Anglo-Amerikaanse trust / 84
 - 3.5.1 Louter fysische en economische intermediatie / 85
 - 3.5.2 Horizontale juridische intermediatie / 85
 - 3.5.3 Juridische intermediatie met vertegenwoordiging / 86
 - 3.5.4 Niet-discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging / 86
 - 3.5.5 Discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging / 87
 - 3.5.6 Conclusie omtrent de intermediatie van trusts / 88
 - 3.6 Invloed van herroepelijkheid op de juridische intermediatie / 88
 - 3.7 Conclusie en definities / 89

4 De vennootschapsbelastingdimensie van het kwalificatieleerstuk / 93

- 4.1 Inleiding / 93
- 4.2 Criteria voor fiscale non-transparantie volgens de wetgever / 94
- 4.3 Criteria voor fiscale non-transparantie volgens de uitvoerder / 100
 - 4.3.1 Besluit van 18 september 1997, BNB 1998/15 / 100
 - 4.3.2 Besluit van 18 december 2004, BNB 2005/88 / 102
 - 4.3.3 Besluit van 11 december 2009, BNB 2010/58 / 106
- 4.4 Criteria voor fiscale non-transparantie in de rechtspraak / 110
 - 4.4.1 Het voor 'rekening en risico van'-criterium / 110
 - 4.4.2 De vrije overdraagbaarheid / 113
- 4.5 Criteria voor kwalificatie in de literatuur / 115
 - 4.5.1 Inleiding / 115
 - 4.5.2 Kwalificatiemethode en -criteria in de literatuur / 116
 - 4.5.2.1 Opvatting J.W. Zwemmer / 116
 - 4.5.2.2 Opvatting A.H.M. Daniels / 117
 - 4.5.2.3 Opvatting J.A.R. van Eijdsen / 117
 - 4.5.2.4 Opvatting M.L.M. van Kempen / 118
 - 4.5.2.5 Opvatting Commissie Samenwerkingsverbanden / 119
 - 4.5.2.6 Opvatting P.J. Wattel / 120
 - 4.5.2.7 Conclusie omtrent de opvattingen in de literatuur / 120
 - 4.5.3 Criteria ter bepaling van het 'voor rekening en risico van'-criterium / 121
 - 4.5.3.1 Eigendoms criterium / 121

4.5.3.2	Aansprakelijkheids criterium / 123
4.5.3.3	Uitdelingsbesluit / 128
4.5.4	Criteria ter bepaling van het open karakter van de rechtsvorm / 132
4.5.4.1	In aandelen verdeeld kapitaal / 132
4.5.4.2	Vrije toe- en uittreding / 138
4.6	Conclusie vennootschapsbelastingdimensie voor het kwalificatiemodel / 141

5 De inkomstenbelastingdimensie van het kwalificatieleerstuk / 143

5.1	Inleiding / 143
5.2	Fiscale transparantie benaderd vanuit het subject / 145
5.2.1	De inkomstenbelastingdimensie nader toegelicht / 145
5.2.2	De gerechtigdheid tot het object / 147
5.2.3	De gerechtigdheid bij verschillende bronnen van inkomen / 148
5.3	Het genieten van winst en inkomen / 151
5.3.1	Het genieten van winst uit onderneming / 152
5.3.1.1	De ondernemer / 152
5.3.1.1.a	'Voor rekening van'-criterium / 153
5.3.1.1.b	Het verbondenheidscriterium / 157
5.3.1.2	Medegerechtigden / 158
5.3.1.3	Conclusie ten aanzien van winstgenieters / 161
5.4	Genieten volgens het kasstelsel voor particulieren / 162
5.5	De vermogensrendementsheffing / 168
5.5.1	Bezitting; zaak en vermogensrecht / 168
5.5.2	Het begrip 'blote verwachting' / 172
5.5.2.1	Meer dan een blote verwachting / 172
5.5.2.2	Beoordeling rechtsverhouding: verwachting of gerechtigdheid / 176
5.6	Conclusie ten aanzien van de inkomstenbelastingdimensie / 179
5.7	Model voor de kwalificatie van rechtsvormen / 181

Deel II / 185

6 Civielrechtelijke profielschets van de Anglo-Amerikaanse trust / 187

6.1	Inleiding / 187
6.2	Historische achtergronden bij de Anglo-Amerikaanse trust / 188
6.2.1	De oorsprong van de Anglo-Amerikaanse trust / 189
6.2.2	De ontwikkeling van het Anglo-Amerikaanse trustrecht / 190
6.3	Civielrechtelijke kenmerken van de Anglo-Amerikaanse trust / 194
6.3.1	Kern van het Anglo-Amerikaanse trustrecht / 194
6.3.2	Categorisering van de diverse trustvormen / 197
6.3.2.1	Aan de trustinstelling voorafgaande ontstaansgrond / 198
6.3.2.2	Het met de trustinstelling nagestreefde doel / 198
6.3.2.3	De rechtspositie van de beneficiaries / 199
6.3.2.4	De (on)herroepelijkheid van een trust / 200
6.3.3	Schematisch overzicht trustvormen / 201
6.4	Algemene civielrechtelijke aspecten van de private express trust / 201
6.4.1	Het creëren van een private express trust / 201
6.4.2	Beperkingen bij het instellen van een express trust / 204
6.4.3	De beëindiging van een express trust / 206
6.4.4	Sham trusts / 207
6.5	Rechtspositie van bij de trust betrokken personen / 208
6.5.1	De positie van de settlor / 208
6.5.2	De positie van de trustee(s) / 209
6.5.3	De positie van de beneficiaries / 212
6.5.3.1	Algemene aspecten van de rechtspositie van de beneficiary / 212

6.5.3.2	De beneficiary van een fixed trust / 215
6.5.3.2.a	Present interests / 216
6.5.3.2.b	Future interests / 217
6.5.3.2.c	Vested en contingent interests / 218
6.5.3.3	De beneficiary van een discretionary trust / 221
6.5.4	De positie van de protector / 222
6.6	Enkele specifieke vormen van de express trust / 224
6.6.1	Family trusts / 224
6.6.2	Business trusts / 224
6.6.3	Trusts in financieringstransacties / 225
6.6.4	Unit Trusts / 226
6.6.5	Pension trusts / 226
6.7	Trustachtige figuren in Nederland / 227
6.7.1	Nederlandse stichting / 227
6.7.2	De kwaliteitsrekening / 228
6.7.3	Het bewind / 228
6.8	Het Haags Trustverdrag / 229
6.9	Conclusie / 233

Deel III / 237

7 De fiscale erkenning van de Anglo-Amerikaanse express trust / 239

7.1	Inleiding / 239
7.2	Fiscaalrechtelijke erkenningsregel / 239
7.2.1	Fiscale erkenningsregel vóór de inwerkingtreding van het HTV / 239
7.2.2	Erkeningsregel na inwerkingtreding van het HTV / 240
7.3	Doorwerking van het HTV naar de fiscaliteit / 242
7.3.1	Afwijzing van doorwerking door de Hoge Raad / 242
7.3.2	Directe doorwerking van het HTV naar de fiscaliteit / 244
7.3.3	Indirecte doorwerking van het HTV naar de fiscaliteit / 246
7.4	Affiniteitstoets binnen de fiscale erkenningsregel / 248
7.5	De fiscale erkenningsregel en fraus legis / 250
7.5.1	De relatie tussen de erkenningsregel en fraus legis / 250
7.5.2	Toepassingsvoorwaarden voor fraus legis / 251
7.5.2.1	Fraus legis in trustsituaties: belastingverijdelingsmotief / 252
7.5.2.2	Fraus legis in trustsituaties: het normvereiste / 255
7.5.3	Conclusie omtrent de invloed van fraus legis op de fiscale erkenning / 261
7.6	De gevolgen bij fiscale erkenning van een trustverhouding / 261
7.6.1	Fiscale transitie / 262
7.6.2	Overzicht van civielrechtelijke rechtsgevolgen bij fiscale erkenning / 264
7.7	De fiscale niet-erkenning van een trustverhouding / 265
7.7.1	Niet-erkenning op basis van de erkenningsregel / 265
7.7.2	Niet-erkenning op basis van fraus legis / 266
7.8	Conclusie / 267

8 Fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust / 269

8.1	Inleiding / 269
8.2	De fiscale kwalificatie van discretionary trusts / 271
8.2.1	Fiscale kwalificatie volgens het kwalificatiemodel / 271
8.2.2	Jurisprudentie / 273
8.2.3	Literatuur / 276
8.2.4	Conclusie / 277
8.3	De fiscale kwalificatie van de (ir)revocable fixed trust / 277
8.3.1	Fiscale kwalificatie volgens het kwalificatiemodel / 278

8.3.2	Jurisprudentie / 282
8.3.3	Literatuur / 289
8.3.4	Conclusie / 291
8.4	Invloed van de 'power to revoke' op de fiscale kwalificatie / 291
8.4.1	Visie I – De herroepelijkheid heeft geen invloed op de juridische intermediatie / 292
8.4.2	Visie II – De herroepelijkheid heeft wel invloed op de juridische intermediatie / 294
8.4.3	Beoordeling van beide visies omtrent de invloed van de herroepelijkheid / 296
8.4.4	Conclusie / 299
8.5	Conclusie ten aanzien van de fiscale kwalificatie / 300

9 Inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts / 301

9.1	Inleiding / 301
9.2	Knelpunten ten aanzien van de trust als zelfstandige entiteit / 302
9.2.1	Plaats van feitelijke leiding / 302
9.2.2	Binnenlandse belastingplicht van de Anglo-Amerikaanse trust / 303
9.2.3	Buitenlandse belastingplicht van de Anglo-Amerikaanse trust / 306
9.3	Knelpunten ten aanzien van de bij de trust betrokken personen / 308
9.3.1	De rechtspositie van de settlor / 309
9.3.2	De rechtspositie van de trustee(s)/protector / 313
9.3.3	De rechtspositie van de beneficiaries / 315
9.3.3.1	Knelpunten bij rechten sui generis / 315
9.3.3.1.1	Inkomen uit werk en woning (box 1) / 315
9.3.3.1.2	Inkomen uit aanmerkelijk belang (box 2) / 327
9.3.3.1.3	Inkomen uit sparen en beleggen (box 3) / 332
9.3.3.2	Knelpunten bij het ontbreken van rechten sui generis / 338
9.3.4	Samenvattend overzicht van de knelpunten / 342
9.4	Inpassingsvoorstel voor Anglo-Amerikaanse trusts / 345
9.4.1	Inleiding / 345
9.4.2	Inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts als zelfstandige entiteit / 345
9.4.2.1	Inpassing van trusts binnen de Wet Vpb 1969 / 346
9.4.2.2	Inpassing in de Wet IB 2001 / 349
9.4.2.3	Inpassing volgens een eigen regime voor doelvermogens / 352
9.4.2.4	Vestigingsplaatsficties / 354
9.4.2.5	Relatie tot de SW 1956 / 358
9.4.3	Inpassing ten aanzien van de bij de trust betrokken personen / 361
9.4.3.1	Knelpunten ten aanzien van tekstuele onduidelijkheden / 361
9.4.3.2	Het ontbreken van een recht sui generis / 362
9.4.3.3	Inhoudelijke beoordeling van de rechten sui generis / 363
9.4.4	Inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering / 365
9.5	Het APV-regime / 370
9.5.1	Achtergrond en doelstelling van het APV-regime / 370
9.5.2	Hoofdpijnen en de systematiek van het APV-regime / 372
9.5.3	Het APV-regime nader beschouwd / 378
9.5.3.1	Inkomstenbelasting / 378
9.5.3.2	Vennootschapsbelasting / 385
9.5.3.3	Successiewet / 388
9.5.4	Conclusies APV-regime / 390
9.6	Beoordeling APV-regime ten opzichte van een entiteitsbenadering / 391
9.6.1	Rechtsgelijkheid / 391
9.6.2	Rechtszekerheid / 392
9.6.3	Doelmatigheid / 394
9.7	Conclusies en aanbevelingen / 396

10 **Samenvatting / 401**

**Summary - The Anglo-American trust in Dutch personal and corporate
income taxation / 413**

Literatuurlijst / 423

Trefwoordenregister / 439

Curriculum vitae / 467

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
A-G	Advocaat-Generaal
ANBI	algemeen nut beogende instelling
APV	afgezonderd particulier vermogen
art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
Besluit IB 1941	Besluit op de Inkomstenbelasting 1941
Besluit Vpb 1942	Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942
blz.	bladzijde
BNB	Beslissingen in belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak (vanaf 1953)
BV	besloten vennootschap
Bvdb 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	Burgerlijk Wetboek
CVR	commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid
DTB 1917	Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917
FED	Fiscaal tijdschrift FED
Gw	Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HTV	Haags Trustverdrag
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IFA	International Fiscal Association
Inv. Wet IB 2001	Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001
IW 1990	Invorderingswet 1990
jo.	juncto
LLC	Limited Liability Company
MBB	Maandblad voor Belastingrecht en Belastingpraktijk
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
nr.	nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NV	naamloze vennootschap
OV	openbare vennootschap
OVR	openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid

par.	paragraaf
Rb.	Rechtbank
r.o.	rechtsoverweging
RvS	Raad van State
SBBI	sociaal belang behartigende instelling
SPF	Stichting Particulier Fonds
Stb.	Staatsblad
SW 1956	Successiewet 1956
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
Uitv.besl. IB 2001	Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001
Uitv.reg. IB 2001	Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001
Uitv.reg. SEB	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting
V-N	Vakstudie Nieuws
WCT	Wet conflictenrecht trusts
Wet Div.bel. 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 1914	Wet op de Inkomstenbelasting 1914
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet LB 1964	Wet op de loonbelasting 1964
Wet VB 1982	Wet op de Vermogensbelasting 1892
Wet VB 1964	Wet op de vermogensbelasting 1964
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor fiscaal recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Omwille van de leesbaarheid wordt naar regelmatig aangehaalde kamerstukken en literatuur verkort verwezen. De volledige vindplaats is opgenomen in de literatuurlijst.

1 Inleiding

1.1 AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

Het Nederlandse belastingrecht wordt steeds vaker geconfronteerd met de Anglo-Amerikaanse trustfiguur.¹ Ongetwijfeld zijn – in algemene zin – de voortschrijdende mondialisering en europeanisering daar de belangrijkste oorzaken van. In het bijzonder kan het zogeheten ‘Haags Trustverdrag’ worden genoemd,² waarin onder meer de internationale privaatrechtelijke erkenning van ‘Haagse trusts’ wordt geregeld. Daarmee is een belangrijke impuls gegeven aan het gebruik van de trustfiguur over de grenzen van Anglo-Amerikaanse jurisdicties heen.³ Ook de toenemende aandacht voor (internationale) ‘estate planning’, waarbij de Anglo-Amerikaanse trust als instrument wordt ingezet, kan als verklaring dienen voor het groeiende aantal trustsituaties in Nederland.

In landen met een Anglo-Amerikaanse rechtstraditie staat de trust bekend als een uiterst veelzijdige en haast alledaagse rechtsfiguur. De centrale positie die de trust inneemt in het Anglo-Amerikaanse rechtsleven blijkt uit het citaat van de Pierre Lepaulle:⁴

‘Thus from settlement of the greatest of wars down to the simplest inheritance on death, from the most audacious Wall Street scheme down to the protection of grandchildren, the trust can see marching before it in the motley procession of the whole human endeavour: dreams of peace, commercial imperialism, attempts to strangle competition or to reach paradise, hatred or philanthropy, love of one’s family or the desire to strip it of everything after one’s death (...). The trust is the guardian angel of the Anglo-Saxon, accompanying him everywhere, impassively, from the cradle to the grave.’

Nadien verschenen publicaties waarin de ‘remarkable usefulness’ van trusts wordt beschreven, geven steun aan de gedachte dat de kern van dit citaat niet tot het verleden behoort.⁵ Ook de financiële belangen bij Anglo-Amerikaanse trusts zijn enorm.⁶ Uit ramingen volgt dat wereldwijd ca. \$ 11.500 miljard is afgezonderd in doelvermogens, waaronder discretionary trusts, met als keerzijde een gemiste belastingopbrengst van

- 1 Deze constatering is al terug te vinden in het eerste zogeheten ‘trustbesluit’ van de staatssecretaris van Financiën; Mededeling Staatssecretaris van Financiën van 16 december 1993, nr. DB93/4451, *Infobulletin* 94/1, V-N 1994/155. Laatstelijk nog is de opmerking herhaald in de memorie van toelichting bij de ‘Wet schenk- en erfbelasting’. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 10.
- 2 Het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, ‘s-Gravenhage 1 juli 1985, *Trb.* 1985, 141, is geratificeerd op 28 november 1995 en voor Nederland in werking getreden op 1 februari 1996.
- 3 Zie ook de opmerking van de staatssecretaris van Financiën in onderdeel 3 van het Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, *BNB* 2006/139. Inmiddels is dit besluit ingetrokken bij Besluit van 16 december 2009, nr. CPP2009/2357M, *Stcrt.* 2009, V-N 2010/3.26.
- 4 Lepaulle 1932, blz. 113 (vertaling).
- 5 Hayton 1996, blz. 32 e.v., beschrijft onder het kopje ‘The remarkable usefulness of trusts’ diverse actuele toepassingsmogelijkheden van trusts; enkele daarvan zijn genoemd in paragraaf 6.6.
- 6 Hayton 2003, blz. 1-2 noemt enkele zeer omvangrijke aantallen met betrekking tot trusts in het Verenigd Koninkrijk.

\$ 255 miljard.⁷ In het Verenigd Koninkrijk hebben 195.000 trusts aangifte gedaan over het belastingjaar 2007/2008 en deze waren gezamenlijk ruim £ 1,4 miljard inkomstenbelasting (incl. capital gains tax) verschuldigd.⁸ In de Verenigde Staten liggen deze cijfers aanzienlijk hoger. Over het jaar 2009 deden ruim 3 miljoen trusts aangifte, waaruit een totale belastingbetaling van ruim \$ 16,1 miljard voortvloeide.⁹ Voor de Nederlandse situatie is geraamd dat ongeveer € 30 miljard is afgezonderd in ‘trustachtige’ rechtsvormen, waartegenover een (gederfde) belastingopbrengst van € 210 miljoen staat.¹⁰

De populariteit die de trustfiguur geniet in ‘common law-landen’, maakt op het Europese vasteland – waar het civielrechtelijke stelsel historisch gezien berust op het Romeinse *Corpus Iuris Civilis* – plaats voor onbekendheid. De in het Anglo-Amerikaanse recht ontwikkelde trustfiguur kent namelijk geen Romeinsrechtelijke pendant en is voor de continentale jurist een nauwelijks te doorgronden rechtsfiguur. Illustratief in dit verband is dat de grote continentale jurist Von Gierke zijn Britse collega Maitland toevertrouwde werkelijk niets te begrijpen van de Anglo-Amerikaanse trust.¹¹

De principiële onbekendheid met het subtiële trustrecht heeft tot gevolg dat deze rechtsfiguur op het Europese continent nog steeds wordt beheerst door schimmige beeldvorming en onjuiste veronderstellingen. Lupoi waarschuwt dan ook terecht dat het eenvoudig tot misvattingen kan leiden indien de continentale jurist de trustfiguur benadert vanuit Romeinsrechtelijk perspectief:¹²

‘A civilian who wishes to understand trusts must try to immerse himself in them more than is normally necessary under the current comparative law tenets. He must also take unusual pains to avoid making immediate, and almost instinctive, comparisons with institutions of the legal system with which he is familiar. He must try to forget any ideas which he may already have on the topic, because there is an extremely high likelihood that the limitations in comparative analysis which have often distinguished the civil-law approach to trusts have rendered these ideas imprecise, and, therefore, misleading.’

De civielrechtelijke onbekendheid met het Anglo-Amerikaanse trustrecht leidt al enkele decennia tot onduidelijkheden bij de toepassing van het Nederlandse belastingrecht. Het Nederlandse fiscale stelsel is namelijk primair geënt op het Nederlandse civiele recht, waardoor de trustfiguur als ‘fremdkörper’ in ons systeem kon worden beschouwd.¹³ Daarbij is de Anglo-Amerikaanse trust niet alleen ‘hard to grasp’ voor de continentale (wetgevings)jurist, de specifieke civielrechtelijke structuur van deze rechtsvorm zou tevens ‘constructies’ mogelijk maken waarbij ‘onbelast zwevend vermogen’ ontstaat. Anglo-Amerikaanse trusts zijn door de wetgever dan ook lange tijd met grote terughoudendheid – en argwaan – tegemoet getreden en buiten de wetgeving gehouden.

Als gevolg van het ontbreken van een wettelijk kader heeft geruime tijd rechtsonzekerheid bestaan ten aanzien van Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse belastingstel-

7 Zie The price of Offshore, Tax Justice Network briefing paper, nr. 3/05, (www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Briefing_Paper_-_The_Price_of_Offshore_14_MAR_2005.pdf), alsmede het U.S. Senate report van N. Coleman en C. Levin, ‘Tax Haven Abuses: The Enablers, the Tools and Secrecy’ (hsgac.senate.gov/public/_files/TAXHAVENABUSESREPORT107.pdf).

8 www.hmrc.gov.uk/stats/trusts/trusts.htm.

9 www.irs.gov/pub/irs-soi/09fd01.xls.

10 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 22. Het afgezonderde vermogen zou zijn verdeeld over 2.500 Anglo-Amerikaanse trusts, 2.500 Stichtingen Particulier Fonds en 400 overige doelvermogens. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 40, blz. 39.

11 Zwolve 1993, blz. 137.

12 Lupoi 2000, blz. 1.

13 Stevens 2008.

sel. Bij de totstandkoming van de Wet conflictenrecht trusts (WCT) werd deze onduidelijkheid door de toenmalige staatssecretaris van Justitie ook expliciet onderkend:¹⁴

‘Nu de trustverhouding in ons fiscale stelsel als afzonderlijke rechtsvorm onbekend is, zullen de fiscaalrechtelijke gevolgen van trusts niet altijd even duidelijk zijn. In beginsel bestaat die onduidelijkheid zowel voor de inkomstenbelasting, de vermogensbelasting, de vennootschapsbelasting en de omzetbelasting als voor het successie- en het schenkingsrecht.’

Ook de staatssecretaris van Financiën gaf in de zogeheten ‘trustbesluiten’ aan dat het ontbreken van een wettelijk kader tot onduidelijkheden kon leiden:¹⁵

‘In de Nederlandse fiscale regelgeving zijn geen specifieke bepalingen opgenomen voor de rechtsfiguren als de trust (...) waardoor onzekerheid kan blijven bestaan over de fiscale gevolgen van het onderbrengen van vermogen in deze rechtsfiguren.’

Per 1 januari 2010 is met de invoering van het regime voor ‘afgezonderde particuliere vermogens’ (hierna: APV) door de wetgever een einde gemaakt aan het ‘trustloze’¹⁶ belastingstelsel. Als onderdeel van een brede(re) beleidslijn om ‘constructies’ te bestrijden, waarbij vermogen onzichtbaar wordt gehouden voor de Nederlandse fiscus, heeft toenmalig staatssecretaris De Jager getracht een antwoord te formuleren op het gebruik van ‘discretionaire doelvermogens’, waaronder de Anglo-Amerikaanse trust.

De invoering van het APV-regime kan echter niet als een ‘systeemoplossing’ worden aangemerkt, maar heeft eerder het karakter van een generieke ‘antimisbruikmaatregel’.¹⁷ Het is derhalve de vraag of met de bestrijding van de ongewenste symptomen een evenwichtige inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust heeft plaatsgevonden. Het voorgaande is dan ook de aanleiding geweest om te onderzoeken op welke wijze de ‘wezensvreemde’ trust binnen het Nederlandse belastingrecht dient te worden ingebed.

1.2 DOELSTELLING VAN HET ONDERZOEK

Doelstelling van het onderzoek is om te beoordelen op welke wijze Anglo-Amerikaanse trusts en de daarbij betrokken personen voor toepassing van de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969 kunnen worden ingepast in het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. Hiertoe dient in de eerste plaats de ‘fiscale kwalificatie’ van de Anglo-Amerikaanse trust te worden onderzocht. De kwalificatie van een rechtsvorm als ‘transparante entiteit’ dan wel ‘non-transparante entiteit’ is de primaire stap bij de inpassing van een buitenlandse rechtsfiguur binnen het Nederlandse fiscale stelsel. In het verlengde van de fiscale kwalificatie ligt immers de vraag aan ‘wie’ de onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen en inkomsten kunnen worden toegerekend. Hiermee is de vraag met betrekking tot de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust niet alleen van belang voor de eventuele belastingplicht van ‘het doelvermogen’, maar tevens bepalend voor de wijze waarop de bij de trustverhouding betrokken personen in de belastingheffing kunnen worden betrokken.

Voor de beantwoording van het kwalificatievraagstuk dient te worden teruggevallen op de opzet van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. Aangezien een algemeen beoordelingskader voor de fiscale kwalificatie van doelvermogens ont-

14 Kamerstukken II 1992/93, 23 027, nr. 3, blz. 11.

15 Zie punt 5 van het Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, BNB 2006/193.

16 Het woord ‘trustloze’ is ontleend aan F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort: Sdu 2000, blz. 16. Na de introductie van het APV-regime zijn de Wet IB 2001, Wet Vpb 1969 en de SW 1956 niet langer ‘trustloos’ te noemen.

17 Sonneveldt en De Kroon 2009 spreken van een ‘robuuste regeling’ tegen ‘ontgaansmogelijkheden’.

breekt en de Anglo-Amerikaanse trust zich evenmin goed laat vergelijken met Nederlandse rechtsfiguren, wordt door mij aangesloten bij de uitgangspunten van de wetgever bij de vormgeving van het Nederlandse fiscale stelsel. In het kader van dit onderzoek zal ik dan ook een model ontwikkelen ter beantwoording van de vraag naar de fiscale kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen binnen het Nederlandse fiscale stelsel ('het kwalificatiemodel').

Het kwalificatiemodel is bedoeld om een antwoord te formuleren op belangrijke vragen bij de fiscale benadering van de Anglo-Amerikaanse trust en de daarbij betrokken personen binnen het oorspronkelijk 'trustloze' fiscale stelsel. Het gaat daarbij onder meer om de volgende vragen:

- Op basis van welke criteria wordt in een concreet geval bepaald of een rechtsfiguur een (non-)transparante entiteit is en gelden deze criteria ook voor Anglo-Amerikaanse trusts?
- Welke gevolgen worden verbonden aan de uitkomst van het kwalificatievraagstuk ten aanzien van een specifieke trustverhouding en de daarbij betrokken personen, in het bijzonder met betrekking tot de aard van de inkomst en het tijdstip van genieten?
- Aan wie dienen de onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen en het daaruit afkomstige inkomen te worden toegerekend?
- Kan een Anglo-Amerikaanse trust leiden tot 'zwevend vermogen' binnen het Nederlandse fiscale stelsel?

De opgeworpen vragen worden onderzocht door – met inachtneming van de jurisprudentie en literatuur – de criteria vast te stellen voor de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen.

Het uiteindelijke doel van het onderzoek is om te komen tot een inpassingsvoorstel voor Anglo-Amerikaanse trusts binnen het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. Hierbij wordt op basis van de uitkomst van het kwalificatievraagstuk een eigen voorstel geformuleerd. Het voorstel is bedoeld om de knelpunten weg te nemen die de specifieke civielrechtelijke structuur van de Anglo-Amerikaanse trust tot gevolg heeft.

Bij het formuleren van een eigen voorstel wordt geabstraheerd van het per 1 januari 2010 ingevoerde APV-regime. Het APV-regime vormt, zoals opgemerkt, immers een specifieke en incidentele afwijking ten opzichte van de hoofdstructuur: het Nederlandse fiscale stelsel. Vervolgens wordt het inpassingsvoorstel vergeleken met het APV-regime dat in de literatuur reeds kritiek heeft ontmoet.¹⁸ Op basis van het toetsingskader – zoals uitgewerkt in paragraaf 1.3 – worden de verschillende inpassingsvoorstellen ten opzichte van elkaar beoordeeld. Ten slotte worden op basis van de uitkomst van deze beoordeling aanbevelingen gedaan.

Een belangrijke nevendoelstelling van het onderzoek naar de fiscale inbedding van de Anglo-Amerikaanse trust is het leggen van een basis voor de verdere gebruikmaking van de (niet-fiscale) mogelijkheden die deze rechtsfiguur biedt. In de civielrechtelijke literatuur wordt toepassing van de Anglo-Amerikaanse trustfiguur in Nederland als een waardevolle aanvulling gezien op de civielrechtelijke structuren die het continentale recht biedt.¹⁹ De rechtsonzekerheid ten aanzien van de fiscale behandeling blijkt echter een belangrijk obstakel om daadwerkelijk tot invoering van een eigen trustvariant binnen de

18 In de literatuur zijn diverse onduidelijkheden gesignaleerd. Zie o.a. Auerbach 2009, blz. 496-506, Boer en Freudenthal 2009, blz. 507-511 en Sonneveldt en De Kroon 2009.

19 Zie Aertsen 2004, blz. 2-3 en blz. 108-109 alsmede de aldaar aangehaalde literatuur. Ook de staatssecretaris van Financiën noemt het instellen van een trust voor de bescherming van (familie)vermogen 'op zichzelf geoorloofd'. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 11.

Nederlandse rechtssfeer over te gaan.²⁰ Zo is tijdens de parlementaire behandeling bij het wetsvoorstel inzake de goedkeuring van het Haags Trustverdrag (HTV) aangegeven dat van de fiscale rechtsonzekerheid een remmende werking uitgaat.²¹ Nader onderzoek kan bijdragen aan het wegnemen van de fiscale obstakels die gebruikmaking van de Anglo-Amerikaanse trust in de Nederlandse rechtssfeer belemmeren. Hiermee wordt niet alleen een ‘ruimhartiger’ ontvangst van de Anglo-Amerikaanse trust mogelijk, maar kan worden geprofiteerd van de praktische voordelen die deze rechtsfiguur biedt. Tevens draagt een consistente fiscale inbedding van de Anglo-Amerikaanse trust bij aan het wegnemen van de schemerige sfeer waarmee deze rechtsfiguur thans nog altijd wordt omgeven.²²

Ten slotte wordt met het onderzoek naar de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust ook een ‘trustoverstijgend belang’ nagestreefd. De vraagstukken die opkomen in het kader van de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust zijn immers niet exclusief voorbehouden aan de trustfiguur. Integendeel, ook ten aanzien van veel andere (buitenlandse) rechtsvormen waarmee het Nederlandse belastingrecht wordt geconfronteerd, blijkt niet altijd een duidelijk antwoord voorhanden ten aanzien van de fiscale kwalificatie. De oorzaak daarvan is mede gelegen in het feit dat voor het Nederlandse belastingrecht nauwelijks, in meer algemene zin, onderzoek is gedaan ten aanzien van het kwalificatieleerstuk. Het onderzoek kent dan ook een zelfstandige doelstelling om aan de hand van de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust tot een verbeterd inzicht te komen in de werking van het kwalificatievraagstuk binnen het Nederlandse fiscale stelsel.

1.3 ONDERZOEKSVRAGEN EN TOETSINGSKADER

De centrale onderzoeksvraag die in het kader van dit onderzoek wordt behandeld, luidt:

‘Op welke wijze kunnen Anglo-Amerikaanse trusts, gelet op de uitgangspunten en criteria die zijn gehanteerd bij het aanbrengen van het onderscheid tussen fiscaal transparante en fiscaal non-transparante entiteiten, op consistente wijze worden ingepast binnen het Nederlandse fiscale stelsel?’

Het onderzoek maakt deel uit van het onderzoeksprogramma ‘Grenzen aan de uitoefening van fiscale soevereiniteit’.²³ Het gaat om een studie naar de fiscale kwalificatie van (buitenlandse) doelvermogens, de Anglo-Amerikaanse trust in het bijzonder. De fiscale kwalificatie van rechtsvormen geldt als essentiële eerste stap bij de inpassing daarvan binnen het Nederlandse fiscale stelsel. Het onderzoek sluit daarmee ook aan op het facultaire profileringsgebied ‘Interaction between Legal systems.’²⁴ Het is niet mogelijk om een buitenlandse rechtsvorm in te passen binnen het Nederlandse fiscale stelsel zonder eerst de fiscale kwalificatie daarvan vast te stellen. Het voorgaande geldt *a fortiori* voor de wezens-

20 Aertsen 2004, blz. 286, komt aan het slot van zijn onderzoek naar de mogelijke introductie van een trustfiguur in het Nederlandse recht tot de conclusie dat deze rechtsfiguur kan worden gezien als ‘een nuttige aanvulling op de mogelijkheden die het Nederlands recht kent om beheer van goederen te regelen. Of de wetgever werkelijk tot invoering van de trust in het Nederlandse recht moet overgaan, is mede afhankelijk van de maatschappelijke kosten die met invoering van de trust gemoeid zijn. Hierbij moet met name aan de gevolgen voor de belastinginkomsten van de overheid worden gedacht.’

21 Kamerstukken II 1994/95, 23 054 (R 1464), nr. 10, blz. 3.

22 Zo werden inspecteurs tot en met het laatste trustbesluit doorverwezen naar de somber getitelde ‘Projectgroep Vermogen in de doode hand van de Coördinatiegroep Constructie Bestrijding’. Ook uit de parlementaire behandeling bij de nieuwe SW 1956 kan worden afgeleid dat de trustfiguur met een zeker wantrouwen wordt bejegend. Zie o.a. Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 11-12 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 47.

23 Het deelprogramma is onderdeel van het overkoepelende programma ‘Grenzen aan fiscale soevereiniteit’. Zie www.law.leidenuniv.nl/org/fisceco/belastingrecht/onderzoek/grenzen-aan-de-soevereiniteit.html.

24 Zie www.law.leidenuniv.nl/onderzoek/interaction-legal-systems/over/over-het-profileringsgebied-interaction-between-legal-systems.html.

vreemde Anglo-Amerikaanse trustfiguur. Overigens dient ook in andere landen – waaronder de ‘common law-landen’²⁵ – een principiële beslissing te worden genomen ten aanzien van de kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust alvorens deze kan worden ingepast.

Bij het onderzoek worden het bestaande Nederlandse fiscale stelsel alsmede de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten en doelstellingen van de wetgever als uitgangspunt genomen; het betreft als zodanig geen studie van wenselijk recht, maar van stellig recht.

De centrale onderzoeksvraag valt uiteen in twee deelvragen. De deelvragen volgen elkaar logisch op en leiden tot beantwoording van de centrale onderzoeksvraag. Beide deelvragen zijn hierna weergegeven en voorzien van een beknopte toelichting.

Deelvraag 1:

‘Op welke wijze wordt de fiscale kwalificatie van (buitenlandse) rechtsvormen bepaald en welke fiscale kwalificatie wordt op grond daarvan aan Anglo-Amerikaanse trusts toegekend binnen het Nederlandse fiscale stelsel?’

Binnen het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen kan een onderscheid worden gemaakt tussen de belastingheffing die aangrijpt op het niveau van natuurlijke personen (inkomstenbelasting) en op het niveau van zelfstandige entiteiten (vennootschapsbelasting). De van toepassing zijnde wet- en regelgeving is afhankelijk gesteld van de hoedanigheid van het subject. Op welke wijze en aan de hand van welke criteria de fiscale hoedanigheid van een rechtsvorm als transparante entiteit dan wel non-transparante entiteit dient te worden vastgesteld, is in de belastingwetgeving evenwel niet bepaald.

De eerste deelvraag betreft dan ook de vraag naar de criteria die worden aangelegd bij de bepaling van de fiscale kwalificatie van (buitenlandse) rechtsvormen binnen het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. Hierbij worden de relevante criteria die dienen ter bepaling van het onderscheid tussen (non-)transparante entiteiten *in abstracto* vastgesteld, alvorens toetsing van de Anglo-Amerikaanse trust kan plaatsvinden.

Het onderzoek naar de kwalificatiecriteria vindt plaats vanuit een theoretische benadering van het leerstuk van de fiscale kwalificatie. Hierbij wordt het bestaande Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen nadrukkelijk als vertrekpunt genomen. Daarbij wordt onderzocht op welke wijze in de uitvoeringspraktijk, rechtspraak en literatuur nadere invulling is gegeven aan de uitgangspunten van de wetgever ten aanzien van het onderscheid tussen transparante en non-transparante entiteiten. De vastgestelde criteria voor de fiscale kwalificatie van rechtsvormen worden vervolgens tot een kwalificatiemodel verwerkt. Aan de hand van dit model wordt vastgesteld welke fiscale kwalificatie aan de Anglo-Amerikaanse trust dient te worden toegekend indien de uitgangspunten van de wetgever worden gevolgd ten aanzien van de zelfstandigheid van lichamen. Het betreft in wezen een ‘fiscale reconstructie’ van de gedachten van de wetgever ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust.

Het belang van het vaststellen van de relevante kwalificatiecriteria reikt overigens verder dan de kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust zelve als eventueel subjectieve belas-

25 De verschillen in de systematiek ten aanzien van trusts in landen als Canada, Australië, de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk wordt voornamelijk bepaald door verschillende zienswijzen ten aanzien van de reikwijdte van de (non-)transparantie van de trustfiguur. Zie de landenoverzichten in Lyons (ed.) 2010.

tingplichtige entiteit. De kwalificatiecriteria zijn voorts van belang ten aanzien andere (buitenlandse) rechtsvormen. Tevens is de fiscale kwalificatie van de trustfiguur van elementair belang voor de wijze waarop de bij de trustinstelling betrokken personen in de belastingheffing worden betrokken. Om deze reden wordt in het onderzoek de deelvraag naar de criteria voor fiscale kwalificatie van rechtsvormen voorop gesteld en wordt vervolgens de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse private express trust beoordeeld.

Deelvraag 2:

Welke knelpunten doen zich voor bij de inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts binnen het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen en op welke wijze kunnen deze knelpunten met inachtneming van het toetsingskader worden weggenomen?

Uitgaande van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust, zoals die voortvloeit uit het onderzoek naar het antwoord op de eerste deelvraag, staat bij de beantwoording van de tweede deelvraag de inventarisatie van knelpunten centraal en het voorstellen van een oplossingsrichting. Het gaat hierbij om de knelpunten die optreden ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust en de daarbij betrokken personen binnen de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969 die aan een consistente inpassing van de trustfiguur in de weg zouden staan.

Het onderzoek geschiedt op hoofdlijnen aan de hand van bepalingen die deel uitmaken van de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969, zoals die luiden tot 1 januari 2010. Per genoemde datum is het 'APV-regime' ingevoerd, dat als 'een ingreep' in de systematiek van het bestaande fiscale stelsel kan worden gezien. Daarbij wordt vanuit het perspectief van beide belastingwetten, alsmede in onderlinge samenhang, beoordeeld welke knelpunten ontstaan bij de toepassing van de relevante wettelijke bepalingen ten aanzien van Anglo-Amerikaanse trusts en de daarbij betrokken personen. Een knelpunt wordt aanwezig geacht, indien in een specifiek geval:

- economisch dubbele belastingheffing of geen belastingheffing optreedt;
- een toepasselijke wettekst ontbreekt, innerlijk tegenstrijdig of inconsistent is; dan wel
- als gevolg van de kwalificatie van de trustverhouding een verschil in behandeling ontstaat ten opzichte van economisch vergelijkbare gevallen, meer in het bijzonder ten aanzien van de aard van de inkomsten en het tijdstip van genieten.

De noodzaak om eventuele knelpunten weg te nemen ligt besloten in het streven om de kwaliteit van wetgeving te bevorderen door uitvoering te geven aan de drie fundamentele rechtswaarden: rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en doelmatigheid.²⁶ Indien uit de analyse blijkt dat zich knelpunten voordoen bij de toepassing van de regels van het Nederlandse belastingrecht op de door de trustinstelling ontstane rechtverhoudingen, wordt gezocht naar mogelijke oplossingsrichtingen en worden voorstellen tot inpassing gedaan. Hierbij wordt tevens beoordeeld in hoeverre het per 1 januari 2010 in werking getreden APV-regime de genoemde knelpunten wegneemt.

De verschillende inpassingsvarianten van de Anglo-Amerikaanse trust worden beoordeeld aan de hand van het navolgende toetsingskader dat een meer concrete invulling geeft aan de drie genoemde rechtswaarden. Hierdoor worden de rechtswaarden: rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en doelmatigheid ten behoeve van dit onderzoek 'geoperationaliseerd'.²⁷ Hierbij heb ik de invulling die aan deze rechtswaarden kan worden toegekend, omgevormd naar een toetsingskader ten behoeve van dit onderzoek. Hierbij staat de doelstel-

26 Gribnau 2006, blz. 27-66.

27 Gribnau 2006, blz. 36.

ling centraal om tot een consistent wettelijk kader te komen voor de inpassing van doelvermogens in het Nederlandse fiscale stelsel.

Toetsingskader

Rechtsgelijkheid

- Het inpassingsvoorstel dient zo veel mogelijk aan te sluiten bij de civielrechtelijke werkelijkheid en economische realiteit.
- Het in een doelvermogen afgezonderde vermogen dient – met inachtneming van de voor het fiscale recht relevante civielrechtelijke verschillen – zo veel mogelijk op gelijke wijze te worden belast als niet-afgezonderd vermogen.

Rechtszekerheid

- Het inpassingsvoorstel dient rechtmatig te zijn en in overeenstemming met internationale verdragen en het Europese recht.
- De inpassing dient op eenduidige en consistente wijze plaats te vinden.
- Het gebruik van open normen en ongedefinieerde begrippen dient zo veel mogelijk te worden vermeden.

Doelmatigheid

- Het inpassingsvoorstel dient noodzakelijk en doeltreffend te zijn om het beoogde doel te verwezenlijken.
- De regeling moet niet eenvoudig kunnen worden omzeild ('robuust').
- Eventuele maatregelen dienen evenredig te zijn en niet verder te gaan dan nodig voor het bereiken van de doelstelling (geen 'underkill' en 'overkill').
- Inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust dient zo efficiënt mogelijk plaats te vinden.
- Een voorgestelde regeling dient uitvoerbaar en handhaafbaar te zijn; onnodige complexiteit dient te worden vermeden.

Bij een beoordeling op basis van de bovengenoemde criteria gaat het om een weging van de verschillende factoren.

1.4 AFBAKENING VAN HET ONDERZOEK

Hoewel niet direct mijn muzikale voorkeur, ontleen ik aan de songtekst van Madonna, de toepasselijke tekst: *'Creation comes when you learn to say no'*.²⁸ Ook in het kader van dit onderzoek is het noodzakelijk gebleken enkele beperkingen aan te brengen. Alvorens de opbouw van het onderzoek uiteen te zetten, worden op deze plaats de vier belangrijkste punten genoemd – en kort toegelicht – die bij de afbakening van het onderzoek zijn gehanteerd.

1.4.1 Private express trust

Binnen het brede spectrum aan trustvarianten is het onvermijdelijk een selectie te maken. In het onderzoek worden uitsluitend de zogeheten 'private express trusts' behandeld. Het gaat meer in het bijzonder om de 'fixed en discretionary trusts', die al dan niet herroepbaar zijn ('irrevocable') en waarmee het particuliere belang wordt nagestreefd.²⁹

De keuze voor de express trust – de trust die door de uitdrukkelijk daartoe strekkende wilsuiting van de settlor wordt ingesteld – is om een tweetal redenen gemaakt. In de eerste plaats is gekozen voor de private express trust, omdat deze van alle trustvarianten vermoedelijk het meeste in aanraking komt met de Nederlandse fiscale jurisdictie. De ove-

28 Het betreft de songtekst van 'The Power of Goodbye' van het album Ray of Light (1998).

29 Zie uitgebreid paragraaf 6.3.2.

rige trustvarianten hebben doorgaans een meer 'institutioneel karakter', waardoor deze voor toepassing buiten de Anglo-Amerikaanse jurisdictie minder geëigend zijn.³⁰ In de tweede plaats is gekozen voor de express trust, vanwege het feit dat deze trustvorm op volontaire basis kan worden ingesteld. Deze keuzevrijheid maakt het mogelijk om met gebruikmaking van deze trustfiguur in te spelen op eventuele onevenwichtigheden in het fiscale stelsel van een andere jurisdictie (anders gezegd: belasting te vermijden).

Binnen de categorie express trusts, worden uitsluitend de zogeheten 'private trusts' behandeld. Hiermee worden de zogeheten 'public trusts', waartoe de 'charitable trust' en de 'honorary trust' worden gerekend, buiten het kader van het onderzoek geplaatst. De 'public trusts' hebben een wezenlijk afwijkende civielrechtelijke structuur waardoor een gezamenlijke behandeling met de andere trustvarianten niet mogelijk is.³¹ Telkens waar in de fiscaalrechtelijke gedeelten van het onderzoek wordt gesproken over 'de trustverhouding', wordt 'de Anglo-Amerikaanse private express trust' bedoeld.³²

Vooruitlopend op een bespreking van de civielrechtelijke kenmerken van de Anglo-Amerikaanse trustfiguur in hoofdstuk 6 is het noodzakelijk om reeds op deze plaats de grondstructuur van een Anglo-Amerikaanse trust weer te geven en enkele begrippen te introduceren. Vereenvoudigd omschreven, kan worden gezegd dat een trustverhouding ontstaat indien goederen ('trust res') worden overgedragen door een insteller ('settlor') aan een derde ('trustee') met de bedoeling om deze goederen ten behoeve van één of meer begunstigden ('beneficiaries') te beheren. De trustee is eigenaar ('legal owner') van het onder trustverband geplaatste vermogen en heeft daarover de beschikkingsmacht. De trustee beheert de goederen ten behoeve van de beneficiaries die als begunstigden worden aangemerkt en ook wel 'equitable owner' worden genoemd. Het is mogelijk dat de insteller zich ten tijde van de trustcreatie de bevoegdheid voorbehoudt de trustinstelling te herroepen ('power to revoke').

Bijzonder is dat de onder trustverband gestelde goederen binnen het vermogen van de trustee een 'separate positie' innemen en bijvoorbeeld niet tot het 'eigen' vermogen van de trustee worden gerekend indien de trustee overlijdt of failliet gaat. De afgescheiden positie van de trustgoederen binnen het vermogen van de trustee leidt wel tot de abstracte zienswijze van een op zichzelf staand 'trustvermogen'.³³ Opgemerkt dient te worden dat een Anglo-Amerikaanse trust geen rechtspersoonlijkheid bezit.³⁴

Voorts geldt dat de beneficiary in voorkomende gevallen naast 'persoonlijke acties' jegens de trustee, ook acties met een 'goederenrechtelijk karakter' kan instellen ten aanzien van de onder trustverband gestelde goederen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de trustee de trustgoederen heeft vermengd met zijn eigen vermogen of in strijd met de trustakte ('in breach of trust') heeft gehandeld.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat 'aanspraken' van beneficiaries zeer uiteenlopend kunnen zijn. Hierbij is de rechtspositie van de beneficiaries primair afhankelijk van het-

30 Haelterman 1992, blz. 308.

31 Bij 'public trusts' ontbreken beneficiaries en derhalve ook de scheiding tussen zogeheten 'legal and equitable interests'. Zie Zwolve 2000, blz. 300-302. Voorts geldt ten aanzien van de charitable trust dat deze aan specifieke en stringente charity-regelgeving is gehouden. Zie Versteegh 2003.

32 Wellicht ten overvloede merk ik op dat de algemene civielrechtelijke beschouwing van de Anglo-Amerikaanse trust in hoofdstuk 2 hierop een uitzondering vormt.

33 Sommige auteurs achten deze term bezwaarlijk, omdat het begrip *trustvermogen* een saldo van activa en passiva veronderstelt, terwijl 'de trust' – *qualitata qua* – geen verplichtingen aangaat. Zie Zwolve 2000, blz. 288. Deze opmerking indachtig, wordt het begrip 'trustvermogen' hierna gebruikt om het bijzondere karakter van het geheel van goederen dat onder trustverband is gesteld aan te geven.

34 Hayton 1996, blz. 3.

geen dienaangaande bij de trustinstelling is bepaald. In sommige gevallen hebben de beneficiaries bepaalde of bepaalbare aanspraken ten aanzien van het onder trustverband geplaatste vermogen en/of inkomen ('fixed trusts'). Daarentegen is het ook mogelijk dat de beneficiary uitsluitend een 'verwachting' heeft, omdat het ontvangen van een uitkering volledig afhankelijk is van de discretionaire beslissingsbevoegdheid van de trustee (discretionary trusts).

1.4.2 Anglo-Amerikaans trustrecht

Hoewel de privaatrechtelijke aspecten van de Anglo-Amerikaanse trust veelvuldig aan de orde komen, is niet beoogd de civielrechtelijke aspecten van het Anglo-Amerikaanse trustrecht als zodanig te onderzoeken. In dit onderzoek staat de fiscaalrechtelijke benadering van de trustfiguur centraal. Het Anglo-Amerikaanse trustrecht wordt daarbij uitgebreid beschreven, maar binnen het onderzoek als gegeven verondersteld en niet ook aan een wetenschappelijke analyse onderworpen. Voorts is niet beoogd een volledig en gedetailleerd beeld te geven van het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Niet alleen zou dat de omvang van dit betoog te buiten gaan, maar tevens zou dit – zoals Sonneveldt terecht heeft opgemerkt³⁵ – 'een herhaling van zetten' betekenen.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat het Anglo-Amerikaanse trustrecht 'nationaal' recht is. Het trustrecht kan derhalve per land, soms zelfs per federale staat, op onderdelen verschillen.³⁶ Het is niet mogelijk om de verschillende rechtstelsels afzonderlijk te bespreken. In het kader van dit onderzoek wordt 'het Anglo-Amerikaans trustrecht' dan ook als uitgangspunt genomen.³⁷ Bij de beschrijving van de civielrechtelijke kenmerken van 'de trust' is voornamelijk gebruik gemaakt van literatuur aangaande het trustrecht van het Verenigd Koninkrijk (met uitzondering van Schotland en Jersey) en de Verenigde Staten (met uitzondering van de staat Louisiana). De basiskenmerken van het civiele trustrecht zijn in deze rechtstelsels grotendeels gelijk. Onderlinge verschillen worden uitsluitend behandeld, indien deze voor het onderzoek van belang zijn.

1.4.3 Inkomsten- en vennootschapsbelasting

Het onderzoek heeft uitsluitend betrekking op de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust binnen het Nederlandse fiscale stelsel van winst en inkomen. Hiermee wordt meer specifiek het systeem van de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969 bedoeld. Hierbij geldt dat juist op het terrein van deze belastingwetten het aanvankelijke ontbreken van wetgeving ten aanzien van de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust tot rechtsonzekerheid heeft geleid. Alhoewel ook voor andere belastingwetten nader onderzoek wenselijk is,³⁸ bevinden de mogelijke gevolgen die voortvloeien uit een trustverhouding zich met name in de sfeer van de inkomsten- en vennootschapsbelasting, alsmede de schenk- en erfbelasting. Het ligt dan ook voor de hand een onderzoek naar de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel bij deze belastingwetten te laten beginnen. Aangezien op het terrein van de Successiewet 1956 reeds wetenschappelijke onderzoek is verricht,³⁹ wordt in dit onderzoek de nadruk gelegd op de fiscale inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Bij het formuleren van

35 Sonneveldt 2000a, blz. 16.

36 De vele verschillen komen aan het licht in het rechtsvergelijkend onderzoek van Lupoi 2000.

37 Het betreft het trustrecht dat afstamt van de Engelse rechtstraditie en later in Ierland, Australië, Nieuw-Zeeland, Canada (behalve Quebec) en de Verenigde Staten van Noord-Amerika verder tot ontwikkeling is gekomen. Zie Uniken Venema 1954, blz. 62. Lupoi 2000, blz. 6, spreekt van 'the traditional English model'.

38 Hierbij valt in de eerste plaats te denken aan de Wet op belastingen van rechtsverkeer en in de tweede plaats aan de Wet op de omzetbelasting 1968 en de Wet op de dividendbelasting 1965.

39 Sonneveldt 2000a.

een inpassingsvoorstel voor de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 worden de gevolgen voor de samenhang met SW 1956 wel in de beoordeling betrokken.

1.4.4 Internationale fiscale aspecten

De confrontatie van de Anglo-Amerikaanse trust met het Nederlandse fiscale recht kent vrijwel altijd een internationale dimensie. De daarbij opkomende vraagstukken van internationaal belastingrecht – zoals: de verdragsgerechtigdheid van trusts, ‘ultimate beneficial ownership’ in trustrelaties en de verdragskwalificatie van trustinkomsten – zijn zonder meer talrijk en gecompliceerd.⁴⁰ Tot op heden is in de Nederlandse fiscale literatuur relatief weinig aandacht aan dit onderwerp besteed.⁴¹ De oorzaak hiervan is wellicht gelegen in de onbekendheid van de fiscale behandeling van de trust op nationaal niveau bij ‘niet-trustlanden’. Lyons en Wheeler merken in dit verband op:

‘as many states do not have a domestic fiscal regime for the taxation of trusts, they may be understandably cautious in negotiating about taxing rights in respect of them. It may be that in this regard, the increased interest in the domestic taxation of the trust will eventually have international benefits.’

De keuze om het onderzoek te beperken tot de (non-)transparantie van de trustfiguur in het Nederlandse stelsel van inkomsten- en vennootschapsbelasting, is dan ook mede ingegeven vanuit de gedachte dat op die wijze tevens een basis wordt gelegd voor verder onderzoek naar de internationale fiscale dimensie van de trustproblematiek. Alvorens dat echter kan gebeuren, is het noodzakelijk om beter zicht te hebben op de wijze waarop de Anglo-Amerikaanse trust op evenwichtige wijze in het Nederlandse fiscale stelsel kan worden ingepast. Internationale aspecten en de behandeling van Anglo-Amerikaanse trusts in buitenlandse rechtstelsels komen dan ook uitsluitend zijdelings aan de orde.

1.5 OPBOUW VAN HET ONDERZOEK

Het onderzoek bestaat uit de volgende drie delen:

- Deel I Het leerstuk van de fiscale kwalificatie
- Deel II Civielrechtelijke aspecten van de Anglo-Amerikaanse trust
- Deel III Inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse fiscale stelsel

De centrale onderzoeksvraag is onderverdeeld in de hiervóór beschreven deelvragen en vormt de rode draad van het onderzoek dat binnen de drie genoemde delen wordt uitgevoerd. Beide deelvragen worden beantwoord in deel III van het onderzoek. De opbouw van het onderzoek wordt hierna uiteengezet.

In deel I (hoofdstukken 2 t/m 5) wordt een kwalificatiemodel ontwikkeld aan de hand van de uitgangspunten die zijn gehanteerd bij de onderverdeling van rechtsfiguren in transparante en non-transparante entiteiten. Het kwalificatiemodel dient als instrument voor de beantwoording van de kwalificatie van Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse fiscale stelsel (eerste deelvraag). Allereerst wordt daartoe in hoofdstuk 2 een beschrijving gegeven van de opzet van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. Vervolgens wordt de theoretische achtergrond van het leerstuk van de fiscale kwalificatie ontleed (hoofdstuk 3). Daarna worden de criteria ter vaststelling van de fiscale kwalificatie van rechtsvormen als zelfstandige entiteit ontleend aan de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur met betrekking tot de vennootschapsbelasting (hoofdstuk 4).

40 Lyons (ed.) 2010, 3.4.2. Zie over de internationale problematiek de dissertatie van Danon 2004.

41 Schaarse voorbeelden zijn Van Weeghel 1993, Van Raad 1993, blz. 401-429 en Koele 1991, blz. 65-79. Zie ook Pijl 2007, blz. 447-467.

Deze benadering wordt de ‘vennootschapsbelastingdimensie’ van het kwalificatievraagstuk genoemd. Aansluitend wordt beoordeeld in welke gevallen toerekening van vermogen en inkomen aan een achterliggend subject mogelijk is, indien een rechtsvorm de oorspronkelijke relatie van het subject tot het achterliggende object doorkruist (hoofdstuk 5). Dit wordt de ‘inkomstenbelastingdimensie’ van het kwalificatievraagstuk genoemd.

In deel II (hoofdstuk 6) wordt een beschouwing gegeven van het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Deze uiteenzetting is noodzakelijk voor het verdere onderzoek naar de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel. Teneinde de te hanteren begrippen uit het Anglo-Amerikaanse trustrecht te introduceren gaat dit hoofdstuk vooraf aan de behandeling van beide deelvragen in deel III.

De beantwoording van de deelvragen vindt plaats in deel III. Daarbij wordt aan de hand van het ontwikkelde kwalificatiemodel onderzocht of Anglo-Amerikaanse trusts als (non-)transparante entiteit dienen te worden gezien. Alvorens de fiscale kwalificatie van de verschillende trustvormen wordt vastgesteld, wordt eerst ingegaan op de fiscale erkenning van een trustverhouding (hoofdstuk 7). De eigenlijke beoordeling van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust vindt plaats in hoofdstuk 8.

In hoofdstuk 9 wordt onderzocht in welke gevallen bij de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust, gegeven de daaraan verbonden kwalificatie, knelpunten aan de orde komen bij confrontatie met de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969. Ten aanzien van eventuele knelpunten worden inpassingsvoorstellen gedaan. Hierbij wordt tevens ingegaan op het APV-regime. Beide inpassingsvarianten worden beoordeeld aan de hand van het toetsingskader in paragraaf 1.3.

In hoofdstuk 10 worden de conclusies en aanbevelingen van het onderzoek weergegeven.

Deel I

2 *Het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen*

2.1 HET LEGALITEITSBEGINSEL ALS BASIS VAN HET FISCALE STELSEL

De basis voor het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen wordt gevormd door art. 104 Gw. Deze bepaling, ook wel het ‘fiscale legaliteitsbeginsel’ genoemd, luidt: ‘Belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet.’ Uit deze bepaling kan de basale conclusie worden getrokken dat alles onbelast blijft (‘de onbelaste sfeer’), tenzij uit de belastingwet het tegendeel voortvloeit (‘de belaste sfeer’).

Deze constatering ligt weliswaar voor de hand, ten aanzien van de fiscale kwalificatie van rechtsfiguren en de daarbij te hanteren methode is zij van groot belang. Het voorgaande betekent immers dat de wetgever zich bij de vormgeving van het Nederlandse fiscale stelsel zal moeten bedienen van (belasting)wetgeving.⁴² Anders gezegd, het fiscale legaliteitsbeginsel dwingt de wetgever om de situaties waaraan het ontstaan van belastingplicht wordt gekoppeld als zodanig – en overigens met een zekere mate van nauwkeurigheid – te omschrijven.⁴³ Het is deze definiëring van de (rechts)feiten ter identificatie van de persoon van de belastingplichtige, als onderdeel van de beschrijving van de ‘belaste sfeer’, waartoe het leerstuk van de fiscale kwalificatie behoort. Toegespitst op de subjectieve belastingplicht komt Nillesen tot de volgende conclusie:⁴⁴

‘Wie belastingplichtig is, en tot welke omvang dat het geval is, wordt door de wetgever in de afzonderlijke belastingwetten bepaald. Men is dus niet belastingplichtig in het algemeen, maar men is belastingplichtig voor de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting of omzetbelasting enz.’

Bij de omschrijving van de (rechts)feiten waaraan het belastingrecht gevolgen verbindt, staat de betekenis van het door de wetgever gehanteerde ‘fiscale begrippenapparaat’ centraal.⁴⁵ Het komt in het kader van de fiscale rechtsvinding aan op een onderzoek naar de specifieke (rechts)feiten waarvan de toepassing van het belastingrecht afhankelijk is gesteld. Het leerstuk van de fiscale kwalificatie van civielrechtelijke rechtsfiguren komt – op dit abstractieniveau beschouwd – neer op de fiscaalrechtelijke duiding van de gepresenteerde civielrechtelijke (rechts)feiten. Ten aanzien van deze (rechts)feiten dient te worden beoordeeld of deze in het licht van het door de wetgever ontworpen belastingstelsel ten aanzien van winst en inkomen en de daarbij gehanteerde uitgangspunten, leiden tot het aannemen van fiscale rechtsubjectiviteit. De methode die in het kader van de fiscale kwalificatie dient te worden gehanteerd volgt dan ook dwingend uit de opzet van het Nederlandse belastingstelsel.

42 Van Soest 1964, blz. 315.

43 Gribnau en Meussen 2002 en Boer 2007. Geppaart 1965, blz. 93-94, concludeert dat het legaliteitsbeginsel zich niet tegen analogische interpretatie verzet, maar daarbij wel tot terughoudendheid leidt.

44 Nillesen 1986.

45 Zie omtrent de ‘fiscale begrippen’ die de wetgever kan creëren: Geppaart 1965, blz. 130-134.

Uit het voorgaande vloeit voort dat bij de fiscale kwalificatie van rechtsfiguren als (rechts)subjecten voor het belastingrecht de samenhang tussen het civiele en fiscale recht een belangrijke rol speelt. Het zou het doel van dit onderzoek te buiten gaan om de uiteenlopende visies ten aanzien van deze verhouding uitvoerig te bespreken.⁴⁶ In het kader van dit onderzoek wordt ten aanzien van de (mate van) autonomie van het belastingrecht volstaan met de opmerking dat de zogeheten 'leer van de eenheid der rechtsorde' als de heersende opvatting geldt.⁴⁷ Ingevolge deze leer wordt 'enerzijds erkend dat het belastingrecht een onderdeel is van de algemene rechtsorde en anderzijds dat de eigen aard van het belastingrecht een zelfstandige begripsvorming in bepaalde gevallen kan rechtvaardigen.'⁴⁸ In deze benaderingswijze sluiten de in het belastingrecht gehanteerde begrippen inhoudelijk aan bij de begrippen uit het civiele recht, tenzij doel en strekking van het belastingrecht – al dan niet op basis van een wettelijke bepaling – een afwijkende betekenis rechtvaardigen.

In het arrest ten aanzien van de 'zelfstandige fiscale kwalificatie' kan een bevestiging worden gelezen van de leer van de eenheid der rechtsorde.⁴⁹ In dat arrest overwoog de Hoge Raad in meer algemene zin ten aanzien van de verhouding tussen het civiele en fiscale recht als volgt:

'Voor een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie, met als consequentie daarvan andere fiscale gevolgen dan de contracterende partijen op grond van de gekozen civielrechtelijke vorm verwachtten, en daardoor veelal een hogere of lagere belastingheffing, kan plaats zijn indien de aan de gekozen rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen niet aanvaardbaar zijn gezien het economische resultaat ervan en gelet op de strekking van de belastingwet.'

Deze overweging dient naar mijn mening te worden gezien als bevestiging van de leer van de eenheid der rechtsorde, althans het primaat dat in deze leer wordt toegekend aan het civiele recht. Als hoofdregel stelt de Hoge Raad dat de civielrechtelijke vorm dient te worden gevolgd. In uitzonderingsgevallen is 'een zelfstandige fiscale kwalificatie' denkbaar ('kan plaats zijn indien'). De 'slordige' formulering van de voorwaarden waaronder een dergelijke uitzondering zich kan voordoen, maakt het arrest verder echter onbruikbaar in de nadere bepaling van de verhouding tussen het civiele en fiscale recht.⁵⁰

Om te komen tot een model voor de kwalificatie van rechtsvormen is een beschrijving van de opzet van het belastingstelsel noodzakelijk. Het gaat bij de fiscale kwalificatie van rechtsvormen immers om de wijze waarop binnen de eigen doelstellingen van het belastingrecht aan de civielrechtelijke kenmerken van verschillende rechtsfiguren gevolgen worden verbonden. Deze eigen doelstellingen kunnen worden afgeleid uit de achtergrond die aan de opzet van het belastingstelsel ten grondslag heeft gelegen en die uiteindelijk – op basis van het constitutionele dictaat van art. 104 Gw – tot een wettelijke afbakening van 'het subject van heffing' leiden.

Hierna wordt de opzet van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen in het licht van het kwalificatievraagstuk nader uitgewerkt. In dat kader wordt met name aandacht besteed aan de principiële onderverdeling tussen 'subjecten' en 'objecten' van heffing. Deze tweedeling is kenmerkend voor de opzet van het belastingstelsel ten aanzien van winst en inkomen en kan worden gezien als de wijze waarop voor het belastingrecht uitvoering is gegeven aan de selectie van relevante civielrechtelijke aankno-

46 Zie uitgebreid Geppaart 1965, blz. 137-146 en Hofstra en Niessen 2010, blz. 166-167.

47 Zie Geppaart 1965, blz. 142-146 en Hofstra en Niessen 2010, blz. 188-192 en Van Kempen 1999a, blz. 10.

48 Geppaart 1965, blz. 146.

49 HR 15 december 1999, BNB 2000/126.

50 Om die reden heeft Van Dijk het arrest ook sterk bekritiseerd in zijn annotatie bij BNB 2000/126.

pingspunten. Aan de hand daarvan wordt onderzocht welke criteria binnen het Nederlandse fiscale stelsel van belang zijn bij de ontwikkeling van het kwalificatiemodel, waarna dat model ook wordt ontwikkeld. Op grond van het kwalificatiemodel kan daarna worden beoordeeld of een rechtsfiguur als non-transparante entiteit wordt beschouwd en een fiscaal (rechts)subject vormt.

2.2 HET NEDERLANDSE BELASTINGSTELSEL TEN AANZIEN VAN WINST EN INKOMEN

Zoals later in dit hoofdstuk zal blijken, is de opzet van het Nederlandse belastingstelsel bepalend voor de problemen die kunnen ontstaan ten aanzien van de fiscale kwalificatie van rechtsfiguren. Om die reden wordt het Nederlandse belastingstelsel ten aanzien van winst en inkomen in deze paragraaf nader besproken. Bij een materiële benadering van het begrip 'belastingstelsel' ligt de nadruk op het woorddeel 'stelsel'. Het woord 'stelsel' herbergt een drietal achterliggende veronderstellingen.⁵¹ In de eerste plaats veronderstelt een belastingstelsel een pluraliteit aan belastingen.⁵² In de tweede plaats dienen deze een 'onderling samenhangend geheel' te vormen. In de derde plaats dienen de samenhangende regelingen, wil gesproken kunnen worden van een 'stelsel', ook in het teken te staan van de verwezenlijking van dezelfde beginselen.

Bij de beschrijving van het huidige Nederlandse fiscale stelsel kan niet meer worden teruggefallen op de zogeheten 'Stelselwet van 1821'.⁵³ Deze wet is officieel nooit ingetrokken, maar daaraan kan vandaag de dag louter historische betekenis worden toegekend.⁵⁴ Reeds in zijn beschrijving van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen in het midden van de 20^e eeuw meende Steinmetz niet meer te kunnen aansluiten bij de Stelselwet 1821.⁵⁵

'Niet alleen het uiterlijk van deze wet is antiquarisch (...) ook haar inhoud. Het belastingstelsel van het begin der vorige eeuw vertoont even groot verschil met het tegenwoordige als de trapboormachine van de vroegere tandmeester met de martelwerktuigen, die door de hedendaagse dentist worden gebezigd. Het principe echter: uithollen, is hetzelfde gebleven.'

De opmerking van Steinmetz dat alleen 'de essentie' van het fiscale stelsel gelijk is gebleven, heeft betrekking op een periode waarin de contouren van het huidige fiscale stelsel zijn gevormd.⁵⁶ Reeds in de opzet van het belastingstelsel van destijds werd – anders dan in het voorheen bestaande stelsel van zakelijke heffingen – een duidelijke tweedeling gemaakt tussen het 'subject van heffing' enerzijds en het daaraan toerekenbare 'object van heffing' anderzijds. Deze principiële uitgangspositie heeft geleid tot het basale onderscheid in 'subjectieve' en 'objectieve belastingen' en is gehandhaafd binnen het huidige stelsel ten aanzien van winst en inkomen, zoals dat wordt gevormd door de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969. Hoewel aan de indeling in objectieve en subjectieve belastingen op zichzelf weinig onderscheidende betekenis toekomt, is het op deze plaats van belang om te constateren dat:⁵⁷

51 Steinmetz 1949, blz. 9.

52 Dit in tegenstelling tot een 'single tax' of 'impôt unique'.

53 Wet van 12 juli 1821, *Stb.* 9.

54 Aan de oproep van Hofstra in de jaren zestig van de vorige eeuw voor een nieuwe Stelselwet is geen gehoor gegeven. Zie Hofstra 1962.

55 Steinmetz 1949, blz. 6.

56 Zie Grapperhaus 1997, blz. 68: 'De pas in de zestiger jaren tot stand gekomen nationale belastingwetgeving heeft aan de bestaande structuur van de belastingen op inkomen, winst en vermogen nauwelijks iets gewijzigd. Opvallend is dat tussen regering en parlement nauwelijks over fiscale beginselen is gediscussieerd en evenmin is gesproken over een mogelijk andere opzet van het fiscale systeem'.

57 Adriani 1948, blz. 124.

‘de subjectieve belastingen [uit]gaan van de persoon; om deze te belasten wordt er een objectieve maatstaf bijgezocht. De objectieve belastingen gaan uit van het object: om de belasting te kunnen heffen wordt er een persoon bijgezocht.’

Het sinds langere tijd bestaande onderscheid tussen ‘objectieve belastingen’ en ‘subjectieve belastingen’ laat echter onverlet dat de aanwijzing van ‘subjecten’ en ‘objecten’ in het belastingrecht nog steeds tot onduidelijkheden leidt. Sterker nog, de rechtsontwikkeling met betrekking tot de aanwijzing van civielrechtelijke rechtsfiguren als rechtssubject voor het fiscale recht heeft nauwelijks progressie doorgemaakt. Daarbij is het antwoord op de vraag wie als ‘subject’ en wat als ‘object’ dient te worden aangemerkt, met name waar het buitenlandse rechtsvormen betreft, nog steeds een ‘mer à boire’.

De opmerking van Van Brunshot in zijn openingstoespraak ter gelegenheid van de bespreking van het rapport ‘Samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst’ is veelzeggend.⁵⁸

‘Vanaf de eerste dag dat ik in het vak zit ben ik ermee bezig geweest. Zo’n veertig jaar terugkijkend meen ik te mogen concluderen dat er nauwelijks enige vooruitgang is geboekt in de zin dat wij vanuit het inferno in het walhalla zijn terechtgekomen. Het walhalla is nog steeds niet in zicht.’

In deze paragraaf wordt beschreven op welke wijze binnen het Nederlandse fiscale stelsel uitvoering is gegeven aan het onderscheid tussen het subject en object van heffing. Het is immers dit onderscheid dat ten grondslag ligt aan het kwalificatievraagstuk dat ontstaat bij een belastingstelsel dat is opgebouwd uit twee subjectieve belastingen, te weten de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969. Het gaat hierbij, anders verwoord, om de wijze waarop rechtsfiguren die door het (buitenlandse) civiele recht worden aangereikt binnen het Nederlandse fiscale stelsel worden ingepast.

2.3 AANWIJZING VAN HET SUBJECT VAN HEFFING IN HET NEDERLANDSE FISCALE STELSEL

Niet alleen binnen het belastingrecht, maar ook op andere terreinen van het recht doet de ‘verpersoonlijking’ van rechtsfiguren zich voor. De bekendste uitwerking daarvan is ongetwijfeld de rechtspersoonlijkheid die het civiele recht aan bepaalde rechtsfiguren toekent.⁵⁹ De systematiek waarlangs rechtsfiguren in het burgerlijke recht als rechtssubject worden aangemerkt, is evenwel anders dan waarvoor in het fiscale recht is gekozen. Opmerkelijk hierbij is dat afbakeningsproblemen bij de aanwijzing van rechtssubjecten zich in het civiele recht eigenlijk nauwelijks lijken voor te doen. Voor een goed inzicht in de oorzaak van de problematiek die in het fiscale recht bestaat bij de afbakening van subjecten en objecten, is een beknopte vergelijking met de binnen het privaatrecht gehanteerde methode voor de aanwijzing van rechtssubjecten instructief.

2.3.1 Aanwijzing van het rechtssubject in het civiele recht

Anders dan in het fiscale recht is de positie van ‘rechtssubject’ in het civiele recht – waar het rechtsfiguren betreft – exclusief voorbehouden aan rechtspersonen.⁶⁰ Daarbij is in het

58 Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, *Samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst*, Rapport Samenwerkingsverbanden en bespreking van het rapport, nr. 223 (hierna: Rapport Samenwerkingsverbanden), blz. 93.

59 Overigens treft men ook op andere rechtsgebieden vormen van de ‘verpersoonlijking’ van rechtsfiguren aan. Hierbij valt onder meer te denken aan ‘daderschap’ van rechtsfiguren in het strafrecht en de organisatie als belanghebbende in het bestuursrecht.

60 Zie art. 2:5 BW: ‘Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.’

Burgerlijk Wetboek duidelijk omschreven welke privaatrechtelijke rechtsfiguren rechtspersoonlijkheid bezitten.⁶¹ Naast natuurlijke personen en – de afgebakende categorie – rechtspersonen bestaan, afgezien van buitenlandse rechtsvormen die voor het Nederlandse civiele recht als rechtspersoon worden erkend, geen andere rechtssubjecten.

De gekozen opzet is eenvoudig en bovenal eenduidig. De civiele wetgever heeft met de limitatieve aanwijzing van enkele rechtsfiguren als rechtssubject uitdrukking gegeven aan de maatschappelijke behoefte om in bepaalde gevallen anders dan als natuurlijke persoon aan het economische verkeer deel te nemen.⁶² Daarbij is de 'rechtspersoon' als een juridisch instrument aangereikt, waarmee uitvoering kan worden gegeven aan motieven als aansprakelijkheidsbeperking, kapitaalvergaring en continuïteit van de onderneming. Voor het overige heeft de wetgever aan het begrip 'rechtspersoonlijkheid' geen theoretisch karakter of normatieve grondslag toegekend.⁶³ Het is dan ook niet zo dat een rechtsfiguur vanwege zijn maatschappelijke zelfstandigheid op dogmatische gronden als rechtspersoon kan worden aangemerkt. Een rechtssubject ontstaat voor het civiele recht dan ook alleen, omdat deze als zodanig is aangemerkt. Van Schilfgaarde merkt op:⁶⁴

'De natuurlijke persoon wordt door het recht erkend als drager van rechten en plichten op grond van zedelijke en maatschappelijke beginselen. Bij de rechtspersoon spelen deze beginselen geen rol. Hij wordt door het recht ingevoerd niet om zichzelf maar om het rechtsleven van de natuurlijke persoon te dienen.'

Uiteraard, dit is nu eenmaal eigen aan het recht, bestaan uitzonderingen op de hier beschreven lijn. Zo zijn ook in het privaatrecht voorbeelden te vinden van 'verzelfstandiging', zonder dat de desbetreffende rechtsfiguur als 'rechtspersoon' is aangemerkt. Hierbij kan worden gedacht aan de zelfstandige positie die personenvennootschappen kunnen innemen.⁶⁵ Daarnaast kent de rechtspersoonlijkheid ook beperkingen, waardoor de zelfstandigheid van rechtssubjecten in bepaalde gevallen wordt ingeperkt.⁶⁶ Deze uitzonderingen laten echter de systematiek van de eenduidige aanwijzing van rechtssubjecten onverlet en leiden ook niet tot een afbakeningsproblematiek die vergelijkbaar is met de identificatie van rechtssubjecten in het fiscale recht.

2.3.2 Aanwijzing van rechtssubjecten in het fiscale recht

Het Nederlandse fiscale stelsel kent binnen de inkomsten- en vennootschapsbelasting eveneens twee rechtssubjecten: de 'natuurlijke personen' voor de inkomstenbelasting en de 'lichamen' voor de vennootschapsbelasting.⁶⁷ In tegenstelling tot het civiele recht is binnen het fiscale stelsel echter geen sprake van een duidelijke omlijning van deze rechtssubjecten. Uiteraard geldt dit niet voor de aanwijzing van rechtssubjecten/natuurlijke personen in de inkomstenbelasting. Na een speldenprik (au!) verraadt iedere belastingplichtige zich immers. De aanwijzing van natuurlijke personen als rechtssubject levert, evenals in het civiele recht, dan ook geen bijzondere problemen op.

61 Zie art. 2:3 BW: 'Verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen bezitten rechtspersoonlijkheid.' Overigens is in art. 2:1 en 2:2 BW bepaald dat publiekrechtelijke lichamen en kerkgenootschappen eveneens rechtspersoonlijkheid bezitten.

62 In dit verband wordt wel gesproken van 'de ordeningsfunctie' van het privaatrecht. Zie Nillesen 1986 en de daar aangehaalde literatuur

63 Zie aant. 3 bij art. 2:3 BW in de Groene Serie Privaatrecht.

64 Van Schilfgaarde 2006, blz. 1.

65 Zo kan een vennootschap onder firma bijvoorbeeld, ondanks de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid, zelfstandig optreden als procespartij, overeenkomsten sluiten en vormt het vennootschapsvermogen een 'afgescheiden vermogen'.

66 Te denken valt aan gevallen van 'durchgriff', bestuurdersaansprakelijkheid, etc.

67 Zie art. 1.1 Wet IB 2001 respectievelijk art. 1 Wet Vpb 1969.

Waar het de ‘andere dan natuurlijke personen’ als potentieel rechtssubject betreft, lopen het civiele en fiscale recht sterk uiteen. Anders dan in het civiele recht bestaat deze categorie rechtssubjecten voor het belastingrecht, naast de eenduidig te herkennen ‘rechtspersonen’, tevens uit diverse niet-rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsfiguren.⁶⁸ Daarbij worden voor toepassing van het belastingrecht zelfs rechtsfiguren genoemd die als zodanig in het civiele recht niet voorkomen, zoals het fonds voor gemene rekening, de open commanditaire vennootschap en het doelvermogen.

Op dit punt ontluikt het eerder beschreven kwalificatieprobleem en de daarbij behorende afbakeningsproblematiek ten aanzien van rechtssubjecten en -objecten in het belastingrecht. In dit kader wordt door Verburg gesproken van het ‘diversiteitsprobleem’:⁶⁹

‘Een probleem van de eerste orde waarmee in dit verband wordt geworsteld, is de grote verscheidenheid en ongelijkheid onder de rechtspersonen, die evenzovele beletselen vormen om algemeen luidende conclusies te trekken. De aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichamen vormen een bonte verzameling van lichamen in onderscheidende stadia van verzelfstandiging. De neiging om tegen het civiel recht aan te leunen – hoe begrijpelijk ook – wreekt zich in toenemende mate.

De oorzaak hiervan dient te worden gezocht in de eigen doelstellingen van de fiscale wetgever bij het creëren van rechtssubjecten. Löwensteyn kwam in dit verband tot de volgende constatering:⁷⁰

‘Dat het vermogensrecht in bepaalde gevallen het bestaan van een rechtspersoon aanneemt, omdat zulks als een juiste voorstelling van de vermogensrechtelijke verhoudingen kan worden gezien, impliceert allermint, dat deze rechtspersoon als subject van belastingheffing moet worden beschouwd. De rechtvaardiging van dit laatste zal gevonden moeten worden in de aard en de grondslagen van het belastingrecht zelve.’

Het citaat scherpst in dat de fiscale wetgever een autonome afweging te maken heeft bij de aanwijzing van rechtssubjecten binnen het fiscale stelsel. Anders dan de civiele wetgever, die met het creëren van het instituut ‘rechtspersoon’ zijn eigen doelstelling heeft nagestreefd, spelen bij de onderverdeling tussen rechtssubject en -object voor het fiscale recht andere afwegingen. Uit de parlementaire behandeling bij de Wet IB 1964 en de Wet Vpb 1969 kan worden afgeleid dat de wetgever een stelsel van ‘subjectieve belastingen’ heeft willen creëren.⁷¹ Bij het aanwijzen van rechtsfiguren als rechtssubject heeft de wetgever zo veel mogelijk willen aansluiten bij de juridische en economische werkelijkheid. Daarbij heeft de gedachte dat toerekening van een object van heffing aan een natuurlijke persoon, bezien vanuit het draagkrachtbeginsel, in sommige rechtsverhoudingen niet mogelijk is een belangrijke rol gespeeld.⁷² In die gevallen dient volgens de fiscale wetgever dan ook een ander als ‘subject’ te worden aangewezen.

Als gevolg van deze gedachtegang heeft de fiscale wetgever diverse rechtsfiguren, waaronder niet-rechtspersonen, als potentieel rechtssubject aangewezen. Een grote gemene deler die alle genoemde ‘lichamen’ met elkaar verbindt, ontbreekt evenwel. Hierin schuilt de oorzaak van het kwalificatieprobleem. De achtergrond van deze oorzaak kan niet anders dan in het licht van de historische ontwikkeling van het subject van heffing in inkomsten- en vennootschapsbelasting worden begrepen. Voor het ontwerp van het kwalificatiemodel is het van belang om inzicht te verschaffen in deze historische ontwikkeling.

68 Zie art. 2 en 3 Wet Vpb 1969.

69 Verburg 2000, blz. 8-9.

70 Löwensteyn 1957, blz. 262.

71 Deze bedoeling kan onder meer worden afgeleid uit *Kamerstukken II 1959/60, 3580 en 6000 (nota)*, *Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19, blz. 21-22* en *Kamerstukken II 1962/63, nr. 9, blz. 2-3*.

72 *Kamerstukken II 1959/60, nrs. 3580 en 6000 (nota)*, blz. 16, rk.

2.4 DE HISTORISCHE ONTWIKKELING VAN HET NEDERLANDSE FISCALE STELSEL

Hierna wordt de historische ontwikkeling van het fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen besproken, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan de ontwikkeling van de opvattingen ten aanzien van het 'subject'. Deze ontwikkeling is van belang voor het opstellen van het kwalificatiemodel. Achtereenvolgens komen de historische ontwikkeling van de inkomstenbelasting (paragraaf 2.4.1) en vennootschapsbelasting (paragraaf 2.4.2) aan bod. In 2.4.3 is een conclusie opgenomen.

2.4.1 Historische ontwikkeling van de inkomstenbelasting

Alhoewel reeds in vroeger tijden tekenen van een heffing naar draagkracht kunnen worden teruggevonden, heeft in Nederland aanvankelijk een stelsel van objectieve heffingen bestaan. Alhoewel daarmee op indirecte wijze rekening werd gehouden met de uiterlijke kenmerken van inkomen en welvaart, kon eigenlijk niet van een 'subjectieve heffing naar draagkracht' worden gesproken. Zo bevatte bijvoorbeeld de eerder genoemde Stelselwet van 1821 geen inkomstenbelasting, maar was opgebouwd uit een aantal zakelijke heffingen, met name accijnzen, personele belastingen en een patentrecht.⁷³

De gesplitste inkomstenbelasting 1892/1893

De gesplitste inkomstenbelasting van Pierson is de eerste Nederlandse belasting die het predikaat 'inkomstenbelasting' verdient.⁷⁴ De gesplitste inkomstenbelasting 1892/1893 bestond uit twee separate heffingswetten: de Wet op de vermogensbelasting van 27 september 1892 (*Stb.* 223) en de Wet tot heffing eener belasting op bedrijfs- en andere inkomsten van 2 oktober 1893 (*Stb.* 149).⁷⁵ Op grond van de eerstgenoemde wet werden de vermogensinkomsten van natuurlijke personen forfaitair bepaald aan de hand van een vast percentage van 4% van het vermogen van de belastingplichtige. De tweede wet – de bedrijfsbelasting – stelde op grond van artikel 3, eerste paragraaf, een heffing in het vooruitzicht ten aanzien van 'al hetgeen in geld of geldswaarde genoten wordt uit bedrijf, beroep, onderneming, ambt, waardigheid, bediening of betrekking'. Beide heffingen hadden kenmerken van een zakelijke belasting, maar waren bedoeld als persoonlijke belasting.⁷⁶

Wet IB 1914

Beide heffingsgrondslagen werden niet lang daarna door minister Kolkman samengevoegd in de Wet op de Inkomstenbelasting 1914 (hierna: Wet IB 1914).⁷⁷ In deze belastingwet werd niet langer onderscheid gemaakt tussen actieve en passieve inkomsten, maar werd het totale inkomen van natuurlijke personen als maatstaf gezien 'van het vermogen der individuen om in zoodanige belasting bij te dragen'.⁷⁸ Deze inkomstenbelasting was gebaseerd op het zogeheten 'bronnenfictiestelsel', waarbij het jaarlijks te betalen bedrag aan belasting werd bepaald aan de hand van de gedachte dat de op de peildatum⁷⁹ aanwezige bronnen geacht werden hetzelfde inkomen te genereren als in het voorafgaande jaar.

Besluit IB 1941

Het bronnenfictiestelsel, dat uiteraard nogal vatbaar was voor arbitrage, heeft gegolden tot 1940. Tijdens de bezetting werd naar Duits voorbeeld een reële inkomstenbelasting

73 Zie art. 2 I en art. 2 III van de Stelselwet 1821.

74 Zie over de achtergronden Verburg 1987, blz. 137-151.

75 Tegelijkertijd werd de Wet op het patentrecht van 1918, *Stb.* 34, afgeschaft.

76 Zie Van Lindonk 1990, blz. 25.

77 Wet tot heffing eener inkomstenbelasting van 19 december 1914, *Stb.* 563.

78 *Kamerstukken II* 1911/12, 144, nr. 3, blz. 13, lk. Overigens bleef naast deze inkomstenbelasting de vermogensbelasting nog wel als aanvullende heffing in stand. Zie Steinmetz 1949, blz. 11-12.

79 De peildatum was het begin van het belastingjaar, destijds 1 mei.

ingevoerd. Daarbij werden de daadwerkelijk behaalde inkomsten van natuurlijke personen belast. Deze persoonlijke belasting over het inkomen werd geheven op basis van het zogeheten Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 (hierna: Besluit IB 1941).⁸⁰

Wet IB 1964

De daarop volgende Wet IB 1964 hield een synthetische heffing in op basis van het reële stelsel. Deze belasting, die samen met de Wet op de vermogensbelasting 1964 heeft gegolden tot 1 januari 2001, was – ondanks de steeds verdergaande invloed van het fiscaal instrumentalisme en de invoering van analytische elementen – als een draagkrachtheffing van natuurlijke personen te beschouwen.

Wet IB 2001

Ten slotte kan de thans geldende Wet IB 2001 worden genoemd. Deze analytisch opgezette inkomstenbelasting kent drie – min of meer – afzonderlijke heffingsgrondslagen. Daarbij doet de heffingsgrondslag naar het ‘belastbare inkomen uit werk en woning’ het meeste denken aan de synthetische inkomstenbelasting, zoals die ook gold onder de Wet IB 1964. Opmerkelijk is evenwel dat de geforfaiteerde belastingheffing over vermogensinkomsten, zoals die thans binnen de heffingsgrondslag ‘belastbaar inkomen uit sparen en beleggen’ plaatsvindt, sterk doet denken aan het eerste echte belastingstelsel van Pierson. Ondanks het analytische systeem en de deels geforfaiteerde grondslag blijft de Wet IB 2001 een persoonlijke en – volgens de wetgever zelfs verbeterde⁸¹ – belastingheffing naar draagkracht van natuurlijke personen.

2.4.2 Historische ontwikkeling van de vennootschapsbelasting

De historische ontwikkeling van de vennootschapsbelasting valt uiteen in twee onderdelen, waarbij de aanvankelijk objectieve uitdelingsbelastingen zijn uitgroeid tot een subjectieve winstbelasting. Deze ontwikkeling wordt hierna beschreven.

Patentwet 1819

Het geheel aan uitdelingsbelastingen gaat terug tot de invoering van het patentrecht bij de ‘Ordonnantie op het Regt van Patent’ van 2 december 1805. Enige tijd later is deze ordonnantie opgevolgd door de zogeheten Patentwet 1819.⁸² Het patentrecht kan worden gezien als de betaling voor een verplichte vergunning teneinde een beroep of bedrijf te mogen uitoefenen en was gekoppeld aan de uitoefening van een onderneming, ongeacht de persoon van de ondernemer.⁸³ Ook coöperatieve verenigingen waren bijvoorbeeld patentplichtig. Het patentrecht vertoonde ontegenzeggelijk het karakter van een heffing over de winsten van bedrijven.⁸⁴ De grondslag van het patentrecht werd bepaald aan de hand van zeer uiteenlopende, uiterlijke kenmerken,⁸⁵ maar werd voor de naamloze vennootschap gesteld op 2% van de uitgedeelde winst.

80 Besluit van de Secretaris-Generaal van het Departement van Financiën van 29 mei 1941, *Verordeningenblad* 1941/105. De term ‘besluit’ brengt tot uitdrukking dat de belastingmaatregel niet langs parlementaire weg tot stand is gekomen.

81 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 4: ‘De keuze voor de invoering van meer analytische elementen is gemaakt op basis van een afweging van voors en tegens (...). Deze keuze doet naar onze mening recht aan de doelstelling om de inkomstenbelasting als draagkrachtheffing zodanig te moderniseren dat van elke belastingplichtige – rekening houdend met de aard en de omvang van zijn inkomen en zijn persoonlijke omstandigheden en praktische overwegingen – een bijdrage kan worden gevraagd aan de algemene middelen die, meer nog dan onder de werking van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, is afgestemd op zijn feitelijke draagkracht.’

82 Wet op het patentregt van 1918, *Stb.* 34.

83 Verburg, 2000, blz. 17.

84 Christiaanse 1987, blz. 130-132 en Verburg 2000, blz. 16.

85 Zie uitgebreid Grapperhaus 1997, blz. 27-36.

Wet tot heffing eener belasting op bedrijfs- en andere inkomsten 1893

Zoals opgemerkt, kwam de Patentwet 1819 met de invoering van de zogeheten bedrijfsbelasting in 1893 te vervallen. De bedrijfsbelasting, ook in de vorm van een uitdelingsbelasting geheven, versterkte de gedachte aan een zelfstandige heffing van de winsten van lichamen. Naast de naamloze vennootschap en coöperatieve vereniging werden ook commanditaire vennootschappen op aandelen, onderlinge verzekeringsmaatschappijen, rederijen en – na enige parlementaire discussie – zelfs ‘nijvere stichtingen’ aan de bedrijfsbelasting onderworpen. De door minister Pierson voorgestelde korting op de grondslag van 4% van het maatschappelijke kapitaal van de naamloze vennootschap stuitte evenwel op verzet.⁸⁶ Deze korting werd wel verleend aan natuurlijke personen die kapitaal in een onderneming hadden gestoken en daarover reeds ingevolge de Vermogensbelasting 1892 belasting betaalden. Het voorstel van Pierson werd uiteindelijk niet overgenomen. In plaats daarvan werd een tariefsverlaging aangenomen. De aldus tot stand gekomen heffing, waarin een eerste element van het klassieke stelsel schuilt, heeft ‘het fiscale lot van deze lichamen voor de toekomst beslist.’⁸⁷ De systematiek betekende een eerste stap in de richting van een ‘zelfstandige heffing’ van lichamen.

Wet IB 1914

De Wet IB 1914 verving de gesplitste inkomstenbelasting uit 1892/1893. De Wet IB 1914 had nog kenmerken van een zakelijke opbrengstbelasting en heeft op het punt van de selectie van belastingplichtige lichamen, alsmede de heffingstechniek, geen wezenlijke veranderingen tot gevolg gehad. Afgezien van enkele lezenswaardige fragmenten in de daaraan voorafgaande parlementaire behandeling,⁸⁸ biedt deze wet weinig nieuwe inzichten. Interessant is nog wel de constatering dat de Wet IB 1914 tot gevolg had dat lichamen, naast natuurlijke personen, in de inkomstenbelasting werden betrokken. Later zou minister Trueb toegeven dat deze plaats van de naamloze vennootschap in de inkomstenbelasting slechts vanuit historisch perspectief verklaarbaar was, maar voor het overige niet anders dan een ‘Schönheitsfehler’ kon worden genoemd.⁸⁹

DTB 1917

Aan deze Schönheitsfehler werd een einde gemaakt met de invoering van de Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917 (hierna: DTB 1917). Bij deze gelegenheid werden alle lichamen uit de inkomstenbelasting gehaald en overgeheveld naar een separaat regime voor lichamen. Alleen de stichting bleef achter in de Wet IB 1914. De DTB 1917 werd verdedigd als een zakelijke opbrengstbelasting, maar heeft naar mijn mening als eerste heffing de separate positie van ‘lichamen’ onderstreept. Niet eerder in de vaderlandse belastinggeschiedenis was een belasting in de vormgeving zo exclusief op lichamen afgestemd. Moge de oorsprong voor de huidige vennootschapsbelasting, meer in het bijzonder het klassieke stelsel, in de gesplitste inkomstenbelasting kunnen worden gevonden, de wortels voor een exclusieve oriëntatie op lichamen liggen in de DTB 1917.

De gebreken van de DTB 1917 – als uitdelingsbelasting – kwamen met de jaren steeds duidelijker naar voren. Ondernemingswinsten die door een naamloze vennootschap werden behaald, bleven immers als zodanig onbelast. Indien de winst vervolgens niet voor uitdeling aan de opbrengstgerechtigden ter beschikking werd gesteld, kon eindeloos uitstel van belastingheffing worden bewerkstelligd. Met name de ‘besloten naamloze vennootschappen’ waren de wetgever een doorn in het oog. Aanvankelijk heeft dit geleid tot de

86 Zie Vleggeert 2009, blz. 12-13.

87 Prinsen 1941, blz. 9. Zie ook Verburg 2000, blz. 18.

88 Minister Bertling gaf aan een heffing naar de winst van lichamen beter verdedigbaar te achten dan een uitdelingsbelasting. Zie Handelingen Tweede Kamer 21 april 1914, blz. 1797, rk. Tevens bleek Bertling weinig te zien in de klacht omtrent de dubbele heffing van aandeelhouders door op te merken: ‘Die vereenzelviging wijst de aandeelhouder als het over de aansprakelijkheid gaat, uit zichzelf beslist af.’ *Kamerstukken II* 1913/14, 18, nr. 2, blz. 5, rk.

89 Zie Prinsen 1941, blz. 13.

invoering van de Wet op de richtige heffing der directe belastingen van 29 april 1925, *Stb.* 171. Deze wet maakte het voor de fiscus mogelijk om de naamloze vennootschap te negeren in gevallen, waarin het gebruik daarvan uitsluitend op fiscale overwegingen was gebaseerd. De belastingheffing greep in dat geval aan bij de achterliggende aandeelhouder(s). In de praktijk bleek toepassing van de richtige heffing weinig succesvol.⁹⁰

Winstbelasting 1940

Uiteindelijk was omstreeks het einde van de jaren dertig van de vorige eeuw de conclusie onontkoombaar dat de systematiek van een uitdelingsbelasting niet langer voldeed. Het is dit punt waar de belangrijke omslag naar een winstbelasting werd gemaakt. Nog vóór de komst van de Duitse bezetters is een ontwerp voor een winstbelasting van lichamen aangenomen in de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel, dat nog niet door de Eerste Kamer was aangenomen, werd door de bezetters als Besluit op de Winstbelasting 1940, *Stb.* 405, ingevoerd (hierna: Winstbelasting 1940). Daarbij werden dezelfde lichamen als belastingplichtig subject aangewezen als onder de DTB 1917.⁹¹

Hoewel tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel de Winstbelasting 1940 nog als een zakelijke opbrengstbelasting werd gepresenteerd, kon deze opvatting in de literatuur geen genade vinden.⁹² De in de memorie van toelichting gewekte suggestie dat de invoering van een winstbelasting slechts diende te worden begrepen als een verandering van heffingstechniek,⁹³ sneed dan ook geen hout. De invoering van een belasting naar de winst van zelfstandige lichamen heeft het bestaande fiscale stelsel ingrijpend gewijzigd en betekende de fiscale emancipatie van lichamen.

Besluit Vpb 1942

In 1942 werd de Winstbelasting 1940 vervangen door het sterk op Duitse leest geschoeide Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942 (hierna: Besluit Vpb 1942). Naast de reeds onder de Winstbelasting 1940 aangewezen naamloze vennootschap, commanditaire vennootschap op aandelen, coöperatieve vereniging, onderlinge verzekeringsmaatschappij en nijvere vereniging werd ook de stichting als subjectief belastingplichtige aangemerkt. In de 'antropomorfe visie' van de Duitse bezetter, waarbinnen lichamen dezelfde positie innemen als natuurlijke personen, is de vennootschapsbelasting het logische equivalent van de inkomstenbelasting.⁹⁴ De belastingheffing naar de winst van lichamen staat in deze gedachte los van de heffing ten laste van de aandeelhouders.⁹⁵

Wet Vpb 1969

Het Besluit Vpb 1942 heeft uiteindelijk gegolden tot 1970 en is vervangen door de Wet Vpb 1969. De pogingen om tot een herziening van het fiscale stelsel te komen, waren overigens niet zozeer gericht op een fundamentele herbezinning van het belastingstelsel. De herziening droeg veeleer het karakter van een 'technische herzieningsoperatie', waarbij het op zijn minst zo belangrijk was dat de door de bezetter ingevoerde regelgeving kon worden afgeschaft. Principiële discussies, met name ten aanzien van de rechtsgrond van een vennootschapsbelasting, werden zo veel mogelijk uit de weg gegaan. Tijdens de par-

90 Verburg 2000, blz. 21.

91 Prinsen 1941, blz. 59.

92 Zie Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting).

93 *Kamerstukken II* 1939/40, 239, nr. 3, blz. 6, rk.

94 Zie ook Leidraad par. 1, bij het Besluit Vpb 1942, waarin is opgemerkt dat: 'de N.V.'s en andere lichamen ten aanzien van de belastingheffing in dezelfde positie behoren te verkeren als de natuurlijke personen', alsmede: 'Wat voor de natuurlijke personen de IB is, is de Vpb voor lichamen'.

95 Grapperhaus 1966, blz. 43-44, beschrijft dat 'de gedachte van de oergermaan' geen ruimte liet om door middel van een rechtspersoon persoonlijke verantwoordelijkheden te ontlopen. Om die reden werden de tarieven aanzienlijk verhoogd en tevens werd op grond van de Liquidatiewet 1941 een 'geruisloze terugkeer' geboden aan naamloze vennootschappen die vóór 15 december 1941 als firma werd voortgezet.

lementaire behandeling is desalniettemin op een aantal plaatsen ingegaan op de verhouding met de inkomstenbelasting, met name in de zogeheten 'nota'.⁹⁶ Alhoewel de samenhang tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting in de nota uitdrukkelijk aan de orde is gesteld, heeft dit niet tot een andere inrichting van het fiscale stelsel geleid.

2.4.3 Conclusie

Het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen, zoals dat thans wordt gevormd door de inkomsten- en vennootschapsbelasting, is terug te voeren op de Patentwet van 1819. Het heeft echter tot de gesplitste inkomstenbelasting van 1892/1893 geduurd tot sprake was van een stelsel waarin winst en inkomen – op uiterst rudimentaire wijze – als zodanig werden belast. De bedrijfsbelasting heeft daarbij een belangrijke stap betekend in de richting van het klassieke stelsel. De daarop volgende Wet IB 1914 heeft in historisch perspectief de verdienste om de noodzaak van een separate DTB 1917 aan het licht te brengen. De DTB 1917 markeert het moment waarop 'lichamen', stichtingen evenwel uitgezonderd, binnen het fiscale stelsel categorisch losgemaakt werden van natuurlijke personen. De latere doorontwikkeling van deze dichotomie heeft vanaf de Winstbelasting 1940 geleid tot een zelfstandige winstbelasting van lichamen die thans in de Wet Vpb 1969 is neergelegd.

Daarnaast laat de totstandkoming van het huidige fiscale stelsel duidelijk zien dat de onderverdeling van rechtssubjecten in 'natuurlijke personen' en 'lichamen' historisch is gevormd. De onderverdeling van rechtsfiguren in transparante en non-transparante entiteiten is niet zozeer de uitwerking geweest van een vooropgezet, geïntegreerd systeem van belastingheffing, maar veeleer geëvolueerd in de tijdsgeest van de verschillende heffingswetten. Het kwalificatievraagstuk is daarmee het gevolg van de doorontwikkeling van verschillende samenhangende, maar op zichzelf staande heffingswetten. Het lijkt derhalve gerechtvaardigd om het Nederlandse belastingstelsel ten aanzien van winst en inkomen op het punt van de aanwijzing van rechtssubjecten, eerder een '*nebeneinander geltenden Steuern*' te noemen, dan een '*sinn- und zweckvolles Miteinander*'.⁹⁷

2.5 RECHTSGRONDEN VAN DE INKOMSTEN- EN VENNOOTSCHAPSBELASTING

De ontwikkeling van het Nederlandse fiscale stelsel laat zien dat niet zozeer sprake is van een geregisseerd 'grand design', maar dat het fiscale stelsel door de decennia heen is geëvolueerd. De inkomsten- en vennootschapsbelasting vormen desalniettemin samen een stelsel, waarbij de onderlinge verhouding wordt bepaald door de achterliggende rechtsgronden van beide belastingen. Bij de beoordeling van de interne samenhang van het fiscale stelsel, in het bijzonder ten aanzien van de identificatie en onderlinge toedeling van (rechts)subjecten, zijn deze rechtsgronden van groot belang. Deze rechtsgronden vormen de bakens bij het begrijpen van het kwalificatievraagstuk en maken inzichtelijk in welke gevallen een subject van heffing dient te worden aangenomen. De rechtsgronden van de inkomsten- en vennootschapsbelasting worden hierna om die reden nader toegelicht.

2.5.1 Inkomstenbelasting

De primaire rechtsgrond van het fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen als geheel ligt bij de inkomstenbelasting, die de ware 'koningin aller belastingen' kan worden genoemd.⁹⁸ Als heffing 'van en naar het inkomen' van natuurlijke personen wordt de

96 *Kamerstukken II* 1959/60, 5380 & 6000, nr. 9 (nota). Zie ook paragraaf 4.2.

97 Zie Hofstra en Niessen 2010, blz. 238-239, die op hun beurt verwijzen naar Schmölders.

98 Deze uitspraak wordt toegedicht aan prof. dr. J.H. Christiaan. De centrale positie van de inkomstenbelasting wordt ook door Van Soest 1964, blz. 317, onderkend. Hij spreekt over 'de ruggengraat van het Nederlandse belastingstelsel'.

inkomstenbelasting heden ten dage bijna als vanzelfsprekend aanvaard en behoeft nauwelijks nadere onderbouwing. Binnen de inkomstenbelasting staat het begrip 'inkomen' centraal en is bedoeld als praktische vertaling van het (nog) abstracte(re) begrip 'draagkracht', dat de eigenlijke rechtsgrond vormt voor de inkomstenbelasting. In de context van rechtsgrond van de inkomstenbelasting dient het begrip 'draagkracht' te worden opgevat als een ieders 'vermogen om *bij* te dragen'.⁹⁹ Deze betalingsmogelijkheid van natuurlijke personen, die idealiter op basis van individueel maatwerk aan de hand van een verfijnd inkomensbegrip dient te worden vastgesteld, is een haast onweerlegbare basis voor een verplichte bijdrage aan de overheidsuitgaven.

De inkomstenbelasting wordt geheven van natuurlijke personen, die het logische subject van heffing vormen. Het object van heffing bestaat uit het wettelijk gedefinieerde 'inkomen', dat als uiting dient te worden gezien van een opgetreden draagkrachtvermeerdering bij het subject. Opmerkelijk is overigens dat de relatie tussen het subject en object van heffing, op basis waarvan de toerekening van een draagkrachtvermeerdering aan een specifiek subject van heffing is gebaseerd, als zodanig in de inkomstenbelasting slechts op indirecte wijze wordt aangeduid. Hiertoe wordt in de Wet IB 2001, in navolging van zijn wetsvoorgangers, de term 'genieten' gebezigd, thans aangevuld met het begrip 'bezit' voor de vermogensrendementsheffing.¹⁰⁰ Deze toerekening is in het kader van het kwalificatieleerstuk evengoed van belang als de vaststelling in welke gevallen een rechtsfiguur een rechtssubject is. Anders gezegd, in de inkomstenbelasting is de vraag naar het subject wellicht niet problematisch, maar is niet zonder meer duidelijk aan welk subject ('wie') een object ('wat') kan worden toegerekend.

Het is dan ook onduidelijk welke juridische band tussen een subject en object van heffing dient te bestaan op basis waarvan de toerekening van een draagkrachtvermeerdering aan een specifiek subject wordt gerechtvaardigd. In een meer grafische voorstelling van zaken gaat het om de rechtsband – een lijn – die het subject en object met elkaar verbindt. In dit verband dienen zich verschillende criteria ter beschrijving van die lijn aan, zoals 'eigendom', 'bezit', en 'beschikkingsmacht'.¹⁰¹ De daaruit voortvloeiende problematiek kan de 'inkomstenbelastingdimensie' van het kwalificatievraagstuk worden genoemd. In de inkomstenbelastingdimensie van het kwalificatievraagstuk komt de vraag op of een inkomst – beoordeeld vanuit de rechtsgrond – aan een subject toerekenbaar is.

2.5.2 Vennootschapsbelasting

2.5.2.1 Inleiding

De vennootschapsbelasting heeft het eigenlijk altijd zonder overtuigende rechtsgrond moeten stellen.¹⁰² Aanvankelijk is in de literatuur getracht om in deze lacune te voorzien.¹⁰³ Hoewel uitvoerig is gediscussieerd over de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting als een zelfstandige heffing van lichamen is het nooit tot 'gevestigde meeningen' gekomen.¹⁰⁴ Gezien de veelheid aan theorieën, waarbij in sommige gevallen het uiterste van de lezer wordt gevergd om de relevantie van het aangebrachte onderscheid te doorzien, wekt dit ook geen verbazing.¹⁰⁵

99 In navolging van Adams Smith die spreekt van een 'ability to pay'.

100 Zie art. 2.17 Wet IB 2001.

101 Zie hoofdstuk 5.

102 Verburg 2000, blz. 2 en Stevens 2009, blz. 1.

103 Zie voor deze theorieën onder meer: Prinsen 1941, blz. 32-50, Zeven 1941, blz. 17-42, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting) en Vleggeert 2009, blz. 19-32.

104 Zeven 1941, blz. 17.

105 In zijn onderzoek beschrijft Prinsen 1941, blz. 32-50, tien verschillende theorieën, die soms op zeer subtiele punten van elkaar verschillen, om daar zelf nog een elfde – eigen – opvatting aan toe te voegen.

Uit de parlementaire behandeling van de Wet Vpb 1969 blijkt overigens dat de wetgever zich van een aanmerkelijk minder dogmatische opstelling heeft bediend. Naast het argument dat de vennootschapsbelasting op grond van budgettaire overwegingen niet meer weg te denken was uit het belastingstelsel,¹⁰⁶ meenden de bewindslieden het bestaan van een vennootschapsbelasting als zodanig niet ongerechtvaardigd. Op welke rechtsgrond deze belasting evenwel precies diende te worden gebaseerd, werd van weinig toegevoegde waarde geoordeeld.¹⁰⁷

'De ondergetekenden zijn zich ervan bewust dat in de vorenbedoelde nota geen uiteenzettingen voorkomen omtrent de rechtsgronden van een belasting van vennootschapswinsten. Zij menen echter dat het verantwoord is dat zij zich daarvan hebben onthouden. In de eerste plaats dient men te bedenken dat het toch wel algemeen wordt aanvaard dat de winst van een vennootschap aan een belasting wordt onderworpen. Ook de aan het woord zijnde leden komen tot de slotsom dat een vennootschapsbelasting niet ongerechtvaardigd geoordeeld mag worden. Het komt de ondergetekenden voor dat het weinig vruchtbaar zou zijn bij deze parlementaire gedachtenwisseling te discussiëren over de vraag welke van de verschillende te dezer zake verkondigde of wellicht nog te scheppen theorieën het meest in aanmerking komt om als grondslag van de vennootschapsbelasting te worden verkozen.'

Uiteindelijk kan ten aanzien van de zelfstandige rechtsgrond van de vennootschapsbelasting niet anders worden geconcludeerd dan dat 'deze nimmer [is] aanvaard, zoals de inkomstenbelasting tenslotte is aanvaard'.¹⁰⁸

2.5.2.2 Afgeleide rechtsgrond voor rechtspersonen

Alhoewel een zelfstandige rechtsgrond voor een winstbelasting van lichamen ontbreekt, wordt het 'afgeleide bestaansrecht' van de vennootschapsbelasting tegenwoordig vrij algemeen gevonden in de 'steunfunctie' ten opzichte van de inkomstenbelasting.¹⁰⁹ In deze zienswijze wordt de vennootschapsbelasting indirect gerechtvaardigd door het bestaan van een inkomstenbelasting en gezien als een noodzakelijk supplement. Het ontbreken van een vennootschapsbelasting zou immers betekenen dat de door een rechtspersoon gedreven onderneming buiten de reikwijdte van het belastingstelsel zou blijven, waardoor een heffingsvacuüm zou ontstaan. Hierdoor zou ten opzichte van de onderneming die wordt gedreven door een natuurlijke persoon een niet te rechtvaardigen bevoordeling optreden. Van Houte merkt terecht op dat deze neutraliteitsgedachte niet alleen tussen natuurlijke personen en rechtspersonen geldt, maar ook tussen rechtspersonen onderling.¹¹⁰

De redenering vanuit de afgeleide rechtsgrond van de vennootschapsbelasting ligt in het verlengde van de inkomstenbelastingdimensie van het kwalificatievraagstuk. In die gevallen waarin het inkomen niet direct toerekenbaar is aan een natuurlijke persoon doet zich in voorkomende gevallen de vraag voor of het inkomen bij een andere (rechts)persoon is opgekomen. Het betreft de 'vennootschapsbelastingdimensie' van het kwalificatievraagstuk. In de vennootschapsbelastingdimensie staat de vraag centraal in welke gevallen een rechtsvorm voor fiscale doeleinden als subject dient te worden aangemerkt.

Bij nadere beschouwing is de 'steunfunctie' van de vennootschapsbelasting slechts een gedeeltelijke verklaring voor de reikwijdte van de huidige vennootschapsbelasting. Enerzijds bestaat de mogelijkheid dat een rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsfiguur voor

106 Zie *Kamerstukken II* 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 16, lk.

107 *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 9, blz. 1.

108 Verburg 2000, blz. 2.

109 Zie *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 0.0.1.b. en Vleggeert 2009, blz. 23-25.

110 Van Houte 2009, blz. 37-39 spreekt van 'de neutraliteitsgedachte' ten aanzien van de besloten vennootschap en de stichting.

toepassing van de vennootschapsbelasting als subject wordt gepasseerd en het daaraan toebehorende resultaat wordt toegerekend aan een ander subject van heffing. Hierbij kan worden gedacht aan het Europees Economische Samenwerkingsverband,¹¹¹ en de thans voorgestelde fiscale transparantie van openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid.¹¹² In dat geval staat de aanwezigheid van civielrechtelijke rechtspersoonlijkheid niet garant voor de aanwezigheid van een fiscale rechtssubjectiviteit. Het is dan ook aanmerkelijk dat het belastingrecht zijn eigen eisen stelt aan de inhoud van de civielrechtelijke rechtspersoonlijkheid van een rechtsfiguur.

Anderzijds blijkt uit de opsomming van de subjecten in art. 2 en 3 Wet Vpb 1969, dat naast rechtspersonen ook andere, niet-rechtspersoonlijkheid bezittende, rechtsfiguren een zelfstandige entiteit kunnen vormen en als subject worden aangemerkt. Hierna wordt nader ingegaan op deze categorie.

2.5.2.3 Rechtsgrond voor 'niet-rechtspersonen'

Uit het voorgaande volgt dat de steunfunctie van de vennootschapsbelasting de reikwijdte van deze heffing slechts ten dele verklaart. Uitsluitend in die gevallen waarin de aanwezigheid van een rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsfiguur de heffing van inkomstenbelasting illusoir zou maken, komt de steunfunctie van de Wet Vpb 1969 als afgeleide rechtsgrondslag naar voren. Voor de identificatie van niet-rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen als zelfstandig subject vormt de afgeleide rechtsgrond eigenlijk geen afdoende verklaring. In die gevallen moeten andere argumenten doorslaggevend zijn geweest om een dergelijke rechtsfiguur de hoedanigheid van rechtssubject te verlenen.

In de literatuur wordt aangenomen dat de zelfstandige belastingplicht van niet-rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen op een eigen, secundaire rechtsgrondslag berust.¹¹³ De parlementaire behandeling biedt op dit punt enkele aanknopingspunten,¹¹⁴ maar in de literatuur heeft aanvankelijk enige terughoudendheid bestaan om voor niet-rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsfiguren een separate rechtsgrond aan te nemen. Kenmerkend is de voorzichtigheid die onder meer bij Van Roosmalen kan worden aangetroffen. Hij merkt op dat een vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting op het punt van het subject-element complementair zijn.¹¹⁵ Hiermee is evenwel nog niet gezegd dat de genoemde lichamen ook economisch en/of sociologisch zelfstandig moeten worden genoemd, als was het maar omdat:¹¹⁶

'de economische en/of sociologische zelfstandigheid een te vage maatstaf is om als criterium te dienen voor de keuze van de belastingplichtigen die in de vennootschapsbelasting zijn of moeten worden betrokken (...)'.

Vervolgens brengt Van Roosmalen de vraag omtrent de rechtsgrondslag terug naar 'de vraag wanneer er voldoende termen bestaan voor toerekening, respectievelijk toedeling, aan een ander subject dan natuurlijke personen'.¹¹⁷ Van Roosmalen onderkent dat bij

111 Het Europees Economische Samenwerkingsverband vormde de eerste uitzondering op de regel dat rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsfiguren niet in de Wet Vpb 1969 worden betrokken. Op grond van art. 21 en art. 40 EG-verordening van 31 juli 1985, nr. 2137/85, EEG, *PbEG* L 199/1 is deze rechtsfiguur namelijk niet als zelfstandig subject van heffing aan te merken.

112 Thans ligt het wetsvoorstel 'Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek) bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 2009/10, 31 065, nr. A). Daarin wordt – kort gezegd – voorgesteld om aan de rechtspersoonlijkheid van een personenvennootschap geen gevolgen te verbinden voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

113 Zie de verschillende opvattingen in paragraaf 4.5.2.1 t/m 4.5.2.7.

114 Zie uitgebreid paragraaf 4.2.

115 Van Roosmalen 1965, blz. 88.

116 Van Roosmalen 1965, blz. 88-89.

117 Van Roosmalen 1965, blz. 89.

deze toerekening het privaatrecht een belangrijke rol speelt, maar ook 'de eigen eisen' die het belastingrecht aan een subject stelt. Uiteindelijk komt Van Roosmalen uit op 'het subject-als-drijvende-een-onderneming',¹¹⁸ om later ten aanzien van niet-rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsfiguren te spreken van 'de de facto naamloze vennootschap'.¹¹⁹ Hiermee wordt voorzichtig opgeschoven in de richting van de secundaire rechtsgrondslag van de vennootschapsbelasting, waarbij de vrije vervangbaarheid van de achterliggende rechtssubjecten een rol speelt bij de vaststelling van het open karakter van een rechtsvorm.

Nadien is in de literatuur duidelijker tot uitdrukking gebracht dat de vennootschapsbelasting 'twee verschillende rechtsgronden' kent.¹²⁰ In zijn dissertatie benoemt Daniels de secundaire rechtsgrondslag expliciet ten aanzien van de niet-rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen. Deze rechtsfiguren vormen een subject:¹²¹

'(...) because they, like bodies corporate, are in principle operating independently from their participants and they therefore closely resemble corporations. Corporate resemblance is determined on the basis of the characteristics of the public limited company. An association is a taxable entity when it performs the same economic function as a public limited company'

De vergelijkbaarheid van open rechtsvormen werd aanvankelijk beoordeeld ten opzichte van de naamloze vennootschap. Hierbij werden de aanwezigheid van een in aandelen verdeeld kapitaal en de vrije toe- en uittreding als kenmerkend beschouwd. Ook ten aanzien van het open fonds voor gemene rekening worden deze kenmerken genoemd als reden voor een gelijke behandeling met de naamloze vennootschap.¹²² Het open karakter van de rechtsfiguur heeft tot gevolg dat het deelnemen van deze rechtsvormen aan het maatschappelijk verkeer niet wordt ervaren als een optreden door de achterliggende gerechtigden.¹²³ In die gevallen vertoont de rechtsfiguur een zodanige gelijkenis met de naamloze vennootschap dat een gelijke aanwijzing als fiscaal rechtssubject op zijn plaats is. In deze gevallen kan worden gesproken van een 'afgeleide rechtsgrond op een afgeleide rechtsgrond'. De rechtsgrond die aan de steunfunctie van de vennootschapsbelasting ten grondslag ligt, wordt op zijn beurt uitgebreid met een op gelijkheidsbeginsel gebaseerde aanvullende rechtsgrond.

2.5.3 Conclusie

De rechtsgrond van de inkomstenbelasting staat als heffing 'van en naar' de draagkracht van natuurlijke personen buiten twijfel. Het subject van heffing is daarbij niet ter discussie, maar uitsluitend het daaraan toerekenbare object. In de inkomstenbelastingdimensie van het kwalificatievraagstuk staat om die reden de rechtsband – de lijn – tussen het subject en object van heffing centraal. De vennootschapsbelasting kent geen alomvattende en overtuigende rechtsgrond. De eigenlijke rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting is gelegen in de verhouding tot het draagkrachtbeginsel van de inkomstenbelasting. Zonder een vennootschapsbelasting zou een inkomstenbelasting geen opbrengsten genereren, omdat natuurlijke personen hun inkomsten aan rechtspersonen zouden laten toevallen. In dit kader leunt de vennootschapsbelasting sterk op de rechtsgrond van de inkomstenbelasting en wordt wel gesproken van de 'steunfunctie' van de vennootschapsbelasting.

118 Van Roosmalen 1965, blz. 89-90.

119 Van Roosmalen 1965, blz. 155.

120 Zwemmer 1978.

121 Daniels 1991, blz. 17-18.

122 Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 22, blz. 12 lk-rk.

123 Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 22, blz. 12 rk.

Deze rechtsgrond kan onvoldoende verklaren waarom rechtsfiguren als subject voor de vennootschapsbelasting worden aangemerkt, indien deze geen rechtspersoonlijkheid bezitten. Hier lijkt zich het gevreesde heffingsvacuüm niet voor te doen. In die gevallen moet de rechtssubjectiviteit van de rechtsfiguur worden gezocht in een eigen rechtsgrond voor niet-rechtspersonen. Deze eigen rechtsgrond is een uitwerking van de vergelijkbaarheid met de naamloze vennootschap. Daarop gelijkende rechtsvormen worden dienovereenkomstig als rechtssubject aangemerkt. In de vennootschapsbelastingdimensie gaat het dan ook om de vraag in welke gevallen een rechtsfiguur op basis van de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting als een zelfstandig rechtssubject dient te worden gezien.

2.6 DE AFBAKENING TUSSEN DE INKOMSTEN- EN VENNOOTSCHAPSBELASTING

De rechtsgrond van de vennootschapsbelasting is, zoals gezegd, dat deze heffing een steunfunctie vervult ten opzichte van de inkomstenbelasting. De steunfunctie van de vennootschapsbelasting lijkt beperkt tot situaties waarin de aanwezigheid van een rechtspersoon de mogelijke heffing van inkomstenbelasting kan verhinderen. Daarbij brengt de steunfunctie van de vennootschapsbelasting een 'natuurlijke afbakening' aan in de onderlinge verhouding tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting. De veronderstelde bedoeling die hieraan ten grondslag ligt is dat de inkomsten- en vennootschapsbelasting elkaar niet overlappen en evenmin 'blank spots' zouden moeten bevatten. Met andere woorden, de onderlinge verhouding dient mee te brengen dat een subject niet aan de inkomstenbelasting én vennootschapsbelasting tegelijkertijd is onderworpen en evenmin dat een subject in geen van beide heffingen wordt begrepen.

De onderlinge verhouding tussen beide wetten komt ook naar voren in gevallen waarin het bestaan van een rechtsvorm als 'fiscaal rechtssubject' de toerekening van een object aan een natuurlijke persoon blokkeert. In die benadering is de aanwezigheid van een ander aangrijpingspunt als zodanig de rechtvaardiging voor het inschuiven van de vennootschapsbelasting als aanvullend instrument. Voor mijn onderzoek is het noodzakelijk de afbakening tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting nader te beoordelen.

Samenhang inkomsten- en vennootschapsbelasting

In de parlementaire stukken zijn aanwijzingen te vinden waaruit de samenhang tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting kan worden afgeleid. Aan de memorie van antwoord, waarbij de discussie ging over het gebruik van het woord 'onderneming' in plaats van 'bedrijf', kan de volgende passage worden ontleend:¹²⁴

'Naar hun mening moet de vennootschapsbelasting, wat de subjectieve belastingplicht betreft, zich – afgezien van de overheidsbedrijven, waarvoor speciale overwegingen gelden – in beginsel alleen richten tot de niet aan de inkomstenbelasting onderworpen rechtspersoon of organisatie welke beoogt winst te maken.'

Ook de oudere rechtspraak – overigens van vóór de periode van een separate vennootschapsbelasting – geeft aanleiding om te veronderstellen dat een natuurlijke afbakening bestaat tussen het aanmerken van een rechtssubject als zelfstandige entiteit en de onmogelijkheid om tegelijkertijd van de achterliggende natuurlijke persoon belasting te heffen. In zijn arrest van 7 juni 1939 overwoog de Hoge Raad omtrent de rechtsgeldigheid van de aan een Société à Responsabilité limitée opgelegde aanslag:¹²⁵

124 Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, blz. 6, rk.

125 HR 7 juni 1939, B. 6925. Een vergelijkbare overweging is terug te vinden in HR 31 december 1924, B. 3569, waarin een Duitse Offene Handelsgesellschaft centraal stond.

‘dat waar de Wet op de Inkomstenbelasting 1914 voor den aanslag der niet binnen het Rijk wonende of gevestigde belastingplichtigen onderscheid maakt tusschen natuurlijke personen en lichamen, onder deze laatste niet kan vallen eene vennootschap waarbij de gemaakte winst rechtstreeks aan de vennoten toekomt; dat toch in laatstgenoemd geval ieder der vennoten als natuurlijke persoon voor zijn deel in de winst aan de belasting is onderworpen’.

Ondanks de veronderstelde bedoeling dat beide heffingen binnen het Nederlandse belastingstelsel een sluitend systeem vormen, kan de vraag worden opgeworpen of de inkomsten- en vennootschapsbelasting ook daadwerkelijk een naadloos systeem vormen. Anders gezegd, kan de vennootschapsbelasting geacht worden ‘in te schuiven’ daar waar de reikwijdte van de inkomstenbelasting ophoudt en terug te treden als de inkomstenbelasting wél van toepassing is? Deze vraag werpt niet alleen licht op de houdbaarheid van de eerder besproken ‘afgeleide rechtsgrond’ van de vennootschapsbelasting, maar is tevens van belang om te beoordelen of ten aanzien van een zelfstandige entiteit een eensluidend oordeel wordt bereikt bij de indeling in de sfeer van de inkomsten- dan wel de vennootschapsbelasting.

In het kader van de voorgaande vraagstelling is het interessant om te constateren dat het Nederlandse fiscale stelsel geen bepaling kent waarin de aansluiting tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting is geregeld. In Duitsland daarentegen is in art. 3, lid 1, van de Körperschaftsteuergesetz het volgende is bepaald:

‘Nichtrechtsfähige Personenvereinigungen, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen sind körperschaftsteuerpflichtig, wenn ihr Einkommen weder nach diesem Gesetz noch nach dem Einkommensteuergesetz unmittelbar bei einem anderen Steuerpflichtigen zu versteuern ist.’

Deze bepaling voorkomt dat een zelfstandige rechtsfiguur tussen de wal van de inkomstenbelasting en het schip van de vennootschapsbelasting terecht komt.¹²⁶ Het is in theorie namelijk niet ondenkbaar dat een bepaalde rechtsfiguur – zoals de Anglo-Amerikaanse trust – weliswaar als zelfstandige entiteit kan worden aangemerkt en om die reden buiten de sfeer van de inkomstenbelasting blijft, terwijl deze evenmin onder het bereik van de vennootschapsbelasting kan worden gebracht. Een non-transparante rechtsfiguur vertoont nu eenmaal de kenmerken van een fiscaal zelfstandige entiteit, ongeacht of deze in de Wet Vpb 1969 daadwerkelijk als belastingplichtig rechtssubject is aangewezen. De ‘kip-en-ei’-gedachte dat entiteiten uitsluitend non-transparant zijn, indien deze aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen, is mijns inziens apert onjuist.¹²⁷

Alhoewel sommige rechtssubjecten ongetwijfeld ter voorkoming van onduidelijkheden als belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting zijn aangewezen,¹²⁸ gaat deze gedachtegang in zijn algemeenheid niet op. Allereerst laat deze redering het bestaan van het leerstuk van fiscale (non-)transparantie binnen andere belastingen onverklaard. Tevens zou deze redenering in strijd komen met de gedachte van de wetgever dat het belastingrecht probeert aan te sluiten bij de maatschappelijke en economische werkelijkheid, die inhoudt dat bepaalde entiteiten nu eenmaal ‘van nature’ als zelfstandig rechtsfiguur worden gezien.¹²⁹

126 Zie ook Goossen 1991, blz. 9-10 en Boer en De Vries 2005.

127 Zie ook paragraaf 2.7.1.

128 Te denken valt aan de open commanditaire vennootschap en het open fonds voor gemene rekening.

129 Kamerstukken II, 1959/60, 3580 en 6000 (nota), blz. 16, lk.

Hof Arnhem 30 januari 1959, BNB 1960/44

De afbakening die volgt uit de aanwijzing van een rechtsvorm als zelfstandige entiteit, is echter tevens bepalend voor de samenhang tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting. De samenhang heeft de wetgever niet altijd goed voor ogen gehad, waardoor een gebrekkige samenhang tussen inkomsten- en vennootschapsbelasting kan worden onderkend. Het bekendste voorbeeld wordt aangetroffen in de (proef)procedure die heeft geleid tot de uitspraak van Hof Arnhem 30 januari 1959, BNB 1960/44.¹³⁰

In deze procedure, die speelde onder de vigeur van het Besluit IB 1941 en het Besluit Vpb 1942, werd de samenhang tussen beide heffingswetten expliciet aan de orde gesteld. In deze procedure stond de zelfstandige belastingplicht van een commanditaire vennootschap op aandelen centraal. De commanditaire vennootschap op aandelen werd voor toepassing van het Besluit Vpb 1942 in de Eerste, later Achtste Aanvullingsbeschikking Vpb 1942 nader omschreven als 'de commanditaire vennootschap, waarbij toetreding of vervanging van commanditaire vennoten, anders dan krachtens vererving of legaat, kan plaats vinden zonder toestemming van alle vennoten, behorenden zowel als commanditaire'.

In de voorgelegde zaak was weliswaar in civielrechtelijke zin sprake van een commanditaire vennootschap op aandelen, maar ontbrak het 'open karakter'. Als gevolg hiervan kon de commanditaire vennootschap op aandelen, vanwege de beperkte verhandelbaarheid van de aandelen, niet als belastingplichtige in de zin van het Besluit Vpb 1942 worden aangemerkt. Het Hof voegde daaraan toe dat, ondanks het ontbreken van vennootschapsbelastingplicht, de bedrijfsresultaten evenmin bij de participanten als 'opbrengst van bedrijf' in de inkomstenbelasting konden worden betrokken. De participanten waren immers niet rechtstreeks gerechtigd tot het bedrijfsresultaat, maar hadden indirect uitsluitend langs de weg van het aandelenbezit een aanspraak.

Tegen deze uitspraak is door de staatssecretaris van Financiën geen cassatieberoep ingesteld. De bewindsman geeft hiervoor als reden dat de definitie van een 'open commanditaire vennootschap',¹³¹ zoals voortaan neergelegd in art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR, zowel voor de inkomsten- als voor de vennootschapsbelasting zou gaan gelden, 'waardoor vragen als de onderhavige worden afgesneden'.¹³²

De voorgaande procedure leidt naar mijn mening tot een tweetal gevolgtrekkingen omtrent de samenhang tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting. In de eerste plaats kan worden geconstateerd dat het fiscale stelsel misschien wel bedoeld is als een sluitend systeem, maar op zichzelf beoordeeld geen sluitend systeem vormt. Het is dus theoretisch bestaanbaar dat een rechtsfiguur een zelfstandige entiteit is die rechtstreekse inkomstenbelastingheffing verhindert, maar evenmin als subject in de vennootschapsbelasting wordt betrokken ('blank spot'). In de tweede plaats kan uit het voorgaande worden afgeleid dat de toenmalige staatssecretaris van Financiën de aldus ontstane incongruentie onwenselijk vond en het desideratum van een sluitend stelsel voor ogen heeft gehad.

In het handelsregister ingeschreven vennootschap (art. 2, lid 6, Wet Vpb 1969)

Een andere indicatie ten aanzien van de onderlinge verhouding tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting kan worden gevonden in art. 2, lid 6, Wet Vpb 1969. Deze bepa-

130 Zie o.a. Van Roosmalen 1965, blz. 151, Van Brunschot 1970, blz. 9-10, Goossen 1991, blz. 10 en Stevens 2002, blz. 245.

131 De commanditaire vennootschap op aandelen is als civielrechtelijke figuur afgeschaft als gevolg van de EEG-richtlijn van 1968 inzake het vennootschapsrecht bij Wet van 28 mei 1975, *Stb.* 1975, 277. Uiteindelijk is hiervoor de zogeheten 'open commanditaire vennootschap' in de plaats gekomen.

132 Zie het onderschrift bij Hof Arnhem 30 januari 1959, BNB 1960/44. In § 7, lid 3, Leidraad AWR is een vergelijkbare opmerking opgenomen.

ling, op basis waarvan het bestaan van een naamloze of besloten vennootschap wordt aangenomen 'zodra en zolang' deze in het handelsregister staat ingeschreven, brengt theoretisch de mogelijkheid van dubbele inkomsten- en vennootschapsbelastingheffing mee. Indien een dergelijke vennootschap civielrechtelijk niet (langer) bestaat, dan zijn de daaruit voortvloeiende ondernemingswinsten in de inkomstenbelasting te betrekken bij de 'aandeelhouders' als winst uit onderneming. Vanwege het bepaalde in art. 2, lid 6, Wet Vpb 1969 zal echter ook een aanslag vennootschapsbelasting worden opgelegd, zolang de kapitaalvennootschap nog in het handelsregister staat ingeschreven. Een bepaling die de aldus ontstane samenloop wegneemt, is in de inkomstenbelasting noch in de vennootschapsbelasting opgenomen. Tijdens de parlementaire behandeling is hieromtrent namens de regering het volgende opgemerkt:¹³³

'Ter voldoening aan het verzoek van de hier aan het woord zijnde leden om te worden ingelicht in hoeverre een cumulatie van vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting over de winst van een nietige n.v. mogelijk is, merken de ondergetekenden het volgende op. Indien een n.v. om welke reden dan ook civielrechtelijk niet als zodanig kan worden erkend, zal zij niettemin, zolang in het handelsregister een onderneming als aan haar behorende staat ingeschreven, op grond van artikel 2, vierde lid, van het ontwerp [thans art. 2, lid 6, JPB] (...) voor de vennootschapsbelasting als een n.v. worden aangemerkt. Voor de inkomstenbelasting bestaat een dergelijke bepaling niet, zodat in beginsel de behaalde winsten niet alleen aan de vennootschapsbelasting doch – bij de aandeelhouders ieder voor zijn deel – tevens aan de inkomstenbelasting zijn onderworpen. Artikel 63 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (de zgn. hardheidsclausule) biedt echter de mogelijkheid tot voorkoming van een dergelijke cumulatie (...).'

Ook het voorgaande citaat leidt naar mijn mening tot een tweetal conclusies met betrekking tot de verhouding tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting. In de eerste plaats blijkt ook hier de mogelijkheid van samenloop tussen beide heffingen niet 'op systematisch niveau' door de wetgever te zijn uitgesloten. Uit de opbouw van het belastingstelsel als zodanig blijkt dan ook niet van een dwingende systeemregel die tot gevolg heeft dat de inkomsten- en vennootschapsbelasting elkaar wederzijds uitsluiten.

In de tweede plaats heeft de wetgever aangegeven cumulatie van inkomsten- en vennootschapsbelasting niet wenselijk te vinden en ermee ingestemd dat deze in het concrete geval met een beroep op de 'hardheidsclausule' wordt voorkomen. Het is die mogelijkheid, zo kan uit het vervolg van de aangehaalde passage worden begrepen, die de wetgever ertoe heeft gebracht om voor deze weinig voorkomende situatie 'wegens haar geringe praktische betekenis'¹³⁴ geen afzonderlijke wettelijke regeling op te nemen. Desalniettemin heeft de wetgever deze dubbele heffing niet willen aanvaarden.

Naar het mij voorkomt, kan ten aanzien van de aansluiting tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting worden geconcludeerd dat het belastingstelsel geen systeem van communicerende vaten vormt. De wet kent geen dwingende systeemregel waaruit volgt dat de inkomsten- en vennootschapsbelasting elkaar wederzijds uitsluiten. Evenmin valt uit de parlementaire behandeling en jurisprudentie een dergelijke rechtsregel te herleiden. Wel kan worden geconcludeerd dat de wetgever aansluitingsproblemen tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting onwenselijk acht. Het bestaan van dubbele (niet-)heffing als gevolg van de gebrekkige aanwijzing van het subject in de vennootschapsbelastingsfeer dient volgens de wetgever zo veel mogelijk te worden opgeheven. Deze opstelling van de wetgever sluit aan bij de afgeleide rechtsgrond van de vennootschapsbelasting. Het past niet binnen de steunfunctie van de vennootschapsbelasting om dergelijke imperfecties te laten voortbestaan. Alhoewel het theoretisch zeker denkbaar is dat het fiscale stelsel 'blank spots' en overlappingsen kent, ligt het in de bedoeling van

133 Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, blz. 8, lk-rk.

134 Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, blz. 8, rk.

de wetgever de hieruit voortvloeiende dubbele heffing weg te nemen en niet-heffing te voorkomen.¹³⁵

2.7 DE SUBJECTGERICHTHEID VAN DE INKOMSTEN- EN VENNOOTSCHAPSBELASTING

Binnen het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen neemt het 'subject van heffing' een prominente plaats in. De inkomsten- en vennootschapsbelasting zijn beide 'subjectieve belastingen', waarbij de indeling in één van beide heffingen wordt bepaald door de aanwijzing van de persoon van de belastingplichtige.¹³⁶ Indien een rechtsfiguur als zelfstandig fiscaal rechtssubject kan worden aangemerkt, vormt het daarmee – in potentie – een zelfstandig toerekeningspunt waarbij de Wet Vpb 1969 kan aansluiten. Kan aan een rechtsfiguur daarentegen geen zelfstandigheid worden toegerekend, dan wordt het inkomen en vermogen dat samenhangt met de rechtsfiguur als 'object' aan een ander als 'subject' toegerekend. De kwalificatie van een rechtsfiguur als fiscaal rechtssubject is dan ook een uiterst belangrijk element binnen de 'subjectgerichte opzet' van het fiscale stelsel. De aanwezigheid van een zelfstandige entiteit als fiscaal rechtssubject is daarmee bepalend voor: (i) de afbakening van de belaste en onbelaste sfeer, (ii) het niveau waarop de belastingheffing binnen het getrapte stelsel aangrijpt en (iii) de (on)bestaanbaarheid van zwevend vermogen.

Hierna worden deze aspecten van de subjectgerichtheid van het fiscale stelsel uitgewerkt.

2.7.1 De belaste tegenover de onbelaste sfeer

Uit het fiscale legaliteitsbeginsel volgt dat de belaste sfeer dient te worden afgebakend met behulp van wetgeving. Uitgaande van een 'sluitend stelsel' – waarbij als randvoorwaarde zou hebben te gelden dat alle fiscaal zelfstandige rechtsfiguren een subjectief belastingplichtig lichaam vormen – is met de constatering van een fiscaal non-transparante entiteit de plaatsing binnen de 'belaste sfeer' gegeven. Hiermee wordt bedoeld dat in die situatie de zelfstandige rechtsfiguur als subject van heffing het aangrijpingspunt voor de belastingheffing vormt, aan welk aangrijpingspunt ook gevolg is gegeven doordat de entiteit binnen de reikwijdte van het belastingstelsel is gebracht. Het subject zou dan onder de expliciet omschreven regels van de belastingwetgeving zijn gebracht en daarmee binnen de belaste sfeer zijn geplaatst.¹³⁷

Het Nederlandse systeem zit evenwel anders in elkaar. Allereerst kan worden opgemerkt dat de premisse van een 'sluitend belastingstelsel' voor de Nederlandse situatie meer wens dan werkelijkheid is. Zoals opgemerkt in paragraaf 2.6 is geen sluitend stelsel tot stand gekomen en is het niet uit te sluiten dat een zelfstandige entiteit aan subjectieve belastingplicht ontsnapt.¹³⁸ Ten aanzien van Anglo-Amerikaanse trusts is deze mogelijkheid in de literatuur expliciet onderkend. Uitgaande van zijn veronderstelling dat een Anglo-Amerikaanse trust in fiscale zin tot de categorie 'doelvermogens' kan worden gerekend, komt Nobel tot de volgende conclusie:¹³⁹

135 Zie ook Daniels 1991, blz. 119.

136 In het geval van de buitenlandse belastingplicht ligt dit mogelijk genuanceerder, nu daar ook de aard van het object – 'Nederlands inkomen' – als zodanig relevant is. Desalniettemin dient ook dan in eerste instantie de kwalificatievraag te worden gesteld en beantwoord.

137 Het is vervolgens afhankelijk van de regels omtrent fiscale jurisdictieafbakening en de regels omtrent het object van heffing of het rechtssubject ook onderworpen is aan de Nederlandse belasting.

138 Zie ook Verburg 2001, onderdeel 4.

139 Nobel 1991.

‘Indien de trust in Nederland gevestigd is, hetgeen normaliter het geval is wanneer de trustee in Nederland woont of gevestigd is, dan is de trust in het geheel niet aan vennootschapsbelasting onderworpen. Het doelvermogen behoort immers niet tot een van de in artikel 2, lid 1, Wet vennootschapsbelasting limitatief opgesomde categorieën binnenlandse belastingplichtigen.’

Naast de ‘blank spots’ die ontstaan bij de afbakening van de belaste sfeer, indien een zelfstandige entiteit niet tot de limitatieve opsomming van lichamen behoort, kan worden gewezen op de positie van de ‘beperkt belastingplichtigen’. De beperkt belastingplichtige lichamen, zoals stichtingen en verenigingen, zijn uitsluitend belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting, ‘indien en voor zover zij een onderneming drijven’.¹⁴⁰ In dit verband is de vraag opgeworpen of deze entiteiten, indien geen onderneming wordt gedreven, wel ‘lichamen’ zijn als bedoeld in art. 1 Wet Vpb 1969:

‘Onder de naam “vennootschapsbelasting” wordt een directe belasting geheven van de lichamen vermeld in de artikelen 2 en 3.’

Aangezien van beperkt belastingplichtigen geen belasting wordt geheven, indien zij geen onderneming drijven, kan worden betoogd dat deze rechtsfiguren in dat geval geen ‘lichamen’ zijn in de zin van de Wet Vpb 1969. Deze lichamen maken dan deel uit van de ‘onbelaste sfeer’. In de rechtspraak is dit standpunt ingenomen om aan een stichting de status van ‘verbonden lichaam’ in de zin van art. 10a Wet Vpb 1969 te onthouden.¹⁴¹ In deze redenering is het ontbreken van onderworpenheid aan de vennootschapsbelasting reden om te concluderen dat geen sprake is van een lichaam in de zin van art. 1 jo art. 2 Wet Vpb 1969.

Deze (cirkel)redenering is in de literatuur door Merks verworpen op basis van het navolgende argument:¹⁴²

‘In de door belanghebbende gekozen uitleg ontstaat er echter een derde groep van belastingplichtigen. Een groep die zowel buiten de reikwijdte van de vennootschapsbelasting als buiten de reikwijdte van de inkomstenbelasting valt. Immers, blijkens art. 1.1 Wet IB 2001 wordt onder de naam inkomstenbelasting slechts belasting geheven van natuurlijke personen. En een niet-VPB-plichtige stichting is geen natuurlijk persoon. Een derde groep (in deze “noch vlees, noch vis” benadering van belanghebbende) die niet onder de Wet IB 2001 noch onder de Wet VPB 1969 valt, past niet in ons wettelijke systeem waarbij de inkomstenbelasting (vrijwel) naadloos aansluit op de vennootschapsbelasting (en vice versa).’

De onderbouwing van het standpunt dat een niet-nijvere stichting wel degelijk een ‘lichaam’ is, wordt door Merks (mede) gebaseerd op de samenhang van het wettelijk systeem. Hij merkt op dat een derde categorie – naast lichamen en natuurlijke personen – daarin niet past. Op basis van hetgeen in paragraaf 2.6 is besproken, ben ik van mening dat deze categorie ‘noch vlees, noch vis’ op zichzelf wel degelijk bestaat. Het bestaan daarvan is wellicht ‘onwenselijk’, maar die beoordeling is normatief van aard en zonder nadere onderbouwing van de bedoelingen van de wetgever niet overtuigend. Alhoewel ik zijn uiteindelijke conclusie deel, acht ik dit argument van Merks niet sterk.¹⁴³

140 Zie art. 2, lid 1, onderdeel e, Wet Vpb 1969.

141 Zie onderdeel 3.2 van het incidenteel beroep in cassatie in HR 8 oktober 2004, BNB 2005/51. Overigens heeft de Hoge Raad zich niet op dit punt hoeven uitspreken.

142 Merks 2005.

143 Overigens acht ik het tweede argument van Merks 2005, onderdeel, 3.2.3 evenmin steekhoudend. Merks herschrijft eerst art. 3 Wet Vpb 1969 en concludeert: ‘Op grond hiervan kan er – ook indien er geen sprake is van Nederlands inkomen – toch sprake zijn van een lichaam.’ De niet omgevormde, letterlijke tekst van art. 3 Wet Vpb 1969 is zelf echter niet zo duidelijk als wordt gesuggereerd.

Anders dan belanghebbende in de aangehaalde cassatieprocedure heeft betoogd,¹⁴⁴ behoort de niet-nijvere stichting naar mijn mening niet tot de onbelaste sfeer. De indeling in de belaste en onbelaste sfeer geschiedt, binnen een subjectgericht stelsel, primair aan de hand van de karakteristieken van de beoordeelde rechtsfiguur. Binnen het Nederlandse subjectieve stelsel ten aanzien van winst en inkomen staat het subject van heffing centraal, het object van heffing wordt erbij gezocht. Het is in die benaderingswijze onjuist om rechtsfiguren vanwege het daaraan toerekenbare object aan de belaste of onbelaste sfeer toe te delen. Ik licht dit hierna toe.

Een stichting is ontegenzeggelijk een fiscaal zelfstandige entiteit die, onder de voorwaarde dat de daaraan toerekenbare vermogensbestanddelen een onderneming vormen, conditioneel aan de belastingheffing is onderworpen. Daarmee is de stichting als rechtsfiguur geïdentificeerd en binnen de reikwijdte van de belaste sfeer geplaatst. De nadere voorwaarden ten aanzien van de effectieve belastingplicht zijn uitsluitend gericht op het aan de stichting toerekenbare object. Deze voorwaarde heeft echter geen betrekking op de structuur en identificatie van de stichting als rechtssubject. Ook in het geval geen onderneming wordt gedreven, worden de vermogensbestanddelen aan de stichting als zelfstandige, niet-belastingplichtige entiteit toegerekend. Ondanks het ontbreken van belastingplicht behoort de rechtsfiguur – zij het voorwaardelijk – tot de ‘belaste sfeer’.

Rechtsfiguren die daarentegen tot de ‘onbelaste sfeer’ behoren, vertonen weliswaar fiscaaljuridische zelfstandigheid, maar *kunnen* – vanwege hun juridische structuur en het bepaalde in art. 2 en 3 Wet Vpb 1969 – ook niet-belastingplichtig zijn. De stichting kan dat in potentie wel en valt ook ten volle binnen de reikwijdte van de ‘belaste sfeer’, niettegenstaande het feit dat het ontstaan van belastingplicht afhankelijk is van de aard van het aan de stichting toerekenbare object.¹⁴⁵ Uit het voorgaande volgt dat voorwaardelijk belastingplichtigen, subjectief vrijgestelde lichamen en lichamen die geen (Nederlands) inkomen genieten, toch tot de belaste sfeer dienen te worden gerekend. De vraag naar de rechtssubjectiviteit van de entiteit gaat daaraan immers vooraf en is dan reeds bevestigend beantwoord.

De indeling in belaste versus onbelaste sfeer staat overigens los van de situatie waarin een object aan geen enkel subject kan worden toegerekend. In dat geval is plaatsing van die (rechts)verhouding binnen één van beide sferen niet mogelijk, omdat het vermogen ‘zweeft’. De oorzaak van ‘zwevend vermogen’ is echter niet gelegen in de afbakening van de belaste en onbelaste sfeer, maar vloeit voort uit het ontbreken van een subject van heffing waaraan het object kan worden toegerekend. In paragraaf 2.7.3 wordt nader aandacht besteed aan het bestaan van ‘zwevend vermogen’ binnen het subjectgerichte stelsel.

2.7.2 Het bestaan van een getrapst stelsel

Als kenmerkend element van de subjectgerichtheid van het belastingstelsel kan worden genoemd dat de hoedanigheid van het subject van heffing ook bepalend is voor het niveau waarop de belastingheffing aangrijpt. De inkomsten- en vennootschapsbelasting vormen tezamen een ‘getrapst stelsel’ van belastingheffing over winst en inkomen,¹⁴⁶ waarbij de vennootschapsbelasting een complementaire functie ten opzichte van de inkomstenbelasting vervult. Indeling in één van de twee niveaus van het belastingstelsel vindt plaats aan de hand van de hoedanigheid van het subject van heffing.

144 Zie het incidenteel cassatieberoep in de zaak BNB 2005/51.

145 Merks 2005, onderdeel 3.2.3, komt ten aanzien van het begrip ‘lichaam’ tot een vergelijkbare conclusie. Hij merkt op dat ‘[d]aadwerkelijke belastingplicht niet van belang [is] om te kwalificeren als lichaam voor de Wet VPB 1969. De mogelijke of potentiële belastingplicht is van belang.’

146 In het Rapport Samenwerkingsverbanden, blz. 13, wordt gesproken van belastingheffing ‘in twee fasen’.

Natuurlijke personen die rechtstreeks gerechtigd zijn tot een object, worden 'direct' in de inkomstenbelasting betrokken. Zelfstandige entiteiten die binnen de belaste sfeer vallen, worden eveneens 'direct' in de heffing betrokken voor het aan hen toerekenbare object van heffing. Deze heffing functioneert tegelijkertijd als een 'indirecte heffing' ten laste van de achter de entiteit schuilgaande natuurlijke personen. De belastingheffing ten laste van een entiteit (een naamloze vennootschap) is in indirect opzicht ook altijd een heffing van de achter de entiteit gelegen gerechtigde (de aandeelhouder).

Cort van der Linden stelde het indirecte effect dat bij de belastingheffing van lichamen optreedt, ruim een eeuw geleden treffend aan de orde:¹⁴⁷

'Evenmin als een rechtspersoon dienstplichtig kan zijn, kan zij offers brengen aan den Staat. De dienstplicht zou moeten worden waargenomen door personen evenals de offers door personen zullen worden gevoeld. De rechtspersoon zal ongetwijfeld door belasting kunnen worden getroffen, maar men zal deze belasting altijd moeten beschouwen voor hetgeen zij werkelijk is: een belasting welke werkelijke levende personen treft.'

Het getrapte stelsel

Het getrapte stelsel leidt voor de fiscale kwalificatie van rechtsfiguren – en daarmee voor het kwalificatiemodel – tot een aantal observaties. In de eerste plaats is de aan het subject gekoppelde indeling in de inkomsten- of vennootschapsbelasting primair beslissend voor het geheel van bepalingen dat op het subject – en het aan hem toerekenbare object – van toepassing wordt verklaard.¹⁴⁸ Deze constatering mag gezien het voorgaande een open deur worden genoemd. Belangrijk is evenwel dat de indeling van een subject op een bepaald niveau, althans in een naadloos sluitend stelsel, meebrengt dat toedeling daarvan aan het andere niveau is uitgesloten. In paragraaf 2.6 werd geconcludeerd dat in theorie geen sprake is van een perfecte aansluiting van beide niveaus van het fiscale stelsel, maar dat het in de bedoeling van de wetgever ligt de daarmee samenhangende onvolkomenheden in concrete gevallen weg te nemen.

In de tweede plaats brengt het bestaan van een getrapst stelsel mee dat het aan een zelfstandige entiteit toerekenbare object van heffing op het niveau van het subject in de heffing wordt betrokken. Ook eventuele verliezen komen op het niveau van het zelfstandige subject tot uitdrukking, terwijl verliezen bij een transparante entiteit in aanmerking worden genomen bij de achterliggende subjecten. Het aan het subject van heffing toerekenbare vermogen en inkomen is, met uitsluiting van de afwijkende toerekening aan een ander subject, ook op dat niveau belast.¹⁴⁹ Hieruit volgt dat eenzelfde object van heffing – wettelijke uitzonderingsbepalingen daargelaten – niet (nogmaals) aan een ander subject dan de rechthebbende kan worden toegerekend. Bij het ontbreken van deze exclusiviteit in de toerekening zou dubbele heffing ontstaan.

In de derde plaats doet het bestaan van een getrapst stelsel de vraag rijzen naar de onderlinge verhouding tussen de eerdere heffing in de vennootschapsbelasting en de latere heffing in de inkomstenbelasting. Deze vraag heeft twee dimensies. Allereerst die van de (economisch) dubbele belastingheffing die uit het getrapte stelsel voortvloeit. In de tweede plaats die met betrekking tot de onderlinge relatie van subjecten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

De vraag omtrent de economische dubbele heffing binnen het Nederlandse fiscale stelsel hangt nauw samen met de eerder behandelde rechtsgrond van de vennootschapsbelasting

147 Cort van der Linden 1887, blz. 120.

148 Van Kempen 1999a, blz. 24-29, geeft een overzicht van de belangrijkste verschillen bij de bepaling van de belastingdruk bij transparante entiteiten en zelfstandig belastingplichtige lichamen.

149 Zie ook Van Dijck 1967, blz. 162.

(zie paragraaf 2.5.2). In een 'antropomorphe visie' bestaat evenveel rechtvaardiging voor een zelfstandige heffing van lichamen als van natuurlijke personen. In deze zienswijze is de vennootschapsbelasting een zelfstandige heffing, naast de inkomstenbelasting en doet economisch dubbele belastingheffing zich niet voor. Diametraal tegenover deze zienswijze staat de gedachte dat het lichaam een verlengstuk is van de aandeelhouder. In deze visie dient iedere heffing op het niveau van het lichaam te worden verrekend met de later te betalen inkomstenbelasting, omdat anders dubbele heffing ontstaat. Geconstateerd kan worden dat in Nederland altijd een voorkeur heeft bestaan voor het zogeheten 'klassieke stelsel',¹⁵⁰ waarbij een 'globaal evenwicht' wordt bereikt.¹⁵¹

De gevolgen van het klassieke stelsel zijn echter gemitigeerd en thans is een globaal evenwicht ontstaan met de invoering van de aanmerkelijkbelangregeling en de vermogensrendementsheffing.¹⁵² Het blijft echter een 'globaal evenwicht', zodat bij het ontbreken van een overtuigende rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting de economisch dubbele belastingheffing binnen het klassieke stelsel niet altijd op bevredigende wijze wordt opgelost. De 'polderoplossing' van een gemitigeerd klassiek stelsel poogt aan de verschillende zienswijzen ten aanzien van de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting tegemoet te komen. In aanvulling op de eerdere uiteenzetting van de rechtsgrondslagen van de vennootschapsbelasting biedt het voorgaande echter geen nieuwe gezichtspunten voor het kwalificatievraagstuk.

Het vermogen in de doode hand

De andere dimensie van het getrapte stelsel van inkomsten- en vennootschapsbelasting, heeft betrekking op de relatie tussen de subjecten die aan de inkomstenbelasting zijn onderworpen en de subjecten die aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Uit de opzet van het getrapte stelsel vloeit voort dat de inkomstenbelasting een centrale positie inneemt. De belastingheffing ten aanzien van zelfstandige entiteiten dient primair ter ondersteuning van de inkomstenbelasting. Het ligt dan ook voor de hand dat een relatie – een kanaal – bestaat tussen de subjecten in de vennootschapsbelasting en de subjecten in de inkomstenbelasting. Indien deze relatie categorisch zou ontbreken, kan binnen het getrapte stelsel geen uitvoering worden gegeven aan de steunfunctie van de vennootschapsbelasting.

De relatie tussen subjecten in de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting wordt gevonden in de rechtsverhouding van de natuurlijke persoon tot het lichaam. Het meest voor de hand liggende voorbeeld daarvan is 'het aandeel'¹⁵³ in een rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschap dat als kanaal tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting fungeert. Uiteraard kan dit kanaal ook tussen zelfstandige rechtsfiguren onderling tot een 'subject/object-verhouding' leiden. Bij een subject wordt dit kanaal als onderdeel van het objectbegrip in de inkomsten- dan wel vennootschapsbelasting betrokken. Op die wijze komt de relatie tussen subjecten en objecten tot uitdrukking in de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969.

Op de hiervoor beschreven relatie tussen subjecten en objecten bestaat één uitzondering. Deze wordt gevormd door rechtsfiguren die een kanaal missen en derhalve geen relatie met andere subjecten van heffing hebben. Deze rechtsfiguren, waarvan de stichting het bekendste voorbeeld vormt, worden 'instellingen van de doode hand' genoemd. Dergelijke rechtsfiguren vertonen alle kenmerken van een zelfstandige entiteit, maar staan volledig op zichzelf. Geen enkel ander subject heeft een aanspraak op het vermogen dat in

150 Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), onderdeel 0.0.1.d3. Zie ook Verburg 1988, blz. 389-404.

151 Zie uitgebreid Grapperhaus 1966 en Vleggeert 2009, blz. 23-25.

152 Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), onderdeel 0.0.1.d3.

153 Andere voorbeelden zijn het lidmaatschapsrecht van een vereniging of coöperatie, het winstbevijs, de optie, en het bewijs van deelgerechtigdheid in een open fonds voor gemene rekening.

de ‘doodse hand’ is. Het aan deze entiteiten toekomende vermogen behoort geen ander toe, ook niet in indirecte zin.

De bijzondere positie van deze rechtsfiguren blijkt uit de navolgende opmerkingen van minister Oud bij de invoering van de Wet op de belasting van de Doodse Hand 1934:¹⁵⁴

‘Alle belastingen (...) worden uiteindelijk gedragen door natuurlijke personen, wier economisch bestaan, rechtstreeks of middellijk, geheel of ten deele, in die staatkundige gemeenschap wortelt (...). Het feit dat de wetgever, om redenen van doelmatigheid, de belastingheffing een en andermaal verbindt aan bepaalde (...) inkomens- of vermogensdeelen (...), doet de waarheid van het hiervóór opgemerkte geenszins teniet, (...).’

Hij vervolgt deze constatering met enkele opmerkingen die aan Cort van der Linden doen denken:

‘Men zal een en ander voor oogen hebben te houden, indien men rechtspersonen aan eene belasting wil onderwerpen. Wie overweegt – om een voorbeeld te noemen – het vermogen van naamloze vennootschappen te gaan belasten, dient voor oogen te houden, dat hij daarmee in feite anderen dan de vennootschap zelf zou treffen (...). Indien hij een dubbele belasting niet wenscht, kan hij tot de slotsom komen, dat het toch maar beter is, de vennootschap zelf ongemoeid te laten, doch de aandeelen te belasten als onderdeel van het vermogen der aandeelhouders. De rechtsband tusschen de vennootschap en de voornaamste winstgerechtigden, de aandeelhouders, maakt hier een keuze mogelijk.’

Deze keuze bestaat echter niet in alle gevallen, zo concludeert Oud:

‘Anders is het gesteld bij stichtingen en andere lichamen, welke men wel aanduidt als instellingen van de doode hand. Bij deze lichamen ontbreekt (...) een rechtsband tusschen hen en de personen door of voor wie zij bestaan, hetgeen zich uit in het feit, dat aanspraken op het vermogen van die lichamen nagenoeg in geen enkelen vorm ververven. Het is het ontbreken van dien rechtsband, dat er toe noopt, eventueel bij deze lichamen zelve de draagkracht te belasten welke zij zoo al niet hebben, dan toch wel de vertegenwoordigen in het vermogen, dat zij bezitten.’

Deze bijzondere ‘vermogensbelasting’, die heeft gegolden van 1934 tot 1939, vond zijn rechtvaardiging in het ontbreken van ‘een rechtsband’ tussen de rechtsfiguur en een andere belastingplichtige, als gevolg waarvan een getrapte wijze van belasten van het in de entiteit aanwezige vermogen niet mogelijk was. Binnen het hedendaagse belastingstelsel – dat overigens wezenlijk afwijkt van het destijds vigerende stelsel – is dit niet anders. Het vermogen van ‘instellingen in de doode hand’, waartoe volgens de staatssecretaris van Financiën ook de Anglo-Amerikaanse trustfiguur dient te worden gerekend,¹⁵⁵ kan bij gebrek aan een kanaal – zoals bij een discretionary trust het geval is – niet op getrapte wijze binnen het fiscale stelsel worden belast. De subjectgerichtheid van het Nederlandse fiscale stelsel maakt een ander aanknopingspunt in beginsel onmogelijk.

2.7.3 De (on)bestaanbaarheid van ‘zwevend vermogen’

In het kader van de subjectgerichte opzet van het belastingstelsel kan de vraag worden gesteld naar de (on)bestaanbaarheid van ‘zwevend vermogen’. Op verschillende plaatsen is door de staatssecretaris van Financiën gesuggereerd dat het bestaan van ‘zwevend vermogen’ principieel onverenigbaar is met de uitgangspunten van het Nederlandse fiscale

154 Wet van 5 oktober 1934, *Stb.* 528, verlengd bij Wet van 27 december 1938, *Stb.* 413. Zie over deze wet: J. van der Velde 1934.

155 Zie het Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, *BNB* 2006/139, en de daarin vervatte opdracht aan inspecteur om trusts te melden bij de Projectgroep vermogen in de doode hand.

stelsel. Het antwoord op de vraag of deze suggestie juist is, kan niet eerder worden gegeven dan nadat de term 'zwevend vermogen' nader is ingevuld. Aangezien de mogelijkheid van het bestaan van 'zwevend vermogen' van belang is in het kader van het kwalificatiemodel van rechtsvormen, wordt dit fenomeen hierna nader onderzocht.

Zwevend vermogen – klassieke opvatting

In paragraaf 2.7.1 werd reeds opgemerkt dat met 'zwevend vermogen' de situatie kan worden beschreven die ontstaat waarin inkomen en vermogen – als objecten – aan geen enkel subject toerekenbaar zijn. Deze invulling van het begrip 'zwevend vermogen' wordt teruggevonden in de besluiten van de staatssecretaris van Financiën ten aanzien van de fiscale behandeling van trusts, zoals die dateren van vóór de trustarresten van 1998.¹⁵⁶

'Aan een buitenlandse rechtsfiguur als de trust dienen in hier te lande voorkomende gevallen fiscale gevolgen te worden verbonden door een (analoge) toepassing van de nationale fiscale regelgeving. Naar mijn oordeel dient daarbij voorop te staan dat deze gevolgen stroken met het nationale fiscale rechtsbestel. Het "trustvermogen" behoort vanuit die optiek derhalve tot het vermogen van een natuurlijk persoon dan wel tot dat van een rechtspersoon. Een "zwevend" vermogen, met andere woorden, past niet in het fiscale bestel.'

Tijdens de parlementaire behandeling van de goedkeuringswet bij het HTV wordt deze beleidspublicatie van de staatssecretaris van Financiën aangehaald en daaraan het volgende toegevoegd:¹⁵⁷

'Vermogen dat onder een buitenlandse rechtsfiguur als de trust is gebracht, wordt door (analoge) toepassing van de bestaande Nederlandse fiscale regelgeving tot het vermogen van een natuurlijke persoon of een rechtspersoon gerekend. Dat kan de insteller van de trust zijn, dan wel de trustee of de begunstigde; de trustakte kan bij die toerekening een rol te spelen, maar behoeft dat niet. Vanuit fiscaal oogpunt is het niet noodzakelijk dat Nederland aan deze rechtsfiguur eisen stelt: immers ongeacht de inzichtelijkheid van de trust treden in hier te lande voorkomende gevallen fiscale gevolgen op voor de natuurlijke persoon of de rechtspersoon tot wiens vermogen de Belastingdienst de betreffende trustgoederen rekent.'

De eerder beschreven invulling van het begrip 'zwevend vermogen' lijkt mij in overeenstemming met de subjectgerichte opzet van het fiscale stelsel en wordt hierna de 'klassieke opvatting' genoemd.

Onbelast 'zwevend' vermogen

Deze klassieke opvatting kan ook worden teruggevonden in de memorie van toelichting bij de invoering van het APV-regime. Aldaar merkt de staatssecretaris van Financiën omtrent dit begrip het volgende op:¹⁵⁸

'Met "zweven" wordt bedoeld dat het afgezonderde vermogen bij geen enkele persoon in de belastingheffing wordt betrokken: niet bij degene die het heeft afgezonderd, niet bij het afgezonderde vermogen zelf en niet bij de begunstigde.'

156 Zie de Mededeling Staatssecretaris van Financiën 16 december 1993, nr. DB93/4451, Infobulletin 94/1 en Besluit Staatssecretaris van Financiën 22 juni 1995, nr. DB95/1771M, V-N 1995/2363, punt 2.

157 Kamerstukken II 1994/95, 23 054 (R 1464), nr. 10, blz. 7.

158 Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 11.

Overigens laat het citaat bij nadere lezing ook ruimte voor een andere invulling. De mogelijkheid van een andere invulling van het begrip 'zwevend vermogen' komt naar voren in de latere omschrijving die de bewindsman in antwoord op vragen van de PvdA-fractie geeft:¹⁵⁹

'De term "zwevend vermogen" kan eenvoudig worden toegelicht, ook in het licht van de zogeheten "novemberarresten". Onder zwevend vermogen versta ik sinds het eerste trustbesluit uit 1993 vermogen dat nergens in de belastingheffing wordt betrokken. De termen "zwevend" en "onbelast" zijn telkens in één adem genoemd.'

Naast de klassieke opvatting van het begrip 'zwevend vermogen' kunnen nog twee andere invullingen worden gegeven aan het begrip 'zwevend vermogen'. In die varianten ontstaat het 'zwevend vermogen' niet vanwege het onbreken van een toerekeningsmogelijkheid, maar is het gevolg van de toerekening aan een effectief niet-belastingplichtig subject. Anders gezegd, het vermogen zweeft niet, het blijft onbelast.

Het verschil tussen beide benaderingen wordt gevonden in de oorzaak van de niet-belastingplicht van het subject. De effectieve belastingplicht ontbreekt, vanwege (i) plaatsing in de onbelaste sfeer, dan wel (ii) het feit dat de entiteit zich buiten de Nederlandse fiscale jurisdictie bevindt.

In de eerste plaats kan worden gewezen op de situatie waarin het vermogen wordt verondersteld te zweven, omdat het toerekenbaar is aan een subject dat zich in de onbelaste sfeer bevindt. Deze benadering kan bij Nobel worden teruggevonden.¹⁶⁰ Als kenmerk van het bestaan van 'zwevend vermogen' noemt hij het in de lucht grijpen door de fiscus, hetgeen wordt veroorzaakt 'door het feit dat geen (rechts)persoon valt aan te wijzen die (subjectief) belastingplichtig is voor de belastingen'. Nobel doelt hier op hetgeen ik in paragraaf 2.7.1 de 'onbelaste sfeer' heb genoemd. Later voegt hij daar als één van de oorzaken aan toe dat de Anglo-Amerikaanse trust uitsluitend belast kan worden 'wanneer hij (door de wetgever) als belastingplichtige is aangewezen (bijvoorbeeld door gelijkstelling met een rechtspersoon)'. Het zwevend vermogen is in deze alternatieve visie niet het gevolg van de onmogelijkheid om het object toe te rekenen aan een subject, maar vindt zijn oorsprong in het feit dat het subject, vanwege de plaatsing daarvan in de onbelaste sfeer, niet aan de heffing kan worden onderworpen.

In de tweede plaats wordt het begrip 'zwevend vermogen' ook wel gebruikt ter aanduiding van gevallen waarin een object weliswaar toerekenbaar is aan een subject, maar dat subject niet aan de belastingheffing is onderworpen omdat deze buiten de reikwijdte van de Nederlandse belastingjurisdictie valt. Deze benadering kan worden teruggevonden in het besluit ten aanzien van de Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (hierna: SPF).¹⁶¹ Ook in het latere verzamelbesluit voor de Anglo-Amerikaanse trust en de SPF komt deze zienswijze terug. Aan het eerstgenoemde besluit kunnen de volgende twee passages worden ontleend waaruit deze invulling van het begrip 'zwevend vermogen' blijkt:

'Uit de kenmerken van de SPF volgt een zelfde fiscale behandeling als die van de trust. (...) Richtlijn bij deze behandeling is dat ik het ongewenst acht dat personen die in Nederland belastingplichtig zijn een belastingvrij zwevend vermogen creëren.'

159 Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 13, blz. 38. Ook tijdens het gastcollege d.d. 14 april 2008 op de Universiteit van Tilburg lijkt de bewindsman het oog te hebben gehad op de onbelastbaarheid van het onder trustverband gebrachte vermogen wanneer hij spreekt van 'zwevend vermogen'. De integrale tekst van het gastcollege is te raadplegen op: http://www.minfin.nl/Actueel/Toespraken/Jan_Kees_de_Jager/2008/04/De_Wet_schenk_en_erfbelasting_evenwichtiger_eenvoudiger.

160 Nobel 1999, blz. 786-787.

161 Besluit van 22 oktober 2002, nr. CPP2002/2773M, BNB 2003/39.

Even verderop kan worden gelezen dat de SPF rechtspersoonlijkheid bezit, en op de Nederlandse Antillen 'niet of nauwelijks' in de belastingheffing wordt betrokken. Daarna wordt het volgende opgemerkt:

'Het onbelast creëren en instandhouden van een "zwevend" vermogen acht ik ongewenst. Een SPF-structuur met behoud van zeggenschap en die zodanig is vormgegeven dat noch in Nederland, noch op de Antillen terzake belastingen zou zijn verschuldigd bestempeld ik als fiscale grensverkenning.'

De invulling die in deze besluiten aan het begrip 'zwevend vermogen' wordt gegeven, is wezenlijk anders dan in de klassieke opvatting. In het bijzonder ten aanzien van de rechtspersoonlijkheid bezittende SPF geldt dat het vermogen eenvoudigweg toerekenbaar is aan een subject en lijkt van zwevend vermogen geen sprake te zijn.

Geen zwevend vermogen

Hoewel de staatssecretaris deze term wel gebruikt, is in de twee hiervoor beschreven varianten naar mijn mening echter geen sprake van zwevend vermogen. Het vermogen is in beide varianten 'neergeslagen' bij een subject en zweeft dan ook niet. Dat het vermogen niet op zodanige wijze is neergeslagen dat daaraan (effectieve) Nederlandse belastingheffing kan worden gekoppeld, maakt niet dat het vermogen 'zweeft'. Anders gezegd, onbelast vermogen is nog geen zwevend vermogen. Gegeven de onzuiverheden in de andere invullingen van het begrip 'zwevend vermogen' hanteer ik hierna als uitgangspunt de klassieke opvatting van dit begrip.

Een bijzondere situatie, waarin overigens geen sprake is van zwevend vermogen, doet zich voor in het geval een rechtsfiguur kan worden aangemerkt als 'doelvermogen'.¹⁶² Het vermogen is in dat geval object en subject van heffing tegelijk. In dergelijke gevallen is het vermogen verzelfstandigd en wordt het object van heffing in wezen aan zichzelf toegerekend. In de omschrijving van het begrip 'doelvermogen' door de Hoge Raad komt deze 'ambigüiteit' ook tot uitdrukking.¹⁶³

In het Nederlandse fiscale recht is bekend het begrip doelvermogen, een tot een bepaald doel afgezonderd vermogen, dat niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een (rechts)persoon en wordt behandeld als een zelfstandige fiscale entiteit.

Het begrip 'zwevend vermogen', zoals dat in vorenbedoelde zin is omlijnd, doet de vraag aan de orde komen of het bestaan daarvan principieel onverenigbaar is met het subject-gerichte Nederlandse fiscale stelsel. Binnen dat stelsel wordt het subject van heffing immers als centraal toerekeningspunt vooropgesteld. Het bestaan van zwevend vermogen lijkt daarmee mogelijk niet verenigbaar. Zoals opgemerkt, heeft de staatssecretaris dit ook als zijn mening te kennen gegeven. Daarentegen heeft A-G Moltmaker terecht opgemerkt,¹⁶⁴ dat een 'enkel machtswoord van de Regering dat een zwevend vermogen niet past in het fiscale stelsel' onvoldoende is om te kunnen concluderen dat dit ook daadwerkelijk het geval is.

Bestaanbaarheid en wenselijkheid zwevend vermogen

Naar mijn mening dient een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen de 'bestaanbaarheid' en de 'wenselijkheid' van zwevend vermogen. De vraag die eerst dient te worden beantwoord en die hier centraal staat, is die van de 'bestaanbaarheid' van zwevend

162 In paragraaf 8.2 wordt het begrip 'doelvermogen' uitgebreid behandeld.

163 Zie r.o. 3.9 van de trustzaken van november 1998. Aangezien de rechtsoverwegingen in deze zaken vrijwel parallel lopen, met uitzondering van het feit dat r.o. 3.6 in de zaak met rolnummer 31.759 in iets andere bewoordingen over twee rechtsoverwegingen is verdeeld (r.o. 3.6 en 3.7), wordt telkens BNB 1999/35 aangehaald.

164 Zie onderdeel 2.6.2 van het algemene gedeelte van de conclusie, zoals opgenomen in BNB 1999/35.

vermogen binnen het fiscale stelsel. Teneinde nader grip te krijgen op het concept van ‘zwevend vermogen’ wordt dat hierna in het kader van een gedachte-experiment vervangen door ‘ingegraven vermogen’. Daarmee wordt het vraagstuk letterlijk en figuurlijk iets meer ‘down to earth’ en verliest zijn esoterische karakter.

Stel: iemand verstoopt welbewust en geblinddoekt een aantal goudstaven. De locatie kan hij zich achteraf onmogelijk herinneren. Achter deze actie steekt het romantische idee dat ooit iemand – en misschien wel niemand – wordt verblijd met een onverwachte, waardevolle vondst en daarna zorgeloos door het leven kan. De romanticus verliest op grond van art. 5:18 BW de eigendom van de goudstaven. Vervolgens rijst de vraag van wie het ‘ingegraven vermogen’ dan is.

Het antwoord luidt: vooralsnog van niemand, totdat de goudstaven worden gevonden. Degene die de goudstaven vindt, verkrijgt op grond van art. 5:6 BW (‘vinder’) dan wel art. 5:13 BW (‘schatvinding’) op originele wijze de eigendom. In het laatste geval wordt ook de eigenaar van de grond voor een gelijk deel eigenaar van de goudstaven, maar niet eerder dan het moment van de vondst.¹⁶⁵

‘De laatste [de eigenaar van de onroerende zaak, JPB] was niet reeds eigenaar van de schat, die hij dan met de ontdekker ervan moet gaan delen. Weliswaar bevond de schat zich wel in zijn zaak, maar hij is daarvan door natrekking noch door vermenging eigenaar, omdat daarvoor een mechanisch verband of een eenheid van bestemming ontbreekt (...). Net als de ontdekker, wordt ook de eigenaar van de zaak waarin de schat wordt aangetroffen pas door die ontdekking eigenaar van de schat.’

Het moge duidelijk zijn dat in deze tijdelijke situatie ‘een vacuüm’ ontstaat, waarbij het vermogen aan niemand kan worden toegerekend. Uit het voorbeeld volgt dat ‘zwevend vermogen’ in het Nederlandse civiele recht wel degelijk kan bestaan.¹⁶⁶ Deze conclusie dient ook voor het belastingrecht te worden gevolgd. Gedurende het bestaan van het vacuüm heeft niemand een (rechts)band met het ingegraven vermogen op grond waarvan toerekening kan plaatsvinden. De ingegraven goudstaven lenen zich niet voor toerekening aan de voormalige eigenaar. Deze heeft juridisch en feitelijk afstand gedaan van deze vermogensbestanddelen. Tot het moment waarop de goudstaven worden gevonden, zijn deze ook niet aan een ander subject toe te rekenen en is het ‘ingegraven vermogen’ niets anders dan ‘zwevend vermogen’.

Het komt mij voor dat een situatie van ‘zwevend vermogen’ ook niet principieel in strijd komt met de kenmerken van een subjectgericht stelsel. De toerekening van een object aan een subject veronderstelt immers een bepaalde, fiscaal relevante rechtsband. Deze (rechts)band, die in hoofdstuk 5 nader wordt onderzocht, vloeit voort uit de draagkracht-gedachte die aan het subjecte stelsel ten grondslag ligt. In die gevallen waarin geen enkel subject een relatie onderhoudt met een object is toerekening daarvan niet mogelijk. Het draagkrachtbeginsel verzet zich tegen ‘gedwongen toerekening’ van een object aan een subject dat daarmee geen enkele relatie heeft.¹⁶⁷ Indien toerekening niet mogelijk is, ook niet aan een doelvermogen, dan resteert geen andere conclusie dan dat sprake is van ‘zwevend vermogen’.

165 Groene Serie Privaatrecht (Zakelijke Rechten), aantekening 2 bij art. 5:13 BW.

166 Zie ook Auerbach 2009a, die opmerkt dat een ‘zwevend vermogen’ als zodanig helemaal niet onbestaanbaar is binnen het Nederlandse fiscale stelsel.

167 Vanuit dit oogpunt kan dus ook fundamentele kritiek worden gegeven op het APV-regime en de daarin opgenomen toerekeningsfictie (art. 2.14a, lid 1, Wet IB 2001). De toerekeningsfictie gaat volledig voorbij aan de civielrechtelijke verhoudingen, waardoor toerekening plaatsvindt aan de inbrenger, ook als deze in geen enkel opzicht meer gerechtigd is of kan worden tot het onder trustverband gestelde vermogen.

Het voorgaande brengt naar mijn mening mee dat 'zwevend vermogen' binnen het fiscale stelsel als zodanig niet onbestaanbaar is. Het bestaan van 'zwevend vermogen' is een gevolg van de onmogelijkheid om het vermogen aan een subject toe te rekenen. De subjectgerichtheid van het stelsel, en in zijn oorsprong het draagkrachtbeginsel, verlangt immers een (rechts)band van het subject met een object. Ook al is het niet mogelijk om op basis van het voorgaande een gefundeerde conclusie te trekken omtrent de (on)wenselijkheid van het bestaan van zwevend vermogen, naar mijn mening kan worden gesteld dat een dergelijke situatie niet per definitie onwenselijk hoeft te zijn. Integendeel, indien een object in fiscale zin aan geen enkel subject toerekenbaar is, lijkt het accepteren van zwevend vermogen in beginsel de enige juiste uitkomst. Mogelijk kan in dat geval zwevend vermogen in de klassieke opvatting worden voorkomen door toerekening van het '(doel)vermogen' aan zichzelf.

2.8 VERSCHILLENDE OBJECTEN BIJ DE VERSCHILLENDE SUBJECTEN

Hiervoor kwam in paragraaf 2.3.2 het zogeheten 'diversiteitsprobleem' aan de orde. Gedoeld werd op de verscheidenheid aan rechtssubjecten dat binnen het Nederlandse fiscale stelsel zonder een 'rode draad' binnen de vennootschapsbelasting is samengebracht. De niet-eenduidige aanwijzing van het rechtssubject in de vennootschapsbelasting is de belangrijkste oorzaak van het kwalificatieprobleem. Bij nadere beschouwing blijkt het diversiteitsprobleem zich echter niet te beperken tot de subjectzijde. Uit een inventarisatie van het object van heffing komt eveneens een gefragmenteerd beeld naar voren en kan ook aan de objectzijde een 'diversiteitsprobleem' worden gesignaleerd.¹⁶⁸

Indien het object van heffing in de inkomstenbelasting wordt beschouwd, blijkt weliswaar een verscheidenheid aan heffingsobjecten te bestaan, maar geldt dat alle subjecten (natuurlijke personen) in potentie met dezelfde inkomenscategorieën worden geconfronteerd. In zoverre bestaat 'eenheid in verscheidenheid' ten aanzien van de mogelijke objecten. Wederom laat de vennootschapsbelasting een genuanceerder beeld zien. Alhoewel het object van heffing daar in brede zin wordt omschreven als 'winst', blijkt de inhoudelijke betekenis daarvan per subject van heffing te kunnen verschillen.¹⁶⁹ Anders dan bij de inkomstenbelasting, kan ten aanzien van het object in de vennootschapsbelasting worden gesproken van 'verscheidenheid in eenheid'.

Onbeperkt en beperkt belastingplichtigen

De uiteenlopende invulling van het begrip 'winst' vindt zijn oorsprong in de afwijkende ondernemingsbegrippen die ten aanzien van de verschillende rechtssubjecten worden gehanteerd. Zo bestaat een categorie rechtssubjecten/lichamen waarbij, op grond van art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969, het bestaan van een onderneming aanwezig wordt verondersteld.¹⁷⁰ Deze subjecten, waartoe onder meer de naamloze en besloten vennootschap behoren, worden om die reden wel 'onbeperkt belastingplichtigen' genoemd. Deze entiteiten worden steeds geacht een onderneming te drijven met behulp van hun gehele ver-

168 Zie Van Roosmalen 1965, blz. 85 e.v., ten aanzien van het Besluit Vpb 1942.

169 In dit kader blijven de verschillende objecten die bij binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen in de heffing worden betrokken onbesproken. Hieraan liggen immers overwegingen van internationale jurisdictieafbakening ten grondslag die een zuivere vergelijking zouden kunnen verstoren.

170 In zijn annotatie BNB 1981/318 concludeert G. Slot op basis van de letterlijke tekst van art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969 ('De lichamen, vermeld in het eerste lid, onderdelen a, b, c en d, worden geacht *hun* onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen.') dat deze uitsluitend een etiketeringsfictie inhoudt en geen ondernemingsfictie. Op diverse plaatsen in de literatuur wordt in art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969 overigens zonder omhaal een ondernemingsfictie gelezen. Zie *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 1.0.4.e. en Goossen 1993, blz. 12-13.

mogen. Hiermee wordt geabstraheerd van de werkelijke aard van de ontvangst.¹⁷¹ Iedere vermogensvermeerdering is fictief het gevolg van de gedreven 'onderneming' en krijgt het etiket 'winst'.¹⁷² Ook beleggingsinkomsten worden bij deze entiteiten derhalve tot het object van heffing ('de winst') gerekend.¹⁷³ Het gevolg is dat het object van heffing voor deze subjecten aanzienlijk ruimer is dan het object 'winst uit onderneming' in de inkomstenbelasting en dat zelfs inkomsten in de heffing worden betrokken die – indien deze door een natuurlijke persoon zouden zijn verkregen – onbelast zouden zijn gebleven.¹⁷⁴

Voor andere rechtssubjecten/lichamen daarentegen, zoals stichtingen en verenigingen, geldt de ondernemingsfictie niet. De invulling van het begrip 'winst' leidt bij deze subjecten tot een geheel andere omvang van het object van heffing. Laatstgenoemde subjecten – de beperkt belastingplichtigen – worden alleen voor de winst uit een (materiële) onderneming in de heffing betrokken.¹⁷⁵ Alle overige inkomsten die geen verband houden met de onderneming, zoals beleggingsinkomsten, behoren niet tot de objectieve belastingplicht.¹⁷⁶ Aldus ontstaat een verschil ten opzichte van de onbeperkt belastingplichtige lichamen ten aanzien van de 'omvang' van het object van heffing.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat in de vennootschapsbelasting een pluriforme verzameling objecten schuilgaat achter het uniforme begrip 'winst'. Het onderscheid wordt gemaakt aan de hand van de aard van het subject. De diversiteit is kenmerkend voor de moeilijke verhouding tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Bezien vanuit de 'steunfunctie' van de vennootschapsbelasting had het voor de hand gelegen dat alle objecten die vanwege de aanwezigheid van een (non-)transparante rechtsfiguur niet rechtstreeks aan een natuurlijke persoon toerekenbaar zijn, zonder 'aanziens des (rechts)persoons'¹⁷⁷ in de heffing van vennootschapsbelasting zouden worden betrokken.

Diversiteit

De veronderstelling wordt op twee punten doorkruist. In de eerste plaats worden niet alle objecten die in de inkomstenbelasting worden betrokken, ook als object aangemerkt in de vennootschapsbelasting. Gedacht kan worden aan beleggingsinkomsten bij beperkt belastingplichtige lichamen. Hier schiet de steunfunctie van de vennootschapsbelasting dus tekort. In de tweede plaats geldt dat in sommige gevallen onder de noemer 'winst' ook objecten in de heffing van de vennootschapsbelasting worden betrokken die bij een natuurlijke persoon niet tot de verschuldigdheid van inkomstenbelasting zouden hebben geleid. In deze situatie schiet de steunfunctie evident zijn doel voorbij.

171 Van Horzen 2009, betoogt op grond van een historische analyse dat het resultaat van 'onbeperkt belastingplichtigen' ook zonder de fictie van art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969 als 'winst' zou worden aangemerkt.

172 Overigens bestaan wel uitzonderingen op de regel dat alle vermogensmutaties de winst raken. Zo beïnvloeden mutaties in de kapitaalsfeer de winst niet en behoren vergoedingen voor belastingsschade blijkens HR 1 juni 1960, BNB 1960/196 evenmin tot de winstfeer.

173 De exponent van deze benadering wordt aangetroffen bij het 'open fonds voor gemene rekening' ex art. 2, lid 2, Wet Vpb 1969. De activiteit van deze rechtsfiguur, die normaliter bestaat uit het beleggen van vermogen, wordt bij wetsfictie tot ondernemen bestempeld.

174 Hierbij kan worden gedacht aan de integrale belastingheffing over gerealiseerde vermogenswinsten.

175 Een onderneming in de zin van art. 2, lid 1, onderdeel e, Wet Vpb 1969 wordt aanwezig geacht indien sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, die deelneemt aan het economische verkeer met het oogmerk voordelen te behalen. Daarnaast geldt dat deze subjecten ex art. 4 Wet Vpb 1969 geacht worden een onderneming te drijven, indien zij – kort gezegd – in concurrentie treden met onbeperkt belastingplichtige lichamen.

176 Ook een positie als commanditair vennoot leidt niet tot de aanwezigheid van een onderneming. Zie HR 1 maart 1989, BNB 1989/156.

177 Ontleend aan Heithuis 2005.

Indien de vennootschapsbelasting in meer traditionele zin wordt beschouwd als een belasting die een steunfunctie vervult ten opzichte van de inkomstenbelastingbron 'winst uit onderneming', dan had een preciezere invulling van het begrip 'onderneming' voor de hand gelegen. In dat geval had van de wetgever verwacht mogen worden dat een aansluiting met hetzelfde object van heffing in de inkomstenbelasting tot stand zou zijn gebracht. In die benadering is voor de fictie van art. 2, lid 5, Wet Vpb. 1969, die beleggingsinkomen tot winst transformeert, eenvoudigweg geen plaats. Van Houte komt in dit verband tot de volgende observatie:¹⁷⁸

'Toch bevreemdt het dat voor de BV een onbeperkte belastingplicht geldt. Immers, de rechtsgrond die aan de Wet VPB 1969 ten grondslag ligt is, het tegengaan van een verstoring van concurrentieverhoudingen tussen (materiële) ondernemingen ongeacht de rechtsvorm waarin zij gedreven worden. In het licht van deze rechtsgrond is de onbeperkte belastingplicht van de BV ingevolge art. 2, lid 5 Wet VPB 1969 niet goed te verklaren. De beleggingsinkomen die een BV behaalt, kunnen logischerwijs geen verstoring van de concurrentieverhoudingen tussen ondernemingen teweegbrengen, maar worden toch tot de fiscale ondernemingswinst gerekend.'

In de huidige opzet is het naar mijn mening dan ook niet langer vol te houden dat de vennootschapsbelasting slechts dient 'om een belangrijk deel van het object der inkomstenbelasting, t.w. het onderdeel winst, op haar plaats te houden'.¹⁷⁹ De onbeperkte belastingplicht van (enkele) lichamen heeft tot gevolg dat het object van heffing tot buiten de ondernemingssfeer is uitgebreid. Deze uitbreiding moge ten doel hebben om het overhevelen van inkomsten en vermogensbestanddelen naar de vennootschapsbelastingssfeer tegen te gaan, met de eigenlijke steunfunctie van de Wet Vpb 1969 heeft de belastingheffing over beleggingsinkomen niets van doen.¹⁸⁰

Ook de onbeperkte belastingplicht van het 'open fonds voor gemene rekening' laat een verdere, mijns inziens definitieve, verwijdering zien van de oorspronkelijk verdedigde steunfunctie van de vennootschapsbelasting. De aanwijzing van deze rechtsfiguur als subject van heffing is gebaseerd op de functionele gelijkenis die deze vertoont met de beleggings-NV.¹⁸¹ In wezen is dan ook sprake van een uitbreiding van de steunfunctie ten aanzien van dat gedeelte van het object van heffing waarvoor de oorspronkelijke steunfunctie door de werking van art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969, reeds een dubieuze betekenis had. De gelijkheid die op objectniveau is doorgetrokken, heeft tot gevolg gehad dat de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever om ondernemingswinsten gelijk te behandelen, steeds verder naar de achtergrond is gedreven.¹⁸²

Aard van het object niet relevant voor kwalificatie

Welke gevolgen kunnen voor de fiscale kwalificatie aan het vorenstaande worden verbonden? Naar mijn mening kan hieruit worden geconcludeerd dat aan de aard van het object van heffing – ondernemingswinst dan wel beleggingsinkomen – op zichzelf geen betekenis toekomt in het kader van de fiscale kwalificatie van rechtssubjecten. Hoogstens kan worden gezegd dat bepaalde subjecten, waaronder stichtingen, zich naar de opzet van het huidige fiscale stelsel niet lenen voor belastingheffing over beleggingsinkomen, omdat

178 Van Houte 2009, blz. 83.

179 Zie Verburg 2000, blz. 6. Het citaat is een aanvulling op Schendstok 1966, blz. 81.

180 Goossen 1991, blz. 12 e.v. en Van Houte 2009, blz. 83.

181 *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 22, blz. 12.

182 Zo noemt De Jong 2001, blz. 11, in haar dissertatie uitsluitend de rechtsgelijkheid met de NV/BV als rechtsgrond voor de rechtssubjectiviteit van de open CV en het open fonds voor gemene rekening.

een relatie met de inkomstenbelasting ontbreekt.¹⁸³ Nu bij dergelijke rechtsvormen aandelen ontbreken waarmee het belang bij het stichtingsvermogen wordt behouden, bestaat de vrees voor het 'overhevelen' van beleggingsinkomsten naar de vennootschapsbelasting niet. In die benadering zou geen volledige belastingplicht voor stichtingen hoeven te gelden.

Het betreft echter een normatieve benadering; de aard van het object is voor de daadwerkelijke rechtssubjectiviteit van een rechtsfiguur immers niet relevant. Het omgekeerde – onbeperkte belastingplicht van stichtingen – is op basis van het voorgaande eveneens te verdedigen. Het object van heffing heeft namelijk uitsluitend betekenis voor de daadwerkelijke belastingplicht van een entiteit en niet zozeer voor het bestaan van een entiteit. Het aanhouden van een object van heffing, meer in het bijzonder het drijven van een onderneming, is binnen de opzet van het fiscale stelsel dan ook geen *conditio sine qua non* voor rechtssubjectiviteit.¹⁸⁴

Daarnaast kan worden geconcludeerd dat de steeds verder uitdijende groep rechtssubjecten niet beperkt is gebleven tot entiteiten die een materiële onderneming drijven. Ook rechtsvormen die 'normaliter' worden gebruikt voor (passief) vermogensbeheer, zoals het open fonds voor gemene rekening, worden als rechtssubject voor de vennootschapsbelasting aangemerkt. Deze constatering is bijvoorbeeld ten aanzien van de mogelijke belastingplicht van de Anglo-Amerikaanse trust van belang. Uitzonderingen daargelaten,¹⁸⁵ wordt het onder trustverband gebrachte vermogen niet ondernemingsgewijs geëxploiteerd. Het enkele feit dat een Anglo-Amerikaanse trust uitsluitend passieve beleggingen aanhoudt, brengt echter niet mee dat geen rechtssubjectiviteit voor de Wet Vpb 1969 zou kunnen bestaan.

Voorts kan worden geconcludeerd dat de steunfunctie van de vennootschapsbelasting de omvang van het object van heffing niet verklaart. Beperkt belastingplichtigen worden niet belast voor inkomen dat wél in de inkomstenbelasting wordt begrepen, en onbeperkt belastingplichtigen worden wél in de heffing betrokken voor inkomen dat niet in de inkomstenbelasting zou zijn belast. Aan de aard van het object kan als zodanig dan ook geen gevolgtrekking worden verbonden in het kader van de fiscale kwalificatie van het subject. Het is dan ook niet mogelijk te concluderen dat de vennootschapsbelasting uitsluitend het bestaan van een rechtssubject aanneemt, indien sprake is van materiële ondernemingswinst. Beleggingsvehikels worden op gelijke voet binnen het bereik van de vennootschapsbelasting geplaatst. De fiscale kwalificatie wordt dan ook niet beïnvloed door het – mijns inziens – merkwaardige onderscheid met betrekking tot het object van heffing.¹⁸⁶

2.9 CONCLUSIE TEN AANZIEN VAN HET NEDERLANDSE FISCALE STELSEL

Uit het voorgaande kunnen conclusies worden getrokken die in het kader van de kwalificatie van rechtsvormen – en daarmee voor het kwalificatiemodel – van belang zijn. Het

183 Stevens 1990, blz. 632-633, komt ten aanzien van de omvang van de belastingplicht van stichtingen tot eenzelfde conclusie. Zie ook Verburg 2000, blz. 93 en Van Houte 2009, blz. 37 e.v. Anders Zwemmer 1978, die juist van mening is dat rechtsvormen non-transparant dienen te zijn voor het beleggingsgedeelte.

184 Zie ook Van Rosmalen 1965, blz. 80. Hoogstens kan het drijven van een onderneming de maatschappelijke zelfstandigheid van het lichaam onderstrepen.

185 Een uitzondering kan bestaan in het geval van de zogeheten 'business trust'.

186 Ook in het het zogeheten 'kwalificatiebesluit' wordt de aard van het object niet van betekenis geacht. Het Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, BNB 2010/58, geldt namelijk voor 'buitenlandse samenwerkingsverbanden welke zich bezighouden met het drijven van een onderneming of het beleggen van vermogen teneinde daarmee voordelen te behalen.'

Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen wordt gevormd door de onderlinge samenhang van de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969. Beide belastingwetten dienen in onderlinge samenhang te worden gezien en strekken uiteindelijk tot de verwezenlijking van het draagkrachtbeginsel. Het fiscale stelsel gaat uit van een subjectgerichte benadering. De wetgever heeft het subject van heffing vooropgesteld om daaraan vervolgens het object van heffing te kunnen koppelen.

De historische ontwikkeling van het fiscale stelsel laat, ondanks de genoemde samenhang, zien dat beide heffingswetten zich afzonderlijk van elkaar hebben ontwikkeld. Het uiteindelijke stelsel is dan ook eerder het product van een evolutie, dan van de uitwerking van een vooraf vastgesteld ontwerp. Hieruit kan ook de moeizame aansluiting tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting worden verklaard, zoals die zich voordoet bij de 'mismatches' tussen beide heffingswetten. Ook op het punt van de aansluiting van rechtsgronden doen zich problemen voor.

De primaire rechtsgrond van het belastingstelsel ligt bij de inkomstenbelasting. Van natuurlijke personen mag naar draagkracht ('inkomen') een bijdrage worden verlangd in de kosten van de overheidsuitgaven. De rechtsgrond van de vennootschapsbelasting is evenwel nooit overtuigend naar voren gekomen, maar dient in de onderlinge verhouding met de inkomstenbelasting te worden gezocht. De vennootschapsbelasting laat zich in eerste instantie verklaren, doordat een tussengeschoven rechtsfiguur de werking van de inkomstenbelasting zou kunnen frustreren. Deze afgeleide rechtsgrond, 'de steunfunctie' van de vennootschapsbelasting, kan op zichzelf echter geen verklaring vormen voor de zelfstandige belastingplicht van rechtsfiguren die, vanwege hun juridische structuur, de reikwijdte van de inkomstenbelasting niet beperken.

De steunfunctie van de vennootschapsbelasting biedt derhalve geen verklaring voor de belastingplicht van niet-rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen. Voor de belastingplicht van deze entiteiten ('open rechtsvormen') dient dan ook een tweede rechtsgrond te worden aangevoerd. De rechtsgrond voor de additionele belastingplicht van niet-rechtspersoonlijkheid bezittende entiteiten is gebaseerd op het 'gelijkheidsbeginsel' en brengt mee dat ook rechtsfiguren die geen rechtspersoonlijkheid bezitten, maar wel 'corporate resemblance' vertonen, een subject voor de vennootschapsbelasting kunnen zijn. De vergelijkbaarheid met 'rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen' wordt daarbij voornamelijk gezocht in het 'open karakter' van rechtsfiguren.

De subjectgerichtheid van het belastingstelsel brengt mee dat de fiscale kwalificatie van rechtsvormen een essentieel onderdeel vormt van de toepassing van het belastingrecht. Kwalificatieproblemen die leiden tot onduidelijkheden bij de toedeling van rechtssubjecten aan de inkomsten- dan wel vennootschapsbelasting raken daarmee de kern van het fiscale stelsel. In het verlengde van de fiscale kwalificatie van een rechtsvorm 'als rechtssubject' staat de indeling daarvan in de belaste sfeer dan wel onbelaste sfeer alsmede de positionering binnen het getrapte stelsel. Voorts is geconcludeerd dat 'zwevend vermogen' als zodanig bestaande is binnen het subjectgerichte stelsel en zich uitsluitend voordoet bij 'instellingen van de doode hand'. Bij dergelijke rechtsfiguren ontbreekt een rechtsband van de oorspronkelijk gerechtigde tot het achterliggende object en blijft men buiten het getrapte stelsel van inkomsten- en vennootschapsbelasting. Ten slotte kan worden vastgesteld dat de aard van het object van heffing voor de fiscale kwalificatie van een rechtsfiguur niet van belang is.

3 *Ontleding van het kwalificatieleerstuk*

3.1 INLEIDING

De toepassing van het Nederlandse belastingrecht op civielrechtelijke rechtsfiguren die hun oorsprong vinden in het privaatrecht van een andere staat roept verscheidene vragen op. Het Nederlandse fiscale stelsel is voor wat betreft de structuur en inhoud primair afgestemd op het in Nederland gehanteerde civielrechtelijke begrippenapparaat. Het is dan ook niet overdreven om te veronderstellen dat ‘de lenigheid’ van het Nederlandse belastingstelsel op de proef wordt gesteld indien fiscale rechtsgevolgen dienen te worden verbonden aan civielrechtelijke rechtsverhoudingen van buitenlandse origine. Het voorgaande geldt in het bijzonder voor de ‘wezensvreemde’ Anglo-Amerikaanse trustfiguur.

Het kwalificatievraagstuk is in een theoretische benadering terug te brengen tot de problematiek die ontstaat bij de onderverdeling van rechtsvormen in zelfstandige, non-transparante rechtsvormen enerzijds en onzelfstandige, transparante rechtsvormen anderzijds. In de Nederlandse literatuur is omtrent fiscale transparantie in nationaalrechtelijke verhouding relatief weinig algemene theorievorming voorhanden.¹⁸⁷ Uitgebreide en gesystematiseerde verhandelingen, zoals in de Duitse en Belgische literatuur, met betrekking tot de theoretische achtergronden van fiscale (non-)transparantie ontbreken.¹⁸⁸ Hierdoor worden discussies omtrent de inhoud van het begrip ‘fiscale transparantie’ soms gevoerd zonder eenduidig theoretisch kader. Het is dan ook niet altijd duidelijk of een discussie het gevolg is van een verschil van inzicht of gewoon begripsverwarring.¹⁸⁹ Om die reden wordt het kwalificatieleerstuk in dit hoofdstuk vanuit een theoretische opzet benaderd ten behoeve van de ontwikkeling van het kwalificatiemodel.

Indien de terminologie die werd aangehouden bij de beschrijving van de opzet van het Nederlandse fiscale stelsel in dit verband wordt toegepast, kan fiscale kwalificatie worden teruggebracht tot een leerstuk dat bepalend is voor de onderverdeling van rechtsvormen in ‘subjecten’ en de daaraan toerekenbare ‘objecten’. De staatssecretaris van Financiën verwoordt de kern van het kwalificatievraagstuk in het Besluit van 18 december 2004 als volgt:¹⁹⁰

‘Een samenwerkingsverband wordt (...) gekwalificeerd als een transparant lichaam of als een niet-transparant lichaam. Ingeval een lichaam transparant is, betekent dit dat de resultaten worden toegerekend aan de participanten. Als het lichaam niet-transparant is, worden de resultaten toegerekend aan het samenwerkingsverband.’

187 Als één van de weinige pogingen daartoe kan een aantal artikelen worden genoemd van J.T.L. Nillesen. Zie Nillesen 1986a en 1986b, alsmede Nillesen 1992.

188 Zie respectievelijk Wilser 1968 en Haelterman 1992.

189 Uit het betoog van De Soeten 1987, waarin hij reageert op het tweeluik van Nillesen 1986a en 1986b, wordt dit bijvoorbeeld niet goed duidelijk. Van Houte 1992 voorkomt mogelijke begripsverwarring door in zijn reactie op de andere bijdrage van Nillesen 1992, eerst de begrippen ‘durchgriff’ en ‘fiscale transparantie’ uit te werken.

190 Besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, BNB 2005/88. In onderdeel 3.2 van het Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, V-N 2009/65.17 wordt een vergelijkbare opmerking aange troffen.

Alhoewel in het bovenstaande citaat een afwijkende terminologie wordt gebruikt, kunnen daarin de begrippen uit hoofdstuk 2 worden onderkend. In de aangehaalde passage wordt opgemerkt dat bij 'fiscale transparantie' van een samenwerkingsverband de resultaten worden toegerekend aan de achterliggende participanten. De resultaten van het samenwerkingsverband vormen dan 'het object' dat bij de participanten in hun hoedanigheid van 'subject' in aanmerking wordt genomen. Bij non-transparante rechtsvormen vindt toerekening van het resultaat (het object) plaats aan het samenwerkingsverband (het subject).

In dit hoofdstuk wordt het kwalificatievraagstuk nader ontleed. Daarbij wordt in paragraaf 3.2 ingegaan op enkele algemene aspecten van het kwalificatieleerstuk. In paragraaf 3.3 wordt het begrip fiscale (non-)transparantie nader afgebakend. Vervolgens wordt in paragraaf 3.4 een theoretische opzet gehanteerd ter beschrijving van de abstracte oorzaken van fiscale non-transparantie. Daarbij wordt de 'juridische verstoring' die kan voortvloeien uit verschillende soorten tussengekomen rechtsverhoudingen – hierna ook: de 'juridische intermediatie'¹⁹¹ – nader geanalyseerd. In paragraaf 3.5 wordt de juridische intermediatie van een Anglo-Amerikaanse trust beoordeeld. Vervolgens wordt in paragraaf 3.6 beoordeeld welke invloed de mogelijkheid om de trustinstelling te herroepen heeft voor de fiscale kwalificatie. In paragraaf 3.7 wordt afgesloten met een conclusie.

3.2 ALGEMENE ASPECTEN VAN HET KWALIFICATIELEERSTUK

Hierna worden enkele algemene aspecten van de fiscale kwalificatie van rechtsvormen besproken. Allereerst wordt de relatie met de fiscale erkenning van buitenlandse rechtsvormen behandeld. Vervolgens komt aan de orde dat het kwalificatievraagstuk dient te worden gezien als de duiding van een feitencomplex. Daarna wordt ingegaan op de uniforme en universele toepassing van de kwalificatiecriteria. Aansluitend aan deze paragraaf wordt in paragraaf 3.3 het begrip 'fiscale (non-)transparantie' nader afgebakend ten opzichte van enkele gelijksoortige begrippen.

3.2.1 Fiscale erkenning als onderdeel van het kwalificatieleerstuk

Het kwalificatievraagstuk dient, zoals opgemerkt, ter vaststelling van de fiscaalrechtelijke hoedanigheid van een rechtsvorm als 'transparante rechtsvorm' dan wel 'non-transparante rechtsvorm'. Aan deze fiscale kwalificatie gaat de zogeheten 'fiscale erkenning' vooraf. In de voorfase van de fiscale erkenning wordt beoordeeld of, en op welke wijze, de privaatrechtelijke inhoud van een buitenlandse rechtsvorm voor toepassing van het Nederlandse fiscale recht wordt vastgesteld. Alvorens het belastingrecht kan worden toegepast ten aanzien van een buitenlandse rechtsfiguur, dient immers te worden bepaald op welke wijze rekening wordt gehouden met de daaruit voortvloeiende civielrechtelijke rechtsgevolgen (fiscale erkenning).¹⁹² Vervolgens worden in het kader van de fiscale kwalificatie de 'erkende' civielrechtelijke rechtsgevolgen die samenhangen met een buitenlandse rechtsvorm voor toepassing van het Nederlandse belastingrecht nader geduid. Het erkenningsvraagstuk valt bij nadere beschouwing in twee onderdelen uiteen: (i) de eigenlijke vraag naar de (niet-)erkenning van de buitenlandse rechtsvorm en vervolgens, uitsluitend bij erkenning van de rechtsfiguur, (ii) de conversie van de daarmee samenhangende rechtsgevolgen naar het Nederlandse belastingrecht.

Het is derhalve van belang om te bepalen in welke gevallen een buitenlandse rechtsvorm wordt erkend en op welke wijze de inhoud van de daarmee samenhangende civiel-

191 Deze term is ontleend aan Haelterman 1992. De term komt in het Van Dale Woordenboek niet voor, maar is bedoeld om tot uitdrukking te brengen dat sprake is van 'een juridische tussenkomst'; vgl. 'intermediair'.

192 Zie ook Bellingwout 1996, onderdeel 2.4.

rechtelijke rechtsgevolgen wordt vastgesteld. Het belastingrecht is bij deze vaststelling in beginsel autonoom en kent een eigen 'fiscale erkenningsregel'.¹⁹³ Het is dan ook niet gezegd dat het uitgangspunt van het incorporatiestelsel, zoals dat bekend is uit het Nederlandse internationale privaatrecht en neergelegd in de Wet conflictenrecht corporaties, dient te worden gevolgd.¹⁹⁴ Op basis van het incorporatiestelsel wordt ten aanzien van (niet-)rechtspersoonlijkheid bezittende 'corporaties',¹⁹⁵ voor wat betreft de centrale civielrechtelijke kenmerken, zoals oprichting en inrichting van de rechtsvorm, aangesloten bij het recht dat de incorporatie beheerste. Het belastingrecht behoeft het internationaal privaatrecht op dit punt niet automatisch te volgen.¹⁹⁶

Voor wat betreft de fiscale erkenning van de rechtsgeldigheid alsmede de inhoud van buitenlandse rechtsvormen wordt door de belastingrechter in beginsel aangesloten bij de regels van het buitenlandse privaatrecht dat de oprichting beheerste.¹⁹⁷ Hiermee lijkt, alhoewel niet expliciet, voor wat betreft de fiscale erkenning toch te worden aangesloten bij het uitgangspunt van het incorporatiestelsel. Ik merk op dat hiermee nog niets is gezegd over de gevolgen die voor het Nederlandse belastingrecht worden verbonden aan de aldus vastgestelde 'civielrechtelijke rechtsfeiten'. De latere fiscale kwalificatie van een rechtsvorm wordt immers vastgesteld door de civielrechtelijke rechtsgevolgen te beoordelen in het licht van de opvattingen van de wetgever ten aanzien van (non-)transparante rechtsvormen binnen het Nederlandse fiscale stelsel.

Hierbij dient meer in het bijzonder te worden getoetst aan de criteria die bij de aanwijzing van rechtssubjecten worden aangelegd binnen het kwalificatiemodel. Aan de hand van de aldus vastgestelde fiscale kwalificatie kan de buitenlandse rechtsvorm worden ingepast binnen het Nederlandse subjectgerichte fiscale stelsel. De fiscale erkenningsregel komt in dit hoofdstuk niet zelfstandig aan de orde, maar wordt behandeld in hoofdstuk 7, voorafgaande aan de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust. Bij de bespreking van het kwalificatieleerstuk in dit hoofdstuk wordt de aanwezigheid van een fiscaalrechtelijk erkende rechtsfiguur vooropgesteld.

3.2.2 Fiscale kwalificatie als duiding van een feitencomplex

In de vorige paragraaf werd reeds beschreven dat het kwalificatievraagstuk ten aanzien van vreemdrechtelijke rechtsfiguren een duiding inhoudt van de 'civielrechtelijke rechtsfeiten'. Uit de opzet van het Nederlandse fiscale stelsel volgt dat het kwalificatievraagstuk voortborduurt op de civielrechtelijke context die door een rechtsfiguur wordt gevormd. De gedachte dat een rechtsvorm in juridisch en economisch opzicht zodanig verzelfstandigd is, dat het belastingrecht daarbij dient aan te sluiten, kan ook in de parlementaire geschiedenis bij de Wet Vpb 1969 worden teruggevonden.¹⁹⁸

'Bij de belastingheffing toch gaat het om een waardering van de geconstateerde maatschappelijke verschijnselen naar de financiële betekenis, welke zij voor de daarachter staande personen hebben. Met het verwijt, dat de fiscus louter op een verscheidenheid in vorm een verschil in fiscale behandeling zou baseren, verliest men uit het oog, dat, in het algemeen gesproken, de naamloze vennootschap verschijningsvorm is van een juridisch en economisch

193 De fiscale erkenningsregel wordt in hoofdstuk 7 nader uitgewerkt ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trustfiguur.

194 Wet van 17 december 1997, *Stb.* 699, houdende regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot corporaties. Zie hieromtrent: Strikwerda 2005, blz. 211-215 en de aldaar weergegeven literatuur.

195 Het begrip 'corporatie' omvat blijkens art. 1 WCC 'iedere als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optredend lichaam of samenwerkingsverband'.

196 Bellingwout 1996.

197 Voor een uitgebreide behandeling verwijs ik naar hoofdstuk 7.

198 *Kamerstukken II* 1959/60, nr. 9, blz. 16, Ik (nota).

zelfstandige onderneming, welke haar bestaan leidt los van de persoon van de individuele kapitaalverschaffer.'

De kwalificatie van rechtsvormen houdt derhalve een fiscaaljuridische duiding in van het gepresenteerde civielrechtelijke feitencomplex.¹⁹⁹ Het aangereikte feitenpatroon wordt binnen de eigen doelstellingen van het belastingrecht beoordeeld en kan daarbinnen in voorkomende gevallen leiden tot het aannemen van een zelfstandig rechtssubject; een 'fiscaal individu'. De waardering van rechtsfeiten in het licht van de opzet van het fiscale stelsel vormt daarmee de basis voor het transparantieleerstuk.

Een rechtsvorm wordt dan ook niet non-transparant 'gemaakt', maar de fiscale (non-)transparantie van een rechtsvorm vloeit voort uit de constitutie van een rechtsfiguur. De juridische kenmerken die als 'eigenaardigheden' aan een bepaalde rechtsvorm kleven vormen een feitenpatroon dat binnen de doelstellingen van het belastingrecht tot een (al dan) niet te negeren 'fiscale persoonlijkheid' leidt. Binnen het fiscale stelsel is een rechtsvorm dan ook 'van nature' transparant of non-transparant. Bepaalde rechtsfiguren worden weliswaar bij wijze van wetsfictie 'gezien',²⁰⁰ of 'genegeerd',²⁰¹ maar dat zijn reacties op de primaire fiscale kwalificatie en niet de fiscale kwalificatie als zodanig. Het is in dat geval wel van belang om de fictie te houden voor wat zij daadwerkelijk is, een afwijking van de 'fiscale werkelijkheid'.

Ook de gedachte dat uitsluitend een subjectief belastingplichtig lichaam een non-transparante entiteit kan vormen, is onjuist.²⁰² De status van 'subject-zijn' gaat vooraf aan de status van belastingplichtige; niet andersom. Uitsluitend aan een rechtssubject kan subjectieve belastingplicht worden gekoppeld. Of dit ook daadwerkelijk het geval is hangt af van hetgeen daaromtrent door de wetgever is opgenomen in de bepalingen omtrent de subjectieve belastingplicht. Een subjectief belastingplichtig lichaam is dan ook altijd een rechtssubject; de omgekeerde stelling dat een rechtssubject altijd een subjectief belastingplichtig lichaam vormt is onjuist.

3.2.3 Uniforme en algemene toepassing van kwalificatiecriteria

In het kader van de fiscale kwalificatie van een rechtsfiguur worden verschillende criteria onderscheiden. Alvorens de specifieke criteria voor het Nederlandse fiscale stelsel worden onderzocht, is het van belang de functie van de criteria binnen het kwalificatiemodel nader te duiden. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de 'uniforme' en de 'universele' aspecten van de kwalificatiecriteria. Beide aspecten werpen een nader licht op de theoretische achtergrond van het kwalificatieleerstuk en worden hierna afzonderlijk behandeld.

3.2.3.1 Uniforme toepassing van kwalificatiecriteria

Bij een eerste inventarisatie van de lichamen in art. 2 en 3 Wet Vpb 1969, blijkt dat de opgesomde rechtssubjecten geen onderling gemeenschappelijk kenmerk hebben. Het is dan ook onmogelijk om ten aanzien van de verschillende rechtsfiguren één eigenschap te isoleren die alle rechtssubjectiviteit bezittende rechtsvormen met elkaar verbindt.²⁰³ Als

199 Geppaart 1965, blz. 177-179, komt tot een vergelijkbare hoofdregel en noemt daarnaast nog een aantal gevallen waarin voor het belastingrecht 'een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie' geldt.

200 Hierbij kan worden gedacht aan 'de entiteitsbenadering' van art. 3.41, lid 3 en art. 3.92, lid 1, onderdeel b, Wet IB 2001.

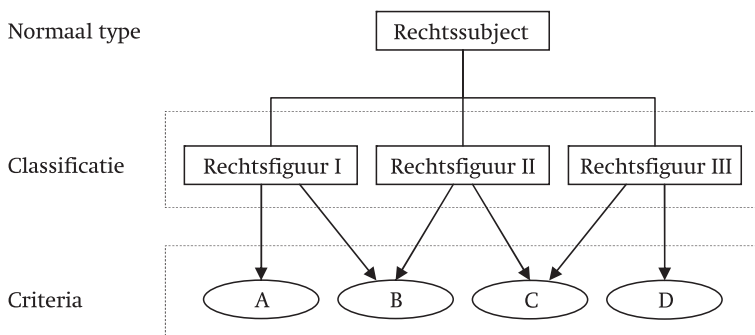
201 Zie paragrafen 3.3.2.1 en 3.3.2.2.

202 Zie paragraaf 2.7.1, alsmede Van Roosmalen 1965, blz. 91-92.

203 Volgens Snel 2010, 'valt er weinig tot geen systeem meer te ontdekken in de binnenlandse belastingplicht in de vennootschapsbelasting: er is geen uniek civielrechtelijk element dat alle belastingplichtigen hebben en dat alle niet-belastingplichtige lichamen ontberen.'

gevolg hiervan ontbreekt één beslissend criterium. Anders gezegd, geen enkel criterium is een noodzakelijke voorwaarde voor rechtssubjectiviteit. Daaropvolgend kan de vraag worden gesteld of ten aanzien van verschillende ‘soorten’ rechtssubjecten ook per ‘soort’ te onderkennen kwalificatiecriteria zijn aangehouden. Het is op het eerste gezicht immers niet eenvoudig voorstelbaar dat de criteria die hebben geleid tot de zelfstandigheid van een stichting ook van toepassing zijn op een open commanditaire vennootschap. Het is dan ook van belang om nader te onderzoeken of de door de wetgever aangelegde kwalificatiecriteria voor alle rechtsfiguren dezelfde betekenis hebben. Het gaat om de vraag naar de ‘uniforme toepasbaarheid’ van de kwalificatiecriteria.

Het ontbreken van een gemeenschappelijk kenmerk voor de verschillende rechtsfiguren met rechtssubjectiviteit, maakt dat het begrip rechtssubject een zogeheten ‘normaal type-begrip’ is.²⁰⁴ Deze benaming heeft Wittgenstein gegeven aan een begrip – het ‘normaal type-begrip’ – dat inhoudelijk zeer uiteenlopende ‘classificaties’ kan omvatten, terwijl deze classificaties geen onderling gedeeld ‘criterium’ hebben.²⁰⁵ Desalniettemin worden de classificaties verbonden door een bepaalde ‘familiegelekenis’. Een classificatie die hoort bij een ‘normaal type’ hoeft derhalve niet te voldoen aan een specifiek criterium om daaronder te kunnen worden gebracht. De verhouding die ontstaat tussen de verschillende grootheden – normaal type, classificatie en criteria – kan schematisch, met het begrip ‘rechtssubject’ als voorbeeld, als volgt worden weergegeven:²⁰⁶



De rechtsvormen – ‘lichamen’ – die behoren tot het ‘normaal type’ rechtssubject hebben, zo kan uit de illustratie worden afgeleid, geen gemeenschappelijk kenmerk. Hieruit volgt dat geen van de (kwalificatie)criteria een noodzakelijke voorwaarde vormt; evenmin is een voldoende voorwaarde aan te wijzen. Het ontbreken van één verbindend criterium maakt het normale type ‘rechtssubject’ tot een complex begrip.

Zo voldoen bijvoorbeeld uitsluitend die rechtsvormen die naast ‘kenmerk A’ – bijvoorbeeld het ‘eigendoms criterium’ – ook ‘kenmerk B’ bezitten – bijvoorbeeld het ‘aansprakelijkheidscriterium’ – aan de criteria die binnen de classificatie van ‘Rechtsfiguur I’ (‘klassieke rechtspersoonlijkheid’) worden gesteld aan een rechtssubject. Daarentegen is uitsluitend het bezit van ‘kenmerk A’ of ‘kenmerk B’ onvoldoende. Het is evenmin gezegd dat de ‘kenmerken A en C’ samen een ‘geldige combinatie’ tot stand brengen van een classificatie en daarmee een rechtssubject. Maar, als ‘kenmerk A en B’ samen voldoende zijn om tot een classificatie binnen het normaal type te komen, waarom ‘kenmerk A en C’ dan niet? En hoe te oordelen over een ‘nieuwe rechtsfiguur’ die de ‘kenmerken C en F (nieuw)’ in zich verenigt?

204 Zie Franken 2003, blz. 159-161.

205 Een bekend voorbeeld van een ‘normaal type’ uit het civiele recht is het begrip ‘beperkt recht’.

206 Franken 2003, blz. 160.

De verscheidenheid aan classificaties – en de nog grotere diversiteit aan onderliggende criteria – hebben tot gevolg dat een normaal type een diffuus begrip is. Het is dan ook niet duidelijk welke gevallen nog wel tot het normaal type behoren en welke niet meer.²⁰⁷

‘Het is op dit punt dat het normaal type gepaard gaat met intensionele vaagheid. De talloze overgangsvormen en tussenfiguren in het privaatrecht dwingen ons bij de begripsvorming om dit soort knopen door te hakken.’

Ook het fiscale begrip ‘rechtssubject’ heeft een zekere vaagheid. Het is dan ook niet uitgesloten dat zich binnen het kwalificatievraagstuk ‘overgangsvormen en tussenfiguren’ voordoen die moeilijk inpasbaar zijn. Desalniettemin dient ook in randgevallen de fiscale hoedanigheid van een rechtsfiguur te worden vastgesteld. Het ‘doorhakken van knopen’ dient mijns inziens beperkt te blijven tot de vaststelling van de relevante kwalificatiecriteria en hun onderlinge verhouding.

Uit de opzet van het fiscale stelsel kunnen mijns inziens drie classificatievormen worden geïdentificeerd. Het betreft de twee gevallen waarin de inkomensbron niet rechtstreeks voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigde komt (‘instellingen van de doode hand’ en ‘rechtspersonen’) en de daarmee in economisch en functioneel opzicht vergelijkbare rechtsfiguren (‘open rechtsvormen’). Indien het onderzoek naar de criteria wordt gedaan op het niveau van de verschillende classificaties, is het eenvoudiger om tot een rubricering van criteria te komen.²⁰⁸ Hiervoor kan worden aangesloten bij de rechtsfiguren die de wetgever – door aanwijzing als subjectief belastingplichtige lichamen – expliciet als non-transparante entiteit heeft geclassificeerd.

Bij wijze van voorbeeld kan Rechtsfiguur I worden gezien als verzameling rechtsvormen die de relevante kenmerken vertonen van ‘rechtspersonen’ (naamloze vennootschap, besloten vennootschap, etc.), terwijl Rechtsfiguur II de ‘instellingen van de doode hand’ omvat, en Rechtsfiguur III voor de ‘open rechtsvorm’ staat. Per ‘soort rechtsfiguur’ ontstaat dan een set aan relevante criteria ter bepaling van de (non-)transparantie. In die benadering worden de criteria niet vastgesteld vanaf het abstracte normaal type-begrip ‘rechtssubject’, maar wordt voor het onderzoek naar de criteria ‘afgedaald’ naar de vastgestelde classificaties. De onderling vergelijkbare criteria van de verschillende classificaties waarvan ‘het subject-zijn’ gegeven is, kunnen dan worden gebundeld. Op die manier kunnen de kenmerken per ‘soort rechtsfiguur’ worden verzameld en binnen die groep worden teruggebracht tot kwalificatiecriteria.

Concluderend kan worden gesteld dat de kwalificatiecriteria in beginsel op alle rechtsfiguren gelijkelijk – en daarmee uniform – van toepassing zijn, maar uitsluitend binnen een ‘soort rechtsvorm’ tot een classificatie kunnen leiden. Het begrip ‘rechtssubject’ dient immers als normaal type te worden benaderd, zodat bij het opstellen van een kwalificatiemodel niet alle criteria op gelijke voet voor iedere soort rechtsfiguur van toepassing kunnen zijn. Binnen het begrip rechtssubject dient dan ook een rubricering van gelijksoortige rechtsfiguren te worden aangebracht, waarbinnen de geselecteerde kenmerken als criteria kunnen worden aangelegd.

3.2.3.2 Algemene toepassing van kwalificatiecriteria

De criteria die van belang zijn om een ‘Nederlandse rechtsfiguur’ als (non-)transparante entiteit aan te merken, hebben een ‘algemeen karakter’. Hiermee bedoel ik aan te geven

207 Franken 2003, blz. 161.

208 In de zogeheten ‘kwalificatiebesluiten’ en in de literatuur zijn ook voorbeelden te vinden van het categoriseren van ‘soorten’ rechtsfiguren. In de literatuur is een soortbenadering terug te vinden bij Van Kempen 2005. Zij distilleert drie ‘beslisregels’ uit het kwalificatiebesluit, waarbij iedere beslisregel op een andere ‘soort entiteit’ is toegesneden. Zie ook Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), onderdeel 1.01.B.c.2.IV.

dat de te hanteren kwalificatiecriteria gelijk toepasbaar zijn op entiteiten die hun herkomst hebben in het Nederlandse civiele recht als op entiteiten die afkomstig zijn uit het recht van een ander land.²⁰⁹ Afgezien van de voorafgaande duiding van de civielrechtelijke kenmerken van een buitenlandse rechtsfiguur die noodzakelijk is ten aanzien van vreemdrechtelijke rechtsfiguren (de fiscale erkenning), bestaat ten aanzien van de aan te leggen kwalificatiecriteria inhoudelijk geen verschil. De eventuele aanwezigheid van een non-transparant tussenniveau wordt binnen de subjectgerichte opzet van het belastingstelsel autonoom en op basis van dezelfde criteria beoordeeld. Indien een intermediaatie voldoet aan de kenmerken van een zelfstandig rechtssubject, dan is – ongeacht de civielrechtelijke herkomst – sprake van een non-transparante rechtsvorm. In zoverre zijn de criteria ter bepaling van de (non-)transparantie van een rechtsvorm algemeen – en in zekere zin ‘universeel’ te noemen.

De kwalificatiecriteria zijn voorts algemeen toepasbaar in die zin dat de vaststelling van een potentieel binnenlandse dan wel buitenlandse belastingplichtige rechtsfiguur aan de hand van dezelfde criteria plaatsvindt. De criteria die worden aangehouden ter bepaling van de aanwezigheid van een rechtssubject zijn zowel voor binnen als buiten Nederland gevestigde entiteiten gelijk.²¹⁰ Aan de omstandigheid dat een rechtsfiguur niet in Nederland is gevestigd komt in het kader van het kwalificatievraagstuk geen zelfstandige betekenis toe. In beide gevallen leidt de rechtsfiguur binnen het fiscale stelsel namelijk tot dezelfde intermediaatie. De verschillende civielrechtelijke herkomst, noch de feitelijke vestigingsplaats zijn daarmee van invloed op de te hanteren criteria.

Het voorgaande geldt ook voor de aanvullende voorwaarde dat een lichaam, alvorens deze buitenlands belastingplichtig is, ingevolge art. 3 Wet Vpb 1969, Nederlands inkomen dient te genieten. Deze aanvullende eis, die mijns inziens uitsluitend relevant is in het kader van de internationale fiscale jurisdictieafbakening, stelt immers een additionele voorwaarde aan een reeds bestaand subject en kan niet worden gezien als een nadere voorwaarde om te worden aangemerkt als subject.²¹¹ Deze voorwaarde wordt uitsluitend gesteld ter bepaling van de effectieve subjectieve belastingplicht.²¹² Het object is hoogstens relevant voor de effectieve belastingplicht van een buiten Nederland gevestigde rechtsvorm, waarvan de intermediaatie reeds als zelfstandig subject is gekwalificeerd.

Hierbij dient nog te worden gewezen op de verschillende beschrijvingen van de categorie binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen. Hoewel de ‘inventarisatielijsten’ van art. 2 en 3 Wet Vpb 1969 nagenoeg gelijk zijn, is opvallend dat alleen in het kader van de buitenlandse belastingplicht ‘het doelvermogen’ als restcategorie is opgenomen. Hieruit mag echter niet worden opgemaakt dat voor binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen, op basis van eigen criteria, een ander ‘subjectbegrip’ zou gelden. Integendeel, het betreft hier een evidente omissie van de wetgever, die meende dat een dergelijke restcategorie – bedoeld voor ‘buitenlandse rechtsfiguren’ – in ‘binnenlandse verhoudingen’ overbodig zou zijn.²¹³ Het tegendeel lijkt waar te zijn; een doelvermogen kan namelijk ook feitelijk in Nederland zijn gevestigd. In dat geval kan binnen de huidige wettekst ten

209 Bijvoorbeeld voor buitenlandse entiteiten die vergelijkbaar zijn met de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid is dit expliciet opgemerkt. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, blz. 41, en nr. 5, blz. 5-6.

210 Zie Daniels 1991, blz. 121 e.v., Van Eijdsen 1997, blz. 21 en Boekhoudt 1987. Zie ook het Rapport Samenwerkingsverbanden, blz. 15-17 en blz. 26. De Commissie acht de kwalificatiecriteria niet alleen relevant voor Nederlandse rechtsfiguren, maar eveneens voor in het buitenland gevestigde rechtsfiguren dan wel naar buitenlands recht opgerichte rechtsvormen.

211 Zie Reuvers 1996.

212 Anders Verburg 2000, blz. 437-439, die betoogt dat het belastingobject voor de buitenlandse belastingplicht bepalend is.

213 Verburg 2000, blz. 37. Van Soest 2007, blz. 493, noemt het ontbreken van doelvermogens in de sfeer van de binnenlandse belastingplicht ‘opmerkelijk’.

onrechte geen gevolg worden verbonden aan het 'subject-zijn' van die entiteit, aangezien deze niet als binnenlands belastingplichtige is opgenomen in art. 2 Wet Vpb 1969.

Uitgaande van het algemene karakter van de kwalificatiecriteria had het voor de hand gelegen dat de wetgever de binnenlandse en buitenlandse belastingplicht op gelijke wijze zou hebben vormgegeven. Het feit dat de wetgever een andere omschrijving van de binnenlandse en buitenlandse belastingplichtige lichamen heeft gegeven,²¹⁴ laat de principiële systematiek echter onverlet. De kwalificatiecriteria zijn algemeen en in grensoverschrijdende context dan ook 'universeel' te noemen.²¹⁵

3.3 AFBAKENING VAN HET BEGRIIP 'FISCALE (NON-)TRANSPARANTIE'

Zoals opgemerkt, heeft het begrip 'fiscale transparantie' geen eenduidige betekenis.²¹⁶ Hierdoor kan eenvoudig begripsverwarring ontstaan, aangezien in de literatuur het begrip 'fiscale transparantie' ook wordt gebruikt in situaties die geen direct verband houden met het kwalificatievraagstuk. Het betreft bijvoorbeeld gevallen waarin de zelfstandigheid van een rechtsvorm, welke ten principale uit de opzet van het belastingstelsel volgt, op basis van een specifieke wettelijke bepaling terzijde wordt gesteld. Naar mijn mening is in die gevallen geen sprake van 'fiscale transparantie', althans niet in de betekenis die daaraan in dit onderzoek wordt gegeven. Hierna volgt dan ook een nadere afbakening van het begrip 'fiscale transparantie'.

3.3.1 'Durchgriff' en 'piercing the corporate veil'

In de literatuur wordt een veelheid aan synoniemen gebruikt voor het begrip 'fiscale transparantie'. De meeste daarvan vinden hun oorsprong in het civiele recht. Zonder volledigheid na te streven, wordt wel gesproken van: 'Durchgriff', 'piercing the corporate veil', en 'de terzijdestelling, begrenzing of relativering van rechtspersoonlijkheid'.²¹⁷ Binnen dat rechtsgebied worden deze termen gebruikt ter aanduiding van de bijzondere situatie waarin de civielrechtelijke eigenschappen van rechtspersoonlijkheid – veelal in relatie tot aansprakelijkheidskwesties – niet (volledig) worden gerespecteerd. Aangezien deze termen een civielrechtelijke herkomst hebben en binnen het privaatrecht worden gebruikt ter indicatie van een wezenlijk andere situatie dan hier wordt bedoeld, wordt in het kader van dit onderzoek uitsluitend gesproken van 'fiscale (non-)transparantie'.

3.3.2 Wettelijke en buitenwettelijke transparantie

Voorts wordt in de literatuur de term 'fiscale transparantie' gehanteerd om aan te geven dat de zelfstandigheid van een rechtssubject in specifieke gevallen wordt genegeerd, dan wel gedeeltelijk terzijde wordt gesteld. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen 'wettelijke' en 'buitenwettelijke' transparantie.²¹⁸ Deze beide gevallen van 'transparantie' komen aan de orde, indien in een specifiek geval de zelfstandigheid van een rechtsvorm – zoals die volgt uit het kwalificatieproces – botst met een zwaarder wegende norm die in

214 Snel 2007, vermoedt – en ik kan hem hierin volgen – dat de verschillen in de redactie van art. 2 en 3 Wet Vpb 1969 het gevolg zijn van het feit dat de wetgever 'minder kennis had van alle niet-Nederlandse rechtsvormen' en daarom voor een ruimere omschrijving van buitenlands belastingplichtigen heeft gekozen.

215 Zie het Rapport Samenwerkingsverbanden, blz. 15-17 en blz. 26. De Commissie acht de kwalificatiecriteria niet alleen relevant voor Nederlandse rechtsfiguren, maar eveneens voor in het buitenland gevestigde rechtsfiguren dan wel naar buitenlands recht opgerichte rechtsvormen.

216 De negende stelling bij het proefschrift van Fibbe 2009, dat het begrip 'fiscaal transparant' niet transparant is, kan ik volledig onderschrijven.

217 Zie Van Dongen 1995, blz. 4-11 en de daar aangehaalde literatuur.

218 Het onderscheid is onder meer te vinden bij Elbers 1997 en Haelterman 1992, blz. 58-61.

het concrete geval voor dient te gaan. In zijn beschrijving van 'Durchgriff' in het belastingrecht, verwoordt Nillesen de oorzaak van hetgeen hier wettelijke en buitenwettelijke transparantie wordt genoemd als volgt:

'Een algemene norm bepaalt dat een instituut/lichaam zelfstandig belastingplichtig is, dat wil zeggen een zelfstandig toerekeningspunt vormt van fiscale rechten en plichten. Als een belastingwet een rechtsfiguur als zelfstandig toerekeningspunt van fiscale rechten en plichten – dus als belastingplichtig – aanwijst, geschiedt dit ter verwezenlijking van een of meerdere door de belastingwetgever nagestreefd(e) doel(en). Deze belastingplicht gaat niet verder dan uit de woorden en uit het doel en strekking van de desbetreffende belastingwet voortvloeit. Op grond van een of meer andere fiscale rechtsregels kan die algemene toerekeningspositie in concreto worden begrensd. In dit krachtenspel van normen moet alsdan de algemene norm in concreto wijken voor de bijzondere formeel gelijkwaardige norm.'

De hierna te noemen voorbeelden van wettelijke en buitenwettelijke transparantie doen zich inderdaad voor, indien een concreet geval om een afwijkende belangenafweging vraagt. De wettelijke en buitenwettelijke transparantie maken naar mijn mening evenwel geen deel uit van de fiscale transparantie die in het kader van het kwalificatievraagstuk wordt vastgesteld. Ik licht deze opmerking hierna verder toe.

3.3.2.1 Wettelijke transparantie

Van 'wettelijke transparantie' kan worden gesproken in situaties waarin de gevolgen van rechtssubjectiviteit op grond van een specifieke wettelijke regeling terzijde worden gesteld. Het is in dergelijke gevallen de keuze van de wetgever om in een concrete situatie de uitkomst van het reguliere fiscale kwalificatieproces (gedeeltelijk) terzijde te stellen. De regelingen hebben tot gevolg dat afzonderlijke rechtssubjecten, alsmede de tussen hen bestaande rechtsverhoudingen en -handelingen worden genegeerd. Deze 'wettelijke fiscale transparantie' reikt niet verder dan de desbetreffende bepaling voorschrijft.

Als voorbeeld van wettelijke transparantie kan onder meer het fiscale-eenheidsregime in de vennootschapsbelasting worden genoemd.²¹⁹ Een ander treffend voorbeeld van wettelijke transparantie kan worden gevonden bij zogeheten 'Natuurschoonwetlichamen'.²²⁰ Onder voorwaarden worden de werkzaamheden, alsmede de rechten en verplichtingen van een 'Natuurschoonwetlichaam' – een reguliere NV of BV die een ingevolge de Natuurschoonwet 1928 aangewezen landgoed instandhoudt – beschouwd de werkzaamheden, rechten en verplichtingen van de gezamenlijke aandeelhouders te zijn. De toerekening brengt mee dat de achterliggende aandeelhouders gebruik kunnen maken van een aantal fiscale faciliteiten dat anders verloren zou gaan. Deze techniek wordt in de literatuur omschreven als 'transparance fiscale'.²²¹

Ook in verband met het regime voor fiscale beleggingsinstellingen wordt wel gesproken van 'transparance fiscale'.²²² Het gaat hierbij om wettelijke regelingen die ten doel hebben het collectief beleggen, met behulp van een non-transparant lichaam/intermediair, voor fiscale doeleinden zo veel mogelijk gelijk te behandelen als een rechtstreekse belegging. Deze gelijkstelling met natuurlijke personen/beleggers wordt bereikt door middel van een subjectieve vrijstelling (art. 6a Wet Vpb 1969) dan wel het gebruik van een 'nultarief' in combinatie met een 'uitdelingsverplichting' (art. 28 Wet Vpb 1969). Deze essentie van wettelijke transparantie bij de fiscale beleggingsinstelling wordt door Bongaarts en Essers als volgt omschreven:²²³

219 Zie Kuiper 1989.

220 Zie art. 10.9 Wet IB 2001 jo. art. 23 Uitv.besl. Wet IB 2001.

221 Zie o.a. Bruggink 2007, onderdeel 4.6.

222 Zie Bongaarts en Essers 1993, blz. 180 e.v. Zie ook Schep 2006.

223 Bongaarts en Essers 1993, blz. 72.

'Enerzijds wordt de gedachte dat de beleggingsinstelling als verlengstuk van de belegger volledig moet worden weggedacht (transparence fiscale) bij de uitwerking gehanteerd (doorgeeplicht, herbeleggingsreserve, verrekening van bronbelasting). Anderzijds wordt de zelfstandige belastingplicht principieel gehandhaafd met een beroep op de gedachte dat beleggingsinstellingen bedrijfsmatig actief zijn en als iedere andere belastingplichtige zelfstandige entiteiten zijn (de "entiteitsgedachte", terug te vinden in het multitarief en in de voorgeschreven wijze van winstberekening).'

Ten slotte kunnen als voorbeeld van wettelijke transparantie de zogeheten 'doorkijkbepalingen' worden genoemd.²²⁴ De techniek van dergelijke bepalingen, die veelal bij antimisbruikwetgeving wordt ingezet, heeft tot gevolg dat het bestaan van een lichaam tot op zekere hoogte wordt genegeerd en naar achterliggende feiten en omstandigheden wordt gekeken. Ook in die gevallen wordt in dat verband wel gesproken van 'fiscale transparantie'.

3.3.2.2 Buitenwettelijke transparantie

Van 'buitenwettelijke transparantie' kan worden gesproken in situaties waarin de gevolgen van rechtssubjectiviteit, anders dan op basis van een wettelijke bepaling, binnen een specifieke context terzijde worden gesteld. Het is in dergelijke gevallen de rechter die in een concrete situatie de uitkomst van het reguliere fiscale kwalificatieproces op grond van een bijzonder leerstuk (gedeeltelijk) terzijde stelt.

Als voorbeelden van buitenwettelijke 'transparantie' kan de jurisprudentie op het gebied van de 'management-BV'²²⁵ en de 'transparante stichting'²²⁶ worden genoemd. De 'transparantie van stichtingen' wordt in de rechtspraak aangenomen, indien een ander – doorgaans de oprichter/bestuurder – over het in de stichting aanwezige vermogen kan beschikken 'als ware het zijn eigen vermogen'. De criteria die worden aangelegd om de aanwezigheid van beschikkingsmacht vast te stellen worden door S.A. Stevens als volgt opgesomd:²²⁷

- '1. verdeling van de zeggenschap in de stichting en over het vermogen;*
- 2. de gerechtigdheid tot het liquidatiesaldo;*
- 3. de wijze waarop de boekhouding wordt gevoerd.'*

In dat geval wordt het inkomen en/of vermogen aan degene toegerekend die de beschikkingsmacht heeft. De stichting wordt in dat geval in zekere zin genegeerd, oftewel 'fiscaal transparant' geacht.

Aan de vorige voorbeelden kan zonder bezwaar nog het geval worden toegevoegd waarin de rechter op grond van 'fraus legis' een rechtsvorm negeert. Ook in die gevallen wordt de civielrechtelijke realiteit voor het belastingrecht niet onverkort overgenomen. Weliswaar komen deze voorbeelden telkens binnen een andere feitelijke en juridische constellatie aan de orde, maar zij hebben met elkaar gemeen dat in zekere mate aan het bestaan van een zelfstandig rechtssubject wordt voorbijgegaan.

3.3.2.3 Relatie met fiscale kwalificatie

In de hiervóór genoemde gevallen van (buiten)wettelijke transparantie is geen sprake van fiscale transparantie, zoals deze zich in het kader van het kwalificatieproces voordoet. De

224 Zie bijvoorbeeld art. 3.92b, lid 1 jo. art. 3.95b, lid 2, Wet IB 2001 en art. 4.13, lid 9, Wet IB 2001. Ook een term als 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect' is een vorm van wettelijke fiscale transparantie.

225 Zie o.a. HR 18 december 1991, BNB 1992/145, HR 22 juli 1994, BNB 1995/116 en HR 19 februari 1997, BNB 1997/133.

226 Zie bijvoorbeeld HR 22 juli 1981, BNB 1982/42 en HR 30 oktober 1985, BNB 1986/16.

227 Stevens 2003, blz. 265-266.

‘transparantie’ die in deze bijzondere situaties optreedt, is namelijk niet terug te voeren op de uitkomst van het kwalificatievraagstuk. Het betreft daarentegen telkens de gevolgtrekking dat in het licht van een wettelijke bepaling of een rechtsnorm het vermogen en/of inkomen – voorbijgaand aan een in beginsel zelfstandige rechtsvorm – dient te worden toegerekend aan een ander rechtssubject. Het verlenen van voorrang aan deze bepaling of rechtsnorm geschiedt los van de principiële, daaraan voorafgaande, vraag naar de fiscale kwalificatie van een rechtsfiguur. De zelfstandigheid van een rechtsvorm wordt in deze gevallen op incidentele grond terzijde geschoven, teneinde een door de wetgever of rechter gewenst eindresultaat te bereiken.²²⁸ Het feit dat daarvoor een bijzonder (buiten)wettelijk leerstuk nodig is, vormt een bevestiging van de hoofdregel dat de rechtsfiguur binnen het stelsel initieel een andere kwalificatie als non-transparante entiteit heeft.

In zijn onderzoek naar fiscale transparantie in België schaaft Haelterman de vorengenoemde situaties onder de noemer ‘doorbraak’ en ziet deze evenmin als een verschijningsvorm van fiscale transparantie. Hij merkt dienaangaande het volgende op:²²⁹

‘M.a.w., slechts bij principiële afwezigheid van fiscale transparantie als algemene fiscale behandeling van een door partijen vooropgestelde rechtsfiguur, kan er van doorbraak sprake zijn. Deze vaststelling duidt op het fundamentele verschil tussen transparantie en doorbraak, zodat m.i., transparantie niet te herleiden is tot een onderdeel van de doorbraakleer, en de doorbraakleer evenmin deel uitmaakt van de leer inzake de fiscale transparantie.’

Het voorgaande betekent overigens niet dat de gevallen van ‘buitenwettelijke transparantie’ – in het bijzonder de jurisprudentie ten aanzien van transparante stichtingen – zonder betekenis zou zijn bij de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel. Integendeel, deze rechtspraak kan in het verlengde van het kwalificatievraagstuk nader inzicht bieden in de elementen die van belang zijn bij de toerekening van inkomen en/of vermogen aan een rechtssubject. Hierna wordt op de verhouding tussen (non-)transparantie en de ‘afwijkende toerekening’ van inkomen en/of vermogen ingegaan.

3.3.3 Kwalificatie en de toerekening van inkomen en/of vermogen

Het leerstuk van de fiscale kwalificatie staat in nauw verband met de ‘toerekening van inkomen en/of vermogen’. Het in paragraaf 3.1 weergegeven citaat uit het kwalificatiebesluit van december 2004 geeft aan dat beide leerstukken dicht tegen elkaar aanliggen en dat de verhouding tussen deze beide leerstukken soms moeilijk te bepalen is. Ondanks de vervlechting van beide leerstukken, zijn de vragen naar de (non-)transparantie van een rechtsvorm enerzijds en naar de toerekening van inkomen en/of vermogen aan een entiteit anderzijds losstaande vragen. De vragen welke rechtsvormen een non-transparant subject zijn en welke objecten daaraan worden toegerekend, kunnen los van elkaar worden beantwoord. In de context van een reeds bestaande relatie tussen een subject en een object, die wordt ‘verstoord’ door de tussenkomst van een rechtsvorm, liggen de leerstukken echter in elkaars verlengde. In dat geval kan de tussengekomen rechtsvorm, indien deze als subject wordt gekwalificeerd, de rechtstreekse toerekening van het object aan het oorspronkelijke subject frustreren. Als de tussenliggende rechtsvorm een transparante entiteit blijkt te zijn, vindt echter toerekening aan de achterliggende betrokkenen plaats. Het is deze kwestie die in het kader van dit onderzoek centraal staat.

228 Vgl. Elbers 1997 en Nillesen 1986b.

229 Haelterman 1992, blz. 57.

Subject als toerekeningscentrum

De relatie tussen beide leerstukken dient vooral te worden gezocht in het feit dat 'het zijn' van rechtssubject een noodzakelijke voorwaarde is om in aanmerking te komen voor de toerekening van inkomen en/of vermogen. Anders geformuleerd, het is uitsluitend mogelijk inkomen en/of vermogen aan een non-transparant subject toe te rekenen. De rechtssubjectiviteit stelt de rechtsvorm in staat een 'toerekeningscentrum' te zijn.²³⁰

Het voorgaande brengt mee dat inkomen en/of vermogen uitsluitend aan een subject – als toerekeningcentrum – kan worden toegerekend, maar laat de vraag welk object ('wat') aan welk subject ('wie') dient te worden toegerekend onbeantwoord. Het antwoord daarop dient te worden gezocht in de (rechts)verhouding van het subject tot het object op basis waarvan toerekening gerechtvaardigd is. Deze (rechts)verhouding is de basis voor de toerekening van inkomen en/of vermogen aan een subject en brengt mee dat een subject voor fiscale doeleinden wordt belast voor 'zijn' object.

De aard van de rechtsverhouding die de toerekening rechtvaardigt, dient binnen de subjectgerichte opzet van het Nederlandse fiscale stelsel vanuit het perspectief van het subject te worden beoordeeld. Het subject vormt immers het toerekeningspunt van inkomen en/of vermogen op grond van *zijn* rechtsband met het object. Bij de toerekening van een object aan een specifiek subject dient rekening te worden gehouden met de aanknopingspunten die de opzet van het fiscale stelsel aanreikt. In hoofdstuk 5 worden de verschillende rechtsverhoudingen besproken die toerekening van inkomen en/of vermogen aan een rechtssubject rechtvaardigen.

Afwijkende toerekening

De verhouding tussen beide leerstukken kan onduidelijkheid opleveren indien zich een 'afwijkende toerekening' voordoet. Hiervan lijkt bijvoorbeeld sprake bij de jurisprudentie ten aanzien van 'transparante stichtingen'.²³¹ In dat geval wordt het inkomen en/of vermogen niet toegerekend aan de stichting als entiteit (waar het eigenlijk zou moeten), maar aan degene die over het in de stichting aanwezige vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Deze afwijking in het toerekeningsregime wekt de suggestie van fiscale transparantie, aangezien 'een ander dan de rechthebbende' het inkomen en/of vermogen van de stichting toegerekend krijgt.²³² Zoals opgemerkt in paragraaf 3.3.2.2, vallen deze situaties buiten het begrip 'fiscale transparantie'. Uit de rechtspraak²³³ en literatuur²³⁴ lijkt te kunnen worden afgeleid dat in dergelijke gevallen de stichting als zodanig ook niet transparant is, maar dat de feiten en omstandigheden – in het licht van de concrete rechtsnorm – in een specifiek geval tot een afwijkende toerekening dwingen. Zoals in de Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting) wordt opgemerkt: '[d]e toerekening heft op zichzelf de subjectieve belastingplicht van de betrokken rechtspersoon niet op'.²³⁵

In hoofdstuk 5 wordt nader onderzocht welke gronden de (afwijkende) toerekening van het inkomen en/of vermogen aan een subject rechtvaardigen. Op deze plaats wordt volstaan met de opmerking dat een toerekening aan een ander dan de 'eigenaar' op gronden

230 Deze term, die in de literatuur overigens nauwelijks ingang heeft gevonden, is ontleend aan Van Roosmalen 1965, blz. 104 e.v. Bij Nillesen 1992, treft men enkele variaties aan op dit begrip.

231 Zie de annotatie van Van Dijk onder BNB 1982/42.

232 Deze nuancering ten aanzien van het begrip 'fiscale transparantie' is ook te vinden in de Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), onderdeel 1.0.3.1.j.: 'Een andere vraag is of onder omstandigheden ook transparantie kan worden aangenomen in die zin, dat het vermogen en de baten van een stichting worden toegerekend aan een (al dan niet belastingplichtig) lichaam.'

233 Zie bijvoorbeeld HR 18 december 1991, BNB 1992/142 en HR 10 januari 1996, BNB 1996/94.

234 Zie o.a. Nillesen 1992, Zwemmer 1996, Bellingwout 1996, blz. 187. Anders Nieuwenhuizen 1996.

235 Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), onderdeel 1.0.1.h. Anders A-G Verburg in onderdeel 31 van diens conclusie bij HR 18 december 1991, BNB 1992/142.

van juridische en/of feitelijke aard zijn gebaseerd.²³⁶ Hierbij kan worden gedacht aan respectievelijk een recht van vruchtgebruik ten aanzien van het vermogen dat een ander in eigendom toebehoort en de veronderstelde bevoegdheid die uitgaat van het door de Hoge Raad aangenomen 'beschikkingsmachtcriterium'. Overigens kan ten aanzien van het beschikkingsmachtcriterium worden opgemerkt dat in de feitelijke beschikkingsmacht de suggestie van een recht besloten kan liggen. In de genoemde gevallen kan voor fiscale doeleinden een ander subject dan 'de eigenaar' het toerekeningspunt zijn, maar daarmee is nog geen sprake van fiscale transparantie. Het ultieme bewijs van non-transparantie, namelijk dat aan de entiteit inkomen en/of vermogen kan worden toegerekend, wordt in het specifieke geval weliswaar niet geleverd, maar betekent niet dat de principiële non-transparantie van de rechtsvorm als zodanig is komen te vervallen. Het is eenvoudigweg een 'ander subject' dat ten aanzien van het desbetreffende object een sterkere rechtsband onderhoudt op basis waarvan toerekening gerechtvaardigd is. De afwijkende toerekening aan een ander subject, waarbij voorbij wordt gegaan aan het 'logische toerekeningspunt', is dan ook geen voorbeeld van fiscale transparantie in de hier bedoelde zin.

Het voorgaande leidt tot twee constateringten ten aanzien van de verhouding tussen het toerekenings- en transparantieelstuk. In de eerste plaats kan inkomen en/of vermogen uitsluitend worden toegerekend aan een non-transparant rechtssubject als toerekeningspunt. Het 'zijn' van rechtssubject is een noodzakelijke voorwaarde voor toerekening. In de tweede plaats vindt toerekening plaats aan het subject dat een zodanige (rechts)band heeft met het object dat toerekening aan hem gerechtvaardigd is binnen de opzet van het fiscale stelsel. In sommige gevallen is toerekening aan een ander dan de 'eigenaar' mogelijk. Hierbij kan sprake zijn van 'een afwijkende toerekening', hetgeen niet noodzakelijkerwijs betekent dat de rechtssubjectiviteit van de eigenaar wordt genegeerd.

3.3.4 De 'onvolkomen fiscale transparantie'

Bij de afbakening van de begrippen 'fiscale transparantie' en 'fiscale non-transparantie' rijst de vraag naar de mogelijkheid van een tussencategorie. In dit kader is van belang dat Haelterman in zijn onderzoek naar fiscale transparantie binnen het Belgische belastingrecht de 'onvolkomen fiscale transparantie' als bijzondere variant van fiscale non-transparantie aanwijst.²³⁷ De 'onvolkomen fiscale transparantie' houdt het midden tussen transparantie enerzijds en non-transparantie anderzijds. Haelterman stelt dat deze tussencategorie aan de orde kan komen, indien het tussenniveau in eigen naam, maar voor rekening van de achterliggende gerechtigde optreedt.²³⁸ Ondanks de tussenkomst van de interveniërende rechtsfiguur is dan nog steeds een indirecte (rechts)band aanwezig tussen het oorspronkelijke subject en oorspronkelijk object. Het voortbestaan van deze economische (rechts)band met het achterliggende object kan dan aanleiding geven om 'onvolkomen transparantie' aan te nemen.

Typerend voor zijn 'onvolkomen fiscale transparantie' is dat het tussenniveau weliswaar als zelfstandige entiteit in de heffing wordt betrokken, maar een 'feitelijke belastingvrijstelling' kent.²³⁹ Het tussenniveau heeft namelijk een 'doorstortingsverplichting' jegens

236 Nillesen 1992, beargumenteert dat de fiscale transparantie van stichtingen het gevolg is van een concrete afweging van botsende rechtsnormen. In de Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, *Stichtingen*, Rapport van de Commissie ter bestudering van fiscale aspecten van stichtingen, nr. 180 (hierna: Rapport Stichtingen), blz. 41 e.v., lijkt de oorzaak te worden gezocht in de duiding van de 'economische werkelijkheid'. Ik ben met Van Houte 1992 van mening dat het eigenlijk altijd aankomt op een interactieve beoordeling van de feiten in het licht van de concrete rechtsnorm op grond waarvan 'Durchgriff' kan worden aangenomen. Ik acht de benadering van Nillesen dan ook te absoluut gesteld.

237 Haelterman 1992, blz. 47 e.v.

238 Haelterman 1992, blz. 50.

239 Haelterman 1992, blz. 52.

de achterliggende gerechtigde die correspondeert met de omvang van het genoten inkomen. Het is bij 'onvolkomen fiscale transparantie' niet uitgesloten dat het inkomen in kwantiteit en kwaliteit wijzigt, maar in beginsel zal de doorstortingsverplichting meebrengen dat bij het tussenniveau geen winst achterblijft.²⁴⁰

Naar mijn mening bestaat de tussencategorie van 'onvolkomen fiscale transparantie' niet binnen de opzet van het Nederlandse fiscale stelsel; althans in ieder geval niet als mogelijke uitkomst van het kwalificatieproces. Uit de principiële consequenties van transparantie respectievelijk non-transparantie binnen het subjectgerichte stelsel volgt dat deze tussencategorie geen zelfstandige betekenis heeft.²⁴¹ Bij fiscale transparantie wordt volledig voorbijgegaan aan de aanwezigheid van een tussenliggende rechtsfiguur. Daarbij wordt gehandeld alsof de juridische intermediatie volledig afwezig is en wordt voor de belastingheffing op geen enkele wijze rekening gehouden met het bestaan daarvan.²⁴² Hierdoor blijft de juridische intermediatie zonder fiscale consequenties en laat de lijn tussen het subject (de gerechtigde) en het object (de inkomensbron) onaangetaast.

De belangrijkste gevolgen van fiscale transparantie binnen de subjectgerichte opzet van het fiscale stelsel zijn, dat:

- het inkomen rechtstreeks wordt genoten door de (achterliggende) gerechtigde en ook de verliezen rechtstreeks in aanmerking kunnen worden genomen;
- de kwaliteit (aard) en kwantiteit (omvang) van het inkomen onveranderd blijven (geen conversie); en
- de fiscale regels op het niveau van de gerechtigde bepalend zijn ten aanzien van de belastbaarheid van het verkregen inkomen, de toepasselijkheid van bronheffingen, de aanwezigheid van fiscale verplichtingen, etc.

Het bestaan van een non-transparante entiteit brengt daarentegen een fiscaal relevante wijziging aan in de relatie van het subject (de gerechtigde) tot het object (de inkomensbron).²⁴³ De tussenliggende, non-transparante rechtsfiguur doorbreekt de lijn die het subject en het object verbond. De belangrijkste gevolgen van de tussenkomst van een non-transparante rechtsvorm zijn dat:

- het inkomen uit de bron en de verliezen niet langer rechtstreeks in aanmerking worden genomen bij de achterliggende gerechtigde, maar bij het tussenniveau;
- het tussenniveau de kwaliteit (aard) en kwantiteit (omvang) van het door de uiteindelijke genietster verkregen inkomen uit de oorspronkelijke bron kan beïnvloeden (conversie); en
- bij het tussenniveau en de uiteindelijke genietster verschillende fiscale regels kunnen gelden met betrekking tot de belastbaarheid van het verkregen inkomen, de toepasselijkheid van bronheffingen, de aanwezigheid van fiscale verplichtingen, etc.

Binnen het Nederlandse fiscale stelsel is daarentegen naar mijn mening geen plaats voor de tussenvorm van 'onvolkomen fiscale transparantie'. Deze variant komt mijns inziens in strijd met de 'wet van de uitgesloten derde'.²⁴⁴ Deze denkweg houdt in dat iets 'is' of 'niet is'. In deze gedachtegang kan een rechtsfiguur binnen de subjectgerichte opzet van het Nederlandse fiscale stelsel uitsluitend transparant of non-transparant zijn. Daarbij is geen ruimte voor de middenweg van de 'onvolkomen fiscale transparantie'; men kan evenmin 'een beetje zwanger zijn'. Indien een rechtsvorm niet alle kenmerken vertoont van fiscale transparantie is sprake van non-transparantie.

240 Haelterman 1992, blz. 51-52.

241 Vergelijk de beschrijving van de tweedeling in transparante en non-transparante entiteiten in het Rapport Samenwerkingsverbanden, blz. 13.

242 Haelterman 1992, blz. 43-47, noemt deze eigenschappen ten aanzien van de categorie 'volkomen transparantie'.

243 Zie Haelterman 1992, blz. 82, ten aanzien van de afwezigheid van transparantie.

244 Het zogeheten '*principium tertii exclusi*' of '*tertium non datur*'.

Daarnaast wordt bij 'onvolkomen fiscale transparantie' de interveniërende rechtsfiguur naar mijn mening volledig in aanmerking genomen. Deze beïnvloedt immers de inkomensstroom, zowel vanuit het perspectief van de inkomensgenieter als vanuit het perspectief van de inkomstenbron. Het enkele feit dat het tussenniveau *de facto* nauwelijks of geen belasting is verschuldigd, betekent niet dat het tussenniveau wordt genegeerd. Integendeel, het 'wegsaldereen' van de belastinggrondslag houdt in dat het vermogen en inkomen – evenals de doorstortingsverplichting – ten volle aan de entiteit worden toegerekend. In deze benadering, die zich ook voordoet bij de 'wettelijke transparantie' (paragraaf 3.3.2.1), is naar mijn mening ten principale sprake van het in aanmerking nemen van de entiteit en derhalve van non-transparantie.

Het voorgaande brengt mee dat 'onvolkomen fiscale transparantie' in het kader van het kwalificatievraagstuk niet bestaat en als 'volkomen fiscale non-transparantie' dient te worden gezien.

3.3.5 Definitie fiscale (non-)transparantie

In het onderzoek nemen de begrippen 'fiscale transparantie' en 'fiscale non-transparantie' een belangrijke plaats in. De inhoud die daaraan wordt gegeven, hangt nauw samen met het leerstuk van de fiscale kwalificatie en is in de voorgaande paragrafen nader ingevuld. Uitgaande van de kanttekeningen bij het begrip 'fiscale (non-)transparantie' kom ik tot de volgende definities.

Onder 'fiscale non-transparantie' versta ik de uitkomst van het fiscale kwalificatieproces, waarbij een rechtsvorm op basis van zijn civielrechtelijke kenmerken als zelfstandige entiteit wordt aangemerkt binnen het fiscale stelsel. De non-transparante rechtsvorm is een fiscaal rechtssubject en een mogelijk toerekeningscentrum van (potentieel) inkomen en/of vermogen.

Bij fiscale non-transparantie doorbreekt de aanwezigheid van een zelfstandige entiteit de lijn tussen het oorspronkelijke subject en het oorspronkelijke object. De zelfstandige entiteit neemt daarna ten aanzien van het oorspronkelijke object in beginsel de positie van 'nieuw subject' in. Het oorspronkelijke object wordt bij de zelfstandige entiteit in aanmerking genomen volgens de eigen regels die gelden voor dat subject. Het oorspronkelijke inkomen/vermogen kan door tussenkomst van de non-transparante entiteit in kwantiteit en kwaliteit veranderen (conversie). Afhankelijk van de kenmerken van de specifieke rechtsvorm die de juridische intermediaatie veroorzaakt, kan de gerechtigdheid tot de tussengekomen entiteit voor het oorspronkelijke subject leiden tot een 'nieuw object'.

Het begrip 'fiscale transparantie' staat diametraal tegenover fiscale transparantie en is te beschouwen als de andere uitkomst van het kwalificatieproces. Bij transparantie wordt de rechtsvorm op basis van zijn civielrechtelijke kenmerken gezien als een onzelfstandige entiteit voor toepassing van het fiscale stelsel. De transparante rechtsvorm is geen rechtssubject en kan evenmin dienen als toerekeningscentrum. Het inkomen en vermogen dat daarmee samenhangt wordt toegerekend aan achterliggende rechtssubjecten, alsof de rechtsvorm niet bestaat.

Bij fiscale transparantie wordt geen rekening gehouden met de aanwezigheid van de tussenliggende rechtsfiguur. De lijn die het subject en object met elkaar verbindt, blijft ook na de intermediaatie in stand. Het (inkomen uit het) object wordt rechtstreeks en zonder conversie aan het oorspronkelijke subject toegerekend en in aanmerking genomen volgens de regels die voor het subject gelden.

Ten slotte merk ik op dat, zoals in paragraaf 3.3.4 beargumenteerd, 'onvolkomen fiscale transparantie' als uitkomst van het kwalificatievraagstuk onbestaanbaar is binnen het

Nederlandse fiscale stelsel en als variant van de fiscale non-transparantie dient te worden gezien.

3.4 VORMEN VAN INTERMEDIATIE

Alvorens de criteria te onderzoeken die bij de bepaling van de fiscale (non-)transparantie van een specifieke rechtsvorm worden aangelegd, is een systematische benadering van de abstracte oorzaken van fiscale transparantie noodzakelijk om tot een algemene theorievorming omtrent het kwalificatievraagstuk te komen. De vraag naar de inpassing van rechtsvormen in zijn algemeenheid, en de Anglo-Amerikaanse trust in het bijzonder, kan vanwege de uiteenlopende modaliteiten waarin deze zich presenteren, het beste worden beantwoord vanuit een modelmatige benadering van de intermediatievormen.

Het aangrijppingspunt voor een analyse van de abstracte oorzaken van 'fiscale non-transparantie' wordt gevormd door de aanwezigheid van een rechtsvorm die de karakteristieken vertoont van een juridische/economische zelfstandige verschijningsvorm. Deze aanwezigheid dient in enigerlei vorm een 'tussenkomst' op te leveren. Zonder een 'intermediatie'²⁴⁵ tussen de inkomensgenieter (het oorspronkelijke subject) en de bron van inkomen (het oorspronkelijke object) is het zinledig om van fiscale transparantie te spreken. Haelterman omschrijft het als volgt:²⁴⁶

'Transparantie veronderstelt de aanwezigheid van een object of subject dat voor transparantie vatbaar is, waar met andere woorden doorheen gekeken kan worden. In situaties waarbij een rechtssubject in een directe verhouding staat tot een inkomstenbron zonder tussenkomst of betrokkenheid van relevante bijkomende elementen, is voor het begrip fiscale transparantie geen ruimte.'

Tussen het subject en object van heffing kunnen diverse (niet-)juridische elementen optreden die tot gevolg kunnen hebben dat de rechtstreekse relatie tussen de uiteindelijke genieter en de bron van inkomen wordt verstoord. Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat de mogelijkheid van fiscale transparantie zich slechts kan voordoen ten aanzien van 'rechtsvormen' en niet ten aanzien van natuurlijke personen. Natuurlijke personen zijn niet voor fiscale transparantie vatbaar en kunnen niet als rechtssubject worden genegeerd.²⁴⁷ Hoogstens kan een tussenkomende 'rechtsverhouding met een natuurlijke persoon', zoals een vertegenwoordigingsrelatie, tot fiscale transparantie leiden.

In zijn onderzoek beschrijft Haelterman vijf verschillende 'intermediatievarianten' die opkomen in de relatie tussen de oorspronkelijke genieter en de inkomensbron. In oplopende graad van interventie zijn de volgende 'intermediatievormen' te onderscheiden:²⁴⁸

- de louter economische of fysische intermediatie;
- de horizontale juridische intermediatie;
- de juridische intermediatie met vertegenwoordiging;
- de niet-discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging; en
- de discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging.

Hierna worden de verschillende intermediatievormen, als abstracte oorzaken van fiscale non-transparantie nader besproken. In paragraaf 3.5 werk ik deze intermediatieschema's

245 Zie omtrent het begrip 'intermediatie' voetnoot 191.

246 Haelterman 1992, blz. 31. Overigens zou de vorenstaande omschrijving beter aansluiten, indien voor 'de aanwezigheid van een object of subject' zou worden gelezen 'de aanwezigheid van een rechtsvorm'. De kwalificatie van de rechtsvorm als 'object' of 'subject' vindt dan nadien plaats.

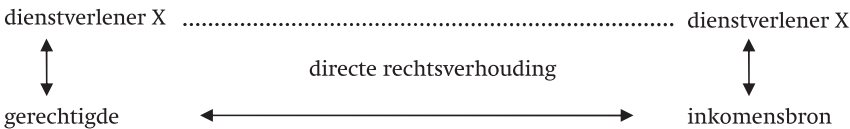
247 Wellicht komt 'Mr. Cellofane', een personage uit de musical Chicago, voor deze vorm van fiscale transparantie in aanmerking. Ik betwijfel echter of de Inland Revenue Service zijn klacht, dat niemand hem ziet staan, ook voor fiscale doeleinden zal respecteren.

248 Haelterman 1992, blz. 33.

nader uit om de ‘beïnvloeding’ te duiden die vanuit Nederlands perspectief uitgaat van Anglo-Amerikaanse trusts.

3.4.1 **Louter economische of fysische intermediatie**

Onder louter economische of fysische intermediatie wordt de situatie begrepen waarin een derde uitvoering geeft aan een handeling ten behoeve van het subject en/of object, zonder dat de juridische relatie tussen de gerechtigde tot het inkomen en de inkomensbron zelve wordt beïnvloed.²⁴⁹ Als plastisch voorbeeld kan de kennis worden genoemd die de eigenaar van een boomgaard assisteert bij het plukken van appels en deze bij hem aflevert. Ook kan worden gedacht aan de bancaire instelling die een betaling namens een debiteur uitvoert of een vastgoedmakelaar die partijen bijeen brengt.²⁵⁰ In zijn algemeenheid gesproken, wordt de situatie bedoeld waarin een derde – veelal in de hoedanigheid van dienstverlener – handelingen verricht, zonder partij te zijn bij de onderliggende rechtsverhouding die tussen de contracterende partijen bestaat. Grafisch kan deze situatie als volgt worden voorgesteld:²⁵¹



Bij louter economische of fysische intermediatie is, vanwege de afwezigheid van een juridische beïnvloeding van de band tussen inkomensgenieter en inkomensbron altijd sprake van fiscale transparantie. Daarbij vindt de intermediatie plaats in de relatie tot de genieter dan wel de inkomensbron en blijft de verhouding tussen beide onaangetast.

De omschrijving ‘louter economische of fysische intermediatie’ kan naar mijn mening tot onbedoelde verwarring leiden. Allereerst kan worden opgemerkt dat het optreden van een zakelijke dienstverlener, die een ‘economisch belang’ heeft bij het uitvoeren van de transactie, wel degelijk ook een juridische dimensie kent. In zoverre is de term ‘louter economische of fysische intermediatie’ wellicht misleidend.

Voorts blijkt uit de schematische weergave dat een louter fysische of economische intermediatie niet tot een daadwerkelijke ‘tussenkomst’ leidt. Vanuit het gezichtspunt dat ook een louter fysische of economische intermediatie wellicht een relevante tussenkomst tot gevolg zou kunnen hebben, is een bespreking van deze categorie nog wel te rechtvaardigen; de intermediatie is echter zo gering dat deze tot de periferie van het onderwerp moet worden gerekend. Gezien het voorgaande kan de ‘louter economische of fysische intermediatie’ naar mijn mening met evenveel recht – mogelijk ook bezwaar – buiten het begrip ‘intermediatie’ worden geplaatst.

3.4.2 **Horizontale juridische intermediatie**

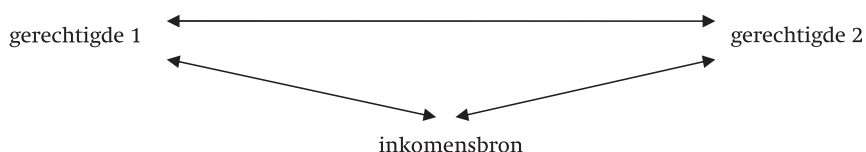
Van horizontale juridische intermediatie is sprake, indien twee rechtssubjecten – die ieder afzonderlijk een rechtstreekse band hebben met een inkomensbron – eveneens tot

249 Haelterman 1992, blz. 32-33. In deze gevallen is dan ook geen sprake van de figuur ‘vertegenwoordiging’.

250 Haelterman 1992, blz. 33.

251 Haelterman 1992, blz. 34. In de weergave van deze intermediatievorm zijn het geval waarin de dienstverlener optreedt ten behoeve van de genieter en de situatie waarin deze handelt met betrekking tot de inkomensbron in één figuur geplaatst.

elkaar in een rechtsbetrekking staan. De rechtsverhouding tussen de subjecten onderling kan daarbij van nevenschikte aard zijn. Grafisch kan dit als volgt worden weergegeven:



De onderlinge rechtsverhoudingen laten de lijn tussen de gerechtigden en de inkomensbron weliswaar onveranderd, maar deze kunnen desalniettemin van invloed zijn op de relatie ten aanzien van de inkomensbron. In hun bijdrage 'Fiscal Transparency' beschrijven Easson en Thuronyi deze situatie als volgt:²⁵²

'There are a great variety of ways in which ownership interests in investment property or in a business may be split up among different participants. In the case of investment property, there can be a pure co-ownership arrangement (such as joint tenancy), in which two or more persons each own a fraction of the property.'

Naar Nederlandse maatstaven kunnen in de eerste plaats de figuren van onverdeelde eigendom en mede-eigendom worden genoemd. In het verlengde daarvan kunnen meer complexe rechtsfiguren als de maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap als voorbeeld van horizontale juridische intermediatie worden genoemd,²⁵³ waarbij de gemeenschappelijke (economische) eigendom een belangrijke rol speelt. Bij deze rechtsfiguren ontstaan, in aanvulling op de gemeenschappelijkheid, verschillende onderlinge rechten en verplichtingen. De rechtsverhoudingen tussen de subjecten enerzijds en hun rechtsbetrekkingen met het heffingsobject anderzijds beïnvloeden elkaar wederzijds. Aldus ontstaat een 'driehoeksrelatie' die tot fiscale non-transparantie aanleiding zou kunnen geven.

Bij ongecompliceerde varianten als gemeenschappelijke eigendom of mede-eigendom ligt non-transparantie niet voor de hand, aangezien ieder subject voor zijn partiële betrokkenheid bij het object in de heffing kan – en doorgaans ook zal – worden begrepen.²⁵⁴ Anders geformuleerd, de (wederzijdse) invloed die uitgaat van de simultane gerechtigdheid is onvoldoende om tot non-transparantie te concluderen. Indien de afzonderlijke fracties worden beschouwd, is naar mijn mening in wezen geen sprake van een intermediatie. Uiteraard vragen de figuren van horizontale juridische intermediatie, waarbij naast een (economische) mede-eigendom aanvullende wederzijdse rechten en verplichtingen ontstaan, om een meer genuanceerde opstelling. In die gevallen kan de relatie tussen de gerechtigde en de bron verbroken zijn, hetgeen *in abstracto* een oorzaak voor non-transparantie kan zijn.

3.4.3 Juridische intermediatie met vertegenwoordiging

Juridische intermediatie met vertegenwoordiging is aan de orde, indien een derde als vertegenwoordiger op naam en voor rekening van de gerechtigde rechtshandelingen verricht. De tussenpersoon intervenueert in dat geval in de rechtstreekse band tussen het subject en object, hetgeen als volgt kan worden uitgebeeld:

252 Easson en Thuronyi 1998, blz. 926.

253 Overigens spelen bij die rechtsfiguren ook vertegenwoordigingskwesties een rol, zoals bedoeld in paragraaf 3.4.3.

254 Easson en Thuronyi 1998, blz. 926-927.



Het tussenniveau is hier, anders dan in de oorspronkelijke voorstelling van Haelterman, bewust door mij met een stippellijn getekend. Daarmee wordt duidelijker tot uitdrukking gebracht dat de rechtstreekse band tussen de genietende en de inkomensbron, ondanks de aanwezigheid van het tussenniveau, nog steeds zichtbaar is. Dit vloeit voort uit het feit dat het tussenniveau 'in naam en voor rekening van' de gerechtigde/principaal werkzaam is. Als voorbeeld van deze intermediatievariant kan de rechtsfiguur van onmiddellijke vertegenwoordiging krachtens volmacht worden genoemd.²⁵⁵ Kenmerkend is dat de tussenpersoon handelt op naam en voor rekening en risico van de principaal en zelf geen partij wordt bij de gesloten overeenkomst. De onmiddellijke vertegenwoordiging kan echter ook op een andere juridische grondslag zijn gebaseerd, zoals de wettelijke vertegenwoordiging door een ouder, voogd of bewindvoerder, dan wel de vertegenwoordiging van een rechtspersoon door haar bestuurders.²⁵⁶ Ondanks de mogelijke fiscale non-transparantie van het tussenniveau zelf, kan worden geconcludeerd dat de rechtsband tussen de gerechtigde en het object niet is verbroken. Het komt mij voor dat fiscale non-transparantie doorgaans niet aan de orde is bij de juridische intermediatie met vertegenwoordiging.

3.4.4 Niet-discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging

Als nog verdergaande juridische intermediatie onderscheidt Haelterman de categorie 'niet-discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging'. Deze intermediatievariant is aan de orde, indien:²⁵⁷

'de (tussen)persoon zelf een rechtshandeling gaat stellen zonder verwijzing naar enige opdrachtgever, doch dit doet voor rekening van een ander rechtssubject dat de opbrengsten en lasten van de aangeane rechtshandeling verkrijgt of draagt. Bij deze vorm van intermediatie treedt bijgevolg een tussenpersoon op in eigen naam doch voor rekening van een derde, de uiteindelijke genietende van het inkomen.'

Het standaardvoorbeeld binnen deze categorie is 'commissieairverhouding'.²⁵⁸ De commissieair handelt op eigen naam, maar voor rekening en risico van de principaal. In deze categorie wordt de nadruk gelegd op het aspect van de 'naamlening'. De fixatie op het 'in eigen naam' optreden van het tussenniveau – en daarmee het anoniem blijven van de uiteindelijke gerechtigde – dringt de uiteindelijk tot stand gebrachte rechtshandeling ten behoeve van de principaal naar de achtergrond.²⁵⁹ Alhoewel in deze categorie dan ook niet van vertegenwoordiging wordt gesproken, is kenmerkend dat het tussenniveau contractueel gehouden is om het verkregene aan de achterliggende gerechtigde af te staan.²⁶⁰

De juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging kan als volgt worden uitgebeeld:

255 Zie titel 3, boek 3 BW (art. 3:60 BW e.v.).

256 Zie nader Hijma en Olthof 2010, nr. 73.

257 Haelterman 1992, blz. 37-38.

258 Voor de commissieairverhouding ontbreekt een specifieke regeling. Daarvoor dient te worden aangesloten bij de regels van het gemene recht, meer in het bijzonder de regeling ten aanzien van 'lastgeving' (art. 7:414 BW e.v.).

259 In ieder geval kan, naar Nederlands recht beoordeeld, in deze gevallen zonder meer sprake zijn van middellijke vertegenwoordiging. Overigens geldt op grond van art. 3:110 BW voor roerende zaken die door bezitsverschaffing worden verkregen 'de directe leer', zodat de achterman in plaats van de tussenpersoon het bezit en de eigendom verkrijgt. Zie Hijma en Olthof 2010, nr. 146-147.

260 Haelterman 1992, blz. 40, spreekt van een 'contractuele doorstortingsverplichting'.



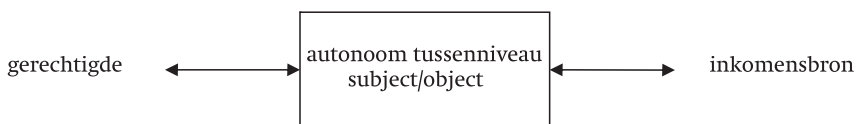
In tegenstelling tot de vorige figuur, is de buitenzijde van het tussenniveau in deze voorstelling met een doorgetrokken lijn weergegeven. Hiermee wordt geïllustreerd dat de achterliggende gerechtigde en de inkomstenbron niet met elkaar in een rechtstreekse relatie staan. Overigens dient te worden opgemerkt dat deze vorm van presentatie van het tussenniveau niet betekent dat het tussenniveau ook fiscaal non-transparant is.

Voorts is in deze figuur de rechtstreekse band tussen het subject en object verbroken, aangezien deze niet langer in een rechtstreekse juridische relatie met elkaar staan. De twee lijnen, die binnen het tussenniveau bijeenkomen, vormen tezamen echter één lijn. Hiermee wordt aangegeven dat in economische zin het tussenniveau geen betekenis heeft, aangezien deze voor rekening en risico van het achterliggende subject handelt. Het tussenniveau dient het verkregene immers aan de gerechtigde als uiteindelijke genietster ter hand te stellen.

3.4.5 Discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging

De meest vergaande vorm van juridische intermediatie is die waarbij een discretionair tussenniveau optreedt zonder dat sprake is van vertegenwoordiging en daarbij tevens handelt voor 'eigen rekening en risico'. Het tussenniveau is in de strikte zin van het woord – hoewel deze term hierna nog wel wordt gehanteerd – niet langer als 'tussenniveau' te beschouwen.²⁶¹ De interveniërende, juridische elementen van het tussenniveau zijn dusdanig overheersend dat de directe relatie tussen de oorspronkelijke gerechtigde en de inkomensbron is verbroken. Hierdoor is de aanvankelijk rechtstreekse band tussen het originele subject en het originele object niet langer zichtbaar.

Beschouwd vanuit het perspectief van de uiteindelijke genietster zal de interveniërende rechtsverhouding doorgaans de positie van object hebben overgenomen van de initiële inkomensbron. Vanuit de positie van de achterliggende inkomensbron bezien, heeft de tussenliggende rechtsverhouding het aanvankelijke subject vervangen. Het tussenniveau heeft derhalve een tweeledig karakter. Het is tegelijkertijd een subject en – instellingen van de doode hand daargelaten – een object.²⁶² Grafisch kan deze categorie als volgt worden voorgesteld.



Bij deze intermediatiecategorie kan in eerste instantie worden gedacht aan rechtspersoonlijkheid bezittende entiteiten. Hiertoe is deze categorie echter niet beperkt. Ook andere rechtsfiguren kunnen, indien voldoende verzelfstandigd, een autonoom aangrijp-

²⁶¹ De rechtsfiguur is als een 'zelfstandige entiteit' te beschouwen. Zie Haelterman 1992, blz. 41.

²⁶² Ingeval de intermediatie wordt veroorzaakt door een 'instelling van de doode hand' is het tussenniveau, vanwege diens juridische vormgeving, uitsluitend een subject. Als gevolg van het ontbreken van 'een economische deelgerechtigdheid' kan het tussenniveau zelf geen object vormen voor het oorspronkelijke subject en verliest het oorspronkelijke subject iedere (rechts)band met het oorspronkelijke object.

pingspunt voor de belastingheffing vormen. Haelterman legt als criterium aan dat de rechtsfiguur voor 'eigen rekening en risico' optreedt, hetgeen aan de orde is indien de rechtsfiguur functioneert als:²⁶³

'autonomo juridisch en economisch niveau dat in een rechtsverhouding staat tot de originele inkomstenbron en discretionair beslist welke aanwending aan de inkomsten zal worden gegeven'.

Overigens verdient het begrip 'voor eigen rekening en risico' in het kader van het kwalificatievraagstuk nadere precisering. In een ultra-economische benadering is immers vol te houden dat het economische belang bij een rechtsvorm uiteindelijk altijd neerslaat bij een natuurlijke persoon,²⁶⁴ en is het niet mogelijk dat een rechtsvorm voor 'eigen rekening en risico' optreedt. Een dergelijke interpretatie heeft echter tot gevolg dat de zelfstandigheid van iedere rechtsvorm wordt geminimaliseerd. Gegeven het aanmerken van rechtspersonen als zelfstandige entiteit, heeft de wetgever klaarblijkelijk een andere invulling voor ogen gehad. Het handelen voor eigen rekening en risico, zoals dat als wezenskenmerk van een zelfstandige entiteit door de wetgever is aangenomen, dient dan op andere wijze te worden benaderd. Het voor eigen rekening en risico optreden van een rechtsfiguur dient te worden opgevat als het 'niet-rechtstreeks voor andermans rekening en risico' optreden. Hier kunnen twee soorten gevallen worden onderkend, hetgeen hierna wordt toegelicht.

In de eerste plaats kan worden gewezen op de categorie rechtspersonen in de klassieke betekenis van het woord. De rechtspersoonlijkheid veroorzaakt een 'verstoring' in de bestaande economische verhoudingen. Deze komt het duidelijkste naar voren bij incidenten als eigendoms- en aansprakelijkheidsvraagstukken, alsmede faillissement. De eigen positie van de rechtspersoon ten opzichte van de achterliggende gerechtigden brengt in die gevallen een evidente wijziging in de juridische en economische realiteit.

In de tweede plaats kan van 'niet-rechtstreekse optreden' worden gesproken, indien de intermediatie meebrengt dat iedere juridische en economische band van de oorspronkelijk gerechtigde met het achterliggende object wordt verbroken. Deze situatie kan, als verbijzondering van de eerdere weergave, tot uitdrukking worden gebracht door te benadrukken dat de achterliggende gerechtigde geen enkele (rechts)band onderhoudt tot het tussenniveau. De gerechtigde koestert uitsluitend nog een verwachting, die wordt aangegeven met de stippellijn:

oorspronkelijk
gerechtigde

autonomo tussenniveau
subject/object

inkomensbron

De juridische en economische zelfstandigheid wordt dan gebaseerd op de onafhankelijke opstelling van de entiteit ten opzichte van de achterliggende betrokkenen. In deze variant ligt de nadruk op het 'niet optreden ten behoeve van andermans rekening en risico', aangezien het tussenniveau tot gevolg heeft dat het object in zekere zin voor 'niemand anders' wordt aangehouden. Zulks is het geval bij 'instellingen van de doode hand', die immers geen achterliggende gerechtigden kennen. Bijvoorbeeld in het geval van een stichting ontbreken achterliggende gerechtigden, zodat geen kanaal – in de zin van een aandeel, participatie of medegerechtigdheid – bestaat ten aanzien van het oorspronke-

263 Haelterman 1992, blz. 41.

264 Zie de eerder aangehaalde opmerkingen van ministers Oud en Cort van der Linden in paragraaf 2.7.2.

lijke object. Het ontbreken van een kanaal is exemplarisch voor de aanwezigheid van een op zichzelf staand 'doelvermogen'.

Ten slotte worden in het kader van dit intermediatieschema nog de rechtsvormen met een 'open karakter' genoemd. Ook deze rechtsvormen worden binnen de opzet van de Wet Vpb 1969 gezien als rechtsvormen die 'een eigen bestaan' leiden, onafhankelijk van de achterliggende personen. Opvallend is dat de juridische grondstructuur van deze open rechtsvormen een rechtstreekse toerekening aan de achterliggende gerechtigden in beginsel niet lijkt te verhinderen. Het is vanuit de steunfunctie gezien dan ook niet noodzakelijk om de 'open rechtsvorm' als toerekeningscentrum aan te wijzen. De reden daarvan is, zoals besproken, gelegen in de vergelijkbaarheid van deze rechtsfiguren met kapitaalvennootschappen. De (rechts)band van de achterliggende gerechtigden tot het object wordt namelijk van ondergeschikt belang geacht. De wetgever heeft de positie van deze gerechtigden vergelijkbaar geacht met aandeelhouders in een kapitaalvennootschap. Deze gelijkenis is door de wetgever met name gezocht in de maatschappelijke en functionele sfeer, zoals die tot uitdrukking komt in de 'vrije toe- en uittreding'. In het 'open karakter' van de rechtsvorm zou tot uitdrukking komen dat de invloed en betrokkenheid van de achterliggende participanten in beginsel beperkt zijn. De rechtsvorm heeft in zekere zin een eigen 'discretionaire beslissingsbevoegdheid'. Daarnaast is in het mogelijke voortbestaan van de rechtsfiguur, onafhankelijk van de achterliggende participanten, een vorm van verzelfstandiging te onderkennen. De juistheid van de veronderstelling van de wetgever daargelaten, kan worden geconcludeerd dat de 'open rechtsvormen' eigenlijk moeilijk te plaatsen zijn binnen het hier beschreven intermediatieschema.²⁶⁵ De veronderstelde gelijkheid komt immers in de juridische structuur van deze rechtsvormen eigenlijk niet tot uitdrukking.

3.5 DE JURIDISCHE INTERMEDIATIE VAN DE ANGLO-AMERIKAANSE TRUST

De voorgaande intermediatieschema's geven inzicht in de abstracte oorzaken van fiscale non-transparantie. Hierna wordt een globale analyse gegeven van de 'beïnvloeding' die een Anglo-Amerikaanse trust oproept in het licht van deze intermediatievormen. De rechtsverhoudingen die als gevolg van een trustinstelling ontstaan, hebben immers tot gevolg dat de band van het oorspronkelijke subject (settlor) met het achterliggende object (inkomensbron) wijziging ondergaat, waardoor mogelijk fiscale non-transparantie kan optreden. Opvallend daarbij is dat in trustverhoudingen een ander subject (beneficiary) een (toekomstige) relatie kan verkrijgen tot het object (trust *res*). Aangezien ook de beneficiary het object als gevolg van de trustinstelling niet-(rechtstreeks) verkrijgt, kan ten aanzien van hem eveneens worden gesproken van een juridische intermediatie.

De juridische intermediatie die optreedt in de relatie tussen de betrokken subjecten (settlor/beneficiary) en het object (trust *res*) is terug te voeren op de rechtsverhoudingen die uit de trustinstelling voortvloeien. De bijzondere rechtspositie van de trustee, op wie als gevolg van de trustinstelling een complex van bevoegdheden/verplichtingen met betrekking tot de trust *res* en de daarbij betrokken subjecten rust, is de basis van de intermediatie. In het bijzonder wordt de daarmee verband houdende rechtspositie van de gerechtigden (beneficiaries) ten opzichte van de trust *res* bepaald door het complex van (persoonlijke) acties tegen de trustee. Deze onderlinge rechtsverhoudingen maken dat de Anglo-Amerikaanse trustfiguur een juridische intermediatie tot gevolg heeft. In hun beschouwing over 'transparency' geven Easson & Thuronyi dan ook aan dat trusts in het kader van het kwalificatieleerstuk tot vergelijkbare vragen leiden als 'partnerships'.²⁶⁶

265 De open rechtsvormen kunnen wellicht tot de categorie van de 'horizontale juridische intermediatie' worden gerekend.

266 Easson en Thuronyi 1998, blz. 950.

'Trusts raise a similar problem to partnerships in that it is necessary to decide whether to allocate the income of the trust to the beneficiaries for tax purposes and, if so, how. In theory a trust could be treated as a separate taxable entity and be taxed on the entire amount of the income from the trust property without regard to amounts distributed to beneficiaries, who would presumably receive such amounts free of tax.'

Hierna wordt de Anglo-Amerikaanse trust beoordeeld vanuit het perspectief van de verschillende intermediatieschema's. Deze analyse houdt een 'prima facie'-beoordeling in van de juridische intermediatie die volgt uit een trustverhouding en is bedoeld om te beoordelen in welke intermediatiecategorie deze rechtsvorm dient te worden geplaatst. Op deze wijze wordt een abstract beeld geschetst van de invloed die uitgaat van de Anglo-Amerikaanse trust op de onderlinge rechtsverhoudingen en de rechtsverhoudingen tot het afgezonderde vermogen. Het beeld dient als kennismaking met de Anglo-Amerikaanse trust als te kwalificeren rechtsvorm. De daadwerkelijke fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust binnen het Nederlandse fiscale stelsel vindt plaats in hoofdstuk 8.

3.5.1 Louter fysische en economische intermediatie

Indien het schema van de louter fysische en economische intermediatie wordt vergeleken met de rechtsverhoudingen die ontstaan in het kader van een trustinstelling, dan is dat schema niet van toepassing op de Anglo-Amerikaanse trust. Anders dan bij de louter fysische en economische intermediatie, beïnvloeden de rechtsverhoudingen die uit een Anglo-Amerikaanse trustfiguur voortvloeien duidelijk de relatie tussen de gerechtigde(n) en het object. Zowel in het geval van een fixed als een discretionary trust staat de oorspronkelijke gerechtigde, noch een andere persoon, in een ongestoorde rechtsverhouding tot het onder trustverband gestelde vermogen en/of inkomen. De trustee is als 'legal owner' van het trustvermogen bevoegd daarover op basis van een eigen juridische grondslag te beschikken. De intermediatie die volgt uit een trustinstelling beperkt zich dan ook niet uitsluitend tot het (oorspronkelijke) subject of het (achterliggende) object, zoals bij een louter fysische of economische intermediatie het geval is. De hier besproken intermediatiecategorie is naar mijn mening dan ook niet van toepassing op Anglo-Amerikaanse trusts.

3.5.2 Horizontale juridische intermediatie

Bij een beschouwing van de Anglo-Amerikaanse trust vanuit het perspectief van deze intermediatievorm lijkt iedere analogie op het eerste gezicht afwezig. Weliswaar kunnen meer beneficiaries gelijktijdig gerechtigd zijn tot het genot van een onder trustverband gebrachte zaak,²⁶⁷ maar deze situatie is slecht vergelijkbaar met de hiervoor beschreven horizontale juridische intermediatie. De beneficiaries hebben ten opzichte van elkaar en het trustvermogen in beginsel namelijk geen verplichtingen.²⁶⁸

'Unless a beneficiary is also a trustee or unless an obligation is imposed by provision of the trust (in which she expressly or impliedly accepted her interest), the beneficiary owes no affirmative fiduciary or other duties to the co-beneficiaries or to the trust estate.'

267 In dat geval is sprake van 'concurrent interests'. Zie uitgebreid Zwolve 2000, blz. 109-112. De beneficiaries worden dan doorgaans gezien als 'tenants in common', zie Bogert 1987, blz. 38, blz. 138. Overigens kan een equitable title ook in 'joint tenancy' worden gehouden. Een legal title kan daarentegen uitsluitend in 'joint tenancy' worden gehouden. Zie Thomas en Hudson 2004, blz. 1751.

268 Zie Halbach jr. 2000, blz. 160. Beneficiaries dienen zich overigens wel te onthouden van handelingen die een 'breach of trust' kunnen bewerkstelligen of bevorderen.

In het verlengde van het voorgaande kan nog worden opgemerkt dat alle beneficiaries gezamenlijk de trustverhouding kunnen doen beëindigen, onder de voorwaarde dat geen nieuwe 'equitable interests' meer kunnen ontstaan. De beneficiaries kunnen daarbij zelfs, afhankelijk van het van toepassing zijnde trustrecht, tegen de wens van de settlor in de trustee verplichten de onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen aan hen over te dragen.²⁶⁹ Hieraan zou de gevolgtrekking kunnen worden verbonden dat de beneficiaries elkaar in wezen tot het trustverband kunnen veroordelen, zolang over de beëindiging daarvan geen overeenstemming wordt bereikt. Hoewel het collectief van beneficiaries in bepaalde gevallen het trustverband kan opheffen, betekent dat niet dat tot die tijd sprake is van een 'onverdeelde eigendom van het trustvermogen'. Zolang het trustverband op de vermogensbestanddelen rust is de trustee daarvan in juridisch opzicht de enige 'eigenaar' en beschikken de beneficiaries – bij een fixed trust – uitsluitend over een 'equitable title'.²⁷⁰ Het feit dat de trustgoederen ooit in 'eigendom' kunnen worden verkregen rechtvaardigt niet dat reeds op een eerder moment van een 'onverdeelde eigendom' kan worden gesproken.

Het schema van de horizontale juridische intermediatie is naar mijn mening dan ook niet toepasselijk ten aanzien van een trustverhouding en kan dan ook niet worden gezien als een correcte weergave van de juridische intermediatie die als gevolg daarvan optreedt.

3.5.3 Juridische intermediatie met vertegenwoordiging

De juridische intermediatie met vertegenwoordiging vertoont sterke gelijkenissen met de Anglo-Amerikaanse figuur 'agency', maar laat tegelijkertijd essentiële verschillen zien met de trustfiguur.²⁷¹ Zo treedt de trustee bijvoorbeeld niet op 'in naam van' de settlor en evenmin in naam van de beneficiaries. Ook de verplichtingen die de trustee aangaat, komen in beginsel voor zijn eigen rekening.²⁷² Anders dan de 'agent', handelt de trustee niet op basis van een persoonlijke overeenkomst met de settlor, waardoor bijvoorbeeld het overlijden van de settlor geen gevolgen heeft voor de trustverhouding.²⁷³ Ten slotte wordt bij de trustfiguur, anders dan bij een vertegenwoordigingsverhouding, de 'legal title' van de goederen aan de trustee overgedragen en heeft de trustee macht over deze goederen ten behoeve van de begunstigten.²⁷⁴ De 'juridische intermediatie met vertegenwoordiging' wijkt dan ook op diverse punten af van de juridische intermediatie die voortvloeit uit een trustverhouding en is daarmee geen correcte weergave van de intermediatie die uit een trustverhouding volgt.

3.5.4 Niet-discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging

Naast de commissionairverhouding noemt Haelterman – in zijn algemeenheid – fiduciaire eigendomsverhoudingen als voorbeelden van een 'niet-discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging'. Vervolgens noemt hij de 'fixed trust' in het bijzonder.²⁷⁵ Uitgaande van de omschrijving van deze intermediatiecategorie kan deze conclusie overigens geen verbazing wekken. De trustee van een fixed trust heeft immers geen discretionaire bevoegdheden ten aanzien van de distributie van het trustvermogen en de daaruit opgekomen inkomsten. Evenmin is de trustee, zoals in de paragraaf hiervóór werd

269 Zie paragraaf 6.4.3.

270 Aertsen 2004, blz. 88-89.

271 Voor de verschillen tussen de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguren *trust* en *agency* kan worden verwezen naar Underhill en Hayton 2003, blz. 7-9, Bogert 1987, § 16, Halbach jr. 2000, blz. 7-8 en American Law Institute, Part 1, Ch. 1, § 5(e).

272 Hierop kunnen weliswaar uitzonderingen worden gemaakt, hetgeen ook veelvuldig voorkomt in de praktijk, maar in beginsel is de trustee zelf aansprakelijk voor de verbintenissen die hij aangaat. Zie Bogert 1987, § 16, blz. 36.

273 Underhill en Hayton 2003, blz. 7-9 en Bogert 1987, § 16, blz. 35-38.

274 Ibid.

275 Haelterman 1992, blz. 40.

beschreven, als vertegenwoordiger aan te merken. De trustee handelt in zijn hoedanigheid van eigenaar naar 'common law' en beheert het trustvermogen op eigen naam.

Belangrijker dan de mogelijk toevallige overeenkomst met de gekozen naam van deze intermedietatiecategorie is dat de trustee – in die hoedanigheid²⁷⁶ – geen economisch belang heeft bij het trustvermogen. In het geval van een fixed interest trust is de trustee gehouden de verkregen inkomsten – soms ook vermogen – volgens het bepaalde in de trustakte uit te keren aan de beneficiaries. Voorts heeft hij geen discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de verdeling van (de inkomsten uit) de trustgoederen. De gehoudenheid ten aanzien van de vooraf bepaalde uitdelingen, maakt dat deze met een 'doorstoringsverplichting' kan worden gelijkgesteld. Overigens wordt een dergelijke doorstortverplichting boekhoudkundig niet in aanmerking genomen.²⁷⁷ De verplichting tot het doen van toekomstige uitkeringen sluit aan bij de beschrijving van de niet-discretionaire intermedietatie zonder vertegenwoordiging. De fixed trust kan naar mijn mening worden ingedeeld binnen het vergaande intermedietatieschema van de juridische intermedietatie zonder vertegenwoordiging en kan tot non-transparantie aanleiding geven.

3.5.5 Discretionaire juridische intermedietatie zonder vertegenwoordiging

Indien een discretionary trust wordt vergeleken met de kenmerken van de discretionaire juridische intermedietatie zonder vertegenwoordiging, vertoont deze belangrijke overeenkomsten met deze intermedietatiecategorie. Allereerst kan – wederom – worden gewezen op de verschillen tussen de trust en de vertegenwoordigingsfiguur,²⁷⁸ die rechtvaardigen dat de trust wordt ingedeeld in een categorie waarbij de juridische intermedietatie niet is gebaseerd op een vertegenwoordigingsrelatie.

Vervolgens kan worden opgemerkt dat de discretionary trust, alhoewel deze geen rechtspersoonlijkheid bezit, in economische zin duidelijke trekken van zelfstandigheid vertoont. Hiertoe kan in de eerste plaats worden gewezen op de discretionaire bevoegdheden van de trustee die een 'economische verstoring' teweeg kunnen brengen in de voordien bestaande eigendomsverhoudingen.²⁷⁹ Daarbij kan de discretionaire bevoegdheid betrekking hebben op (een gedeelte van) het onder trustverband gestelde kapitaal en/of (een gedeelte van) de daaruit voortvloeiende inkomsten. Op grond van de trustinstelling ontstaat derhalve een tussenniveau dat zelfstandig kan beslissen omtrent de aanwending van het trustvermogen en/of de trustinkomsten.

In de tweede plaats kan worden gewezen op de juridische en economische verhoudingen die na instelling van een discretionary trust ontstaan. De beneficiaries beschikken uitsluitend over een 'blote verwachting' en hebben derhalve geen 'rechten' ten aanzien van het trustvermogen. Het trustvermogen, dat binnen het vermogen van de trustee een separate positie inneemt, komt daarmee in juridische en economische zin 'op zichzelf' te staan. Het zelfstandige karakter van de trustverhouding wordt nog meer benadrukt dan bij een fixed trust. De discretionary trust heeft dan ook tot gevolg dat het trustkapitaal en/of trustinkomen in rechtstreekse zin voor 'niemands rekening en risico' komt. Mijns inziens kan worden geconcludeerd dat de discretionary trust als interveniërende rechtsfiguur de

276 De trustee kan tegelijkertijd ook beneficiary zijn. Overigens kan de omvang van het beheerde vermogen de basis vormen voor de beheersvergoeding van de trustee.

277 Zie de voorbeelden in het praktijkhandboek Coopers & Lybrand Deloitte 1992.

278 Zie paragraaf 3.5.3.

279 Uiteraard kunnen de discretionaire bevoegdheden van een trustee aan banden zijn gelegd, bijvoorbeeld vanwege de aanwezigheid van een protector. Desalniettemin beschikt de trustee nog altijd over een ruime, autonome beslissingsbevoegdheid ten aanzien van het uitkeringsbeleid. Overigens houdt de aanwezigheid van een protector naar mijn mening geen beperking in van de omvang van de totale intermedietatie, aangezien in een dergelijk geval dezelfde beleidsvrijheid over twee personen is verdeeld.

band tussen inkomstgenieter en inkomstenbron heeft verbroken en daarmee tot de sterkst mogelijke vorm van intermediatie kan worden gerekend. Ook Haelterman komt tot deze conclusie.²⁸⁰

3.5.6 Conclusie omtrent de intermediatie van trusts

De uiteindelijke intermediatie van een rechtsfiguur – als (non-)transparante entiteit – is afhankelijk van de ‘impact’ van de tussenliggende rechtsfiguur op de relatie tussen het subject – de gerechtigde – en het oorspronkelijke object. Uit een *prima facie*-beoordeling van de Anglo-Amerikaanse trust in zijn algemeenheid, blijkt de daaruit volgende intermediatie te behoren tot de categorie van de ‘juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging’. De ‘fixed trust’ levert een ‘niet-discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging’ op, vanwege de gebondenheid van de trustee aan het bepaalde omtrent de verdeling van inkomen/vermogen in de trustakte. Bij een discretionary trust heeft de trustee de vrije beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de trustgoederen en het inkomen daaruit. Deze intermediatie behoort daarmee tot de categorie van de ‘discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging’.

De gevolgen van de impact van een rechtsfiguur – transparantie of geen transparantie – dienen te worden bepaald aan de hand van de fiscaal relevante aanknopingspunten die in het Nederlandse fiscale stelsel worden gehanteerd bij de fiscale kwalificatie van rechtsvormen. In de hoofdstukken hierna wordt onderzocht of de verstoring die volgt uit een Anglo-Amerikaanse trust op grond van de criteria voor fiscale zelfstandigheid binnen het Nederlandse belastingstelsel leidt tot fiscale non-transparantie. Alvorens de relevante criteria voor (non-)transparantie te bepalen, wordt hierna vastgesteld welke invloed de mogelijke herroepbaarheid van een trust heeft op de juridische intermediatie die als gevolg van de trustinstelling is ontstaan.

3.6 INVLOED VAN HERROEPELIJKHEID OP DE JURIDISCHE INTERMEDIATIE

In aanvulling op de verschillende intermediatieschema's en de ‘*prima facie*-beoordeling’ van de Anglo-Amerikaanse trust, wordt in deze paragraaf ingegaan op de vraag welke gevolgen de eventuele herroepelijkheid van een trustinstelling kan hebben op de intermediatie van een trustverhouding. De juridische intermediatie die uit de trustinstelling volgt, kan wijziging ondergaan indien de settlor zich ten tijde van de trustcreatie een ‘power to revoke’ heeft voorbehouden.²⁸¹ Op deze plaats wordt de invloed van de ‘power to revoke’ in abstracto beschreven. In paragraaf 8.4 wordt de invloed van de herroepingsmogelijkheid op het kwalificatievraagstuk geanalyseerd.

De invloed van de ‘power to revoke’ is evident in het geval de trustverhouding ook daadwerkelijk wordt herroepen. Alsdan vervallen de uit de trustinstelling voortvloeiende rechtsgevolgen en wordt de juridische intermediatie beëindigd met inachtneming van hetgeen dienaangaande in de trustakte is bepaald. Op deze plaats wordt in herinnering gebracht dat de herroeping geen terugwerkende kracht heeft. Van enige discussie over fiscale (non-)transparantie kan na de herroeping niet langer sprake zijn als gevolg van de principiële afwezigheid van een juridische intermediatie.

Aanzienlijk minder duidelijkheid bestaat ten aanzien van de invloed die de ‘power to revoke’ heeft op bestaande juridische intermediaties, zolang de settlor die bevoegdheid nog niet heeft uitgeoefend. In dat geval hangt de herroepingsmogelijkheid als ‘het zwaard van Damocles’ boven de juridische intermediatie die uit de trustinstelling voortvloeit. Op

280 Haelterman 1992, blz. 42.

281 Zie paragraaf 6.3.2.4.

dit punt kunnen twee zienswijzen worden onderkend die elkaar uitsluiten en geheel uiteenlopende gevolgen hebben.

In de eerste plaats kan de zienswijze worden genoemd waarin de mogelijkheid van herroeping niet van belang wordt geacht voor de bestaande juridische intermediatie die de trustinstelling meebrengt. Fundament van deze zienswijze is de gedachte dat uiteindelijk iedere rechtsverhouding kan worden beëindigd en eigenlijk 'alles voorlopig is'. Het is weliswaar mogelijk dat de intermediatie van een herroepelijke trustverhouding wordt beëindigd, maar – in deze zienswijze – hetzelfde kan worden gezegd van de niet-herroepelijke trustverhouding. In deze zienswijze wordt de intermediatie dan ook niet beoordeeld naar hetgeen nog kan komen, maar uitsluitend naar de toestand op het beoordelingsmoment. De onmogelijkheid om rekening te houden met omstandigheden die zich kunnen voordoen, maar niet behoeven voor te doen, vormt de kern van deze zienswijze.

In de tweede plaats kan worden betoogd dat de herroepelijkheid van de trustverhouding wel degelijk gevolgen heeft voor de juridische intermediatie. Indien de onherroepelijke en de herroepelijke trust worden vergeleken, dan heeft de vermogensafzondering in het eerste geval een (meer) definitief karakter. Hierbij gaat het niet zoezeer om de eventuele mogelijkheid dat de trustverhouding ooit wordt beëindigd; die mogelijkheid kan als gegeven worden verondersteld. In deze benadering wordt de invloed op de intermediatie gezocht in de afhankelijkheid – anders geformuleerd: de onzelfstandigheid – van de rechtsfiguur ten opzichte van de wil van de settlor. Om die reden is in de literatuur wel betoogd dat de herroepelijke trust als fiscaal transparant dient te worden behandeld ten opzichte van de settlor.²⁸²

3.7 CONCLUSIE EN DEFINITIES

In gevallen waarin een juridische intermediatie tot stand is gekomen, rijzen 'dadelijk intuïtieve reacties' ten aanzien van de fiscale kwalificatie.²⁸³ In dit hoofdstuk is getracht een theoretisch kader aan te reiken voor het kwalificatievraagstuk, waarmee de herkomst van deze intuïtieve reacties wordt blootgelegd. De opbouw van het kwalificatiemodel vindt plaats aan de hand van criteria die worden gebruikt om de fiscale kwalificatie van rechtsvormen bepalen. Om de criteria later vast te kunnen stellen is in dit hoofdstuk het kwalificatieleerstuk nader ontleed.

In de eerste plaats is ingegaan op de functie van het kwalificatieleerstuk als leerstuk ter duiding van een feitencomplex. Vervolgens is een nadere precisering gegeven van de begrippen fiscale (non-)transparantie, zoals die in het kader van het kwalificatieleerstuk naar voren komen. Hierbij heeft een nadere afbakening plaatsgevonden ten opzichte van de civielrechtelijke begrippen 'Durchgriff' en 'piercing the corporate veil'. Deze begrippen hebben een eigen civielrechtelijke betekenis en kunnen dan ook niet worden gebruikt als synoniem voor 'transparantie'.

Vervolgens is ingegaan op de afbakening van het begrip 'fiscale (non-)transparantie' ten opzichte van gevallen van (buiten)wettelijke transparantie. Bij wettelijke transparantie wordt op basis van een concrete wettelijke regeling een specifieke rechtsnorm boven de uitkomst van het kwalificatieproces gesteld. In het geval van buitenwettelijke transparantie wordt door de rechter in een concreet geval voorrang gegeven aan een andere, hogere rechtsnorm. In beide gevallen worden als gevolg van die afweging de consequenties van

282 Zie – zonder nadere voorwaarden – bijvoorbeeld Zwemmer 2000a, blz. 658, die toerekening aan de settlor bepleit. In de meeste gevallen wordt toerekening aan de settlor uitsluitend mogelijk geacht, indien aan de aanvullende voorwaarde is voldaan dat deze ook daadwerkelijk kan beschikken over het trustvermogen. Zie ook Van der Molen 1990, Ijzerman 1997, blz. 569 en De Bruin 1997, nr. 73, blz. 14.

283 Haelterman 1992, blz. 43.

de fiscale non-transparantie van een rechtsfiguur (gedeeltelijk) terzijde gesteld. Betoogd is dat die gevallen geen deel uitmaken van de begrippen transparantie en non-transparantie, zoals die worden gehanteerd in verband met het kwalificatieproces.

Voorts is het kwalificatieleerstuk besproken in relatie tot de (afwijkende) toerekening van inkomen en/of vermogen. Beide leerstukken liggen weliswaar in elkaars verlengde, maar de uitkomst van het kwalificatievraagstuk is uitsluitend bepalend voor het antwoord op de vraag of een rechtsvorm een potentieel toerekeningscentrum vormt. Het leerstuk omtrent de toerekening van vermogen en inkomen is bepalend voor het antwoord op de vraag aan 'wie' een object kan worden toegerekend. Daartoe dient te worden onderzocht welk subject een (rechts)band onderhoudt met het object op basis waarvan toerekening gerechtvaardigd is; een 'afwijkende toerekening' betekent dan ook niet dat een rechtsfiguur 'transparant' is.

De afbakening van de begrippen non-transparantie en transparantie, zoals die in het kader van dit onderzoek worden gehanteerd, leiden tot de volgende definities:

'Fiscale non-transparantie is de uitkomst van het fiscale kwalificatieproces, waarbij een rechtsvorm op basis van zijn civielrechtelijke kenmerken als zelfstandige entiteit wordt aangemerkt binnen het fiscale stelsel. De non-transparante rechtsvorm is een fiscaal rechtssubject en een potentieel toerekeningscentrum van inkomen en/of vermogen.'

'Fiscale transparantie is de andere uitkomst van het kwalificatieproces, waarbij de rechtsvorm op basis van zijn civielrechtelijke kenmerken wordt gezien als een onzelfstandige entiteit voor toepassing van het fiscale stelsel. De transparante rechtsvorm is geen rechtssubject en kan evenmin dienen als toerekeningscentrum. Het inkomen en vermogen dat samenhangt met de rechtsvorm wordt toegerekend aan achterliggende rechtssubjecten, alsof de rechtsvorm niet bestaat.'

Tevens is geconcludeerd dat het fenomeen van 'onvolkomen fiscale transparantie', zoals beschreven door Haelterman, geen onderdeel vormt van het kwalificatieleerstuk. De onvolkomen fiscale transparantie maakt bij de fiscale kwalificatie geen deel uit van het begrip 'transparantie', maar is een verschijningsvorm van 'non-transparantie'.

Vervolgens zijn de verschillende intermediatievormen en de achterliggende oorzaken van non-transparantie onderzocht. Deze schema's geven inzicht in de mate waarin de rechtstreekse lijn tussen het subject en het object in stand blijft bij de verschillende vormen van juridische verstorings. Hierbij zijn achtereenvolgens in oplopende gradatie van verstoring de volgende vormen van intermediaatatie beoordeeld:

- de louter economische of fysische intermediaatatie;
- de horizontale juridische intermediaatatie;
- de juridische intermediaatatie met vertegenwoordiging;
- de niet-discretionaire juridische intermediaatatie zonder vertegenwoordiging; en
- de discretionaire juridische intermediaatatie zonder vertegenwoordiging.

De uiteindelijke intermediaatatie van een rechtsfiguur is afhankelijk van de 'impact' van de tussenliggende rechtsfiguur op de relatie tussen het oorspronkelijke subject en object. De gevolgen van de impact van een rechtsfiguur – transparantie of geen transparantie – dienen te worden bepaald aan de hand van de fiscaal relevante aanknopingspunten die in het Nederlandse fiscale stelsel worden gehanteerd bij de fiscale kwalificatie van rechtsvormen. Uit een *prima facie*-beoordeling van de Anglo-Amerikaanse trust blijkt de daaruit volgende intermediaatatie tot de categorie van de 'juridische intermediaatatie zonder vertegenwoordiging' te behoren. De 'fixed trust' levert een 'niet-discretionaire juridische intermediaatatie zonder vertegenwoordiging' op, vanwege de gebondenheid van de trustee aan het bepaalde omtrent de verdeling van inkomen/vermogen in de trustakte. Bij een discretionary trust heeft de trustee de vrije beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de trustgoede-

ren en het inkomen daaruit. Deze intermediatie gaat nog verder en wordt de discretionaire juridische intermediatie zonder vertegenwoordiging genoemd. Ten slotte heb ik met betrekking tot de mogelijkheid om de trustinstelling te herroepen twee concurrerende zienswijzen onderscheiden ten aanzien van het effect op de juridische intermediatie.

4 De vennootschapsbelastingdimensie van het kwalificatieleerstuk

4.1 INLEIDING

Bij de beschrijving van de opzet van het Nederlandse fiscale stelsel zijn de kenmerkende elementen aan de orde gekomen die samenhangen met de ‘subjectgerichtheid’ van het belastingstelsel. Vervolgens zijn de theoretische oorzaken van fiscale (non-)transparantie *in abstracto* uitgewerkt. De voorgaande schema’s geven echter nog geen antwoord op de vraag of een specifieke rechtsvorm *in concreto* binnen de context van het Nederlandse belastingstelsel als non-transparante entiteit dient te worden beschouwd.

Hierna wordt onderzocht welke criteria worden aangelegd – en dus niet: moeten worden aangelegd – bij de beoordeling van een rechtsfiguur als zelfstandige entiteit voor toepassing van het Nederlandse fiscale stelsel. Bij het onderzoek naar de kwalificatiecriteria wordt de gedachte aangehouden van een juridische intermediatie, zoals die ook is gevolgd bij de vaststelling van de theoretische oorzaken van fiscale (non-)transparantie in hoofdstuk 3. Hiervan uitgaande kan de fiscale zelfstandigheid van een rechtsvorm op twee niveaus tot uitdrukking komen. De fiscale (non-)transparantie kan worden beoordeeld op het niveau van de tussengekomen rechtsfiguur en door de verandering in de gerechtigdheid van het subject tot het object als gevolg van de intermediatie te analyseren. Beide benaderingen – die nauw samenhangen – worden ten behoeve van de inzichtelijkheid vanuit twee invalshoeken onderzocht voor de vaststelling van de relevante criteria in het kader van het kwalificatiemodel.

In de eerste plaats wordt beoordeeld in hoeverre de tussengekomen rechtsfiguur voldoet aan de karakteristieken van een fiscaal non-transparante entiteit. Hierbij wordt beoordeeld welke kenmerken een intermediatie dient te bezitten, alvorens deze als een ‘zelfstandige entiteit’ wordt aangemerkt voor toepassing van het Nederlandse fiscale stelsel. Uitgedrukt in de sfeer van de grafische voorstellingen in hoofdstuk 3 wordt onderzocht of ‘het blokje’ op de lijn tussen het subject en object – als zodanig beoordeeld – een autonoom tussenniveau vormt. Deze invalshoek – die in dit hoofdstuk centraal staat – vormt de geëigende benadering van het kwalificatievraagstuk en noem ik de ‘vennootschapsbelastingdimensie’.

In de tweede plaats kan het transparantievraagstuk worden beoordeeld vanuit het perspectief van het achterliggende subject en *zijn* gerechtigdheid tot het object. Het betreft hier de andere kant van ‘de transparantiemedaille’, waarbij wordt beoordeeld of het optreden van een intermediatie tot gevolg heeft dat voor het subject een andere (dan rechtstreekse) gerechtigdheid is ontstaan ten aanzien van het achterliggende object. Uitgedrukt in de sfeer van de grafische voorstellingen in hoofdstuk 3 wordt hier ‘de lijn’ die vanuit het subject in de richting van het achterliggende object gaat, nader onderzocht. In deze benadering staat de gerechtigdheid vanuit het (oorspronkelijke) subject centraal. Hoewel ook toepasbaar vanuit het perspectief van een rechtssubject/niet-natuurlijke persoon, noem ik deze de benadering de ‘inkomstenbelastingdimensie’.

In dit hoofdstuk worden de kwalificatiecriteria voor non-transparante entiteiten onderzocht aan de hand van de vennootschapsbelastingbenadering. In hoofdstuk 5 wordt de inkomstenbelastingdimensie gehanteerd om na te gaan op welke wijze de (veranderde) gerechtigdheid van het subject tot het achterliggende object kan worden vastgesteld. De inkomstenbelastingdimensie kan worden gezien als een controle op de criteria die volgen uit de benadering van het kwalificatieleerstuk vanuit het perspectief van de vennootschapsbelasting.

Binnen de vennootschapsbelastingdimensie wordt eerst een inventarisatie gemaakt van de uitgangspunten en criteria die de wetgever heeft aangehouden ten aanzien van non-transparante entiteiten binnen de opzet van het huidige fiscale stelsel. Vervolgens wordt beoordeeld in hoeverre deze criteria tot ontwikkeling zijn gekomen in de kwalificatiebesluiten van de staatssecretaris van Financiën, alsmede in de rechtspraak van de Hoge Raad. Ten slotte worden de opvattingen uit de literatuur ten aanzien van de gebezigde criteria besproken. Aan de hand van de gevonden criteria wordt een kwalificatiemodel samengesteld op basis waarvan de fiscale kwalificatie van rechtsvormen kan worden vastgesteld. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.2.3, gelden de criteria ter identificatie van een rechtssubject uniform en algemeen. De criteria dienen derhalve tevens te worden gebruikt voor de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust.

4.2 CRITERIA VOOR FISCALE NON-TRANSPARANTIE VOLGENS DE WETGEVER

Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de wetgever met het onderscheid tussen transparante en non-transparante entiteiten de 'maatschappelijke verschijnselen naar de financiële betekenis, welke zij voor de daarachter staande personen hebben' heeft willen duiden.²⁸⁴ Hierbij heeft de wetgever het al dan niet samenvallen van de positie van 'kapitaalverschaffer' en 'ondernemer'²⁸⁵ als *Leitmotiv* gehanteerd voor de indeling van rechtsfiguren in 'transparante' en 'non-transparante entiteiten'. In de gevallen – zo kan de redenering worden afgemaakt – waarin beide hoedanigheden niet (langer) samenvallen, is de entiteit een eigen leven gaan leiden en voldoende verzelfstandigd om daaraan voor fiscale doeleinden rechtssubjectiviteit toe te kennen. Hoogstwaarschijnlijk hebben de rechtsverhoudingen die worden opgeroepen door de naamloze vennootschap de wetgever voor ogen gestaan.

Als uitwerking van het principe dat bij non-transparante rechtsfiguren de positie van ondernemer en kapitaalverschaffer niet samenvallen, heeft de wetgever uiteindelijk twee omstandigheden kenmerkend geacht voor de zelfstandigheid van een entiteit. Allereerst zou het bezit van rechtspersoonlijkheid betekenen dat de resultaten 'voor rekening en risico' van de rechtsvorm komen en niet rechtstreeks opkomen bij de achterliggende participanten.²⁸⁶ In de tweede plaats zou de 'vrije verhandelbaarheid'²⁸⁷ van participaties²⁸⁸

284 *Kamerstukken II 1959/60, 5380 & 6000, blz. 16, Ik (nota), Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, blz. 2-3 en Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 22, blz. 12, rk.*

285 Van Kempen 1999a, blz. 41-42, merkt terecht op dat de term 'ondernemer' niet goed verklaarbaar is. Dezelfde terminologie wordt ook gebruikt in het kader van de argumentatie van de zelfstandigheid van het fonds voor gemene rekening, dat per definitie geen materiële onderneming drijft.

286 Zie *Kamerstukken II 1959/60, 5380 & 6000, blz. 16, rk (nota) en Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, blz. 2, rk.*

287 Het begrip 'vrije verhandelbaarheid' is een parafrasering van de definities in art. 2, lid 2, Wet Vpb 1969 en art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR.

288 Van Kempen 1999a, blz. 41, merkt op dat de wetgever het criterium van de 'vrije verhandelbaarheid' niet alleen ten aanzien van het – in parlementaire toelichting uitvoerig behandelde – fonds voor gemene rekening als grond voor zelfstandigheid heeft gezien, maar eveneens ten aanzien van de 'open commanditaire vennootschap' en de vennootschappen 'welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld'.

meebrengen dat een rechtsfiguur, ook bij gebrek aan rechtspersoonlijkheid, is losgekomen van de achterliggende kapitaalverschaffers.²⁸⁹ Voor beide gevallen zou een eigen belastingheffing op het niveau van de 'zelfstandige entiteit' het beste aansluiten bij deze maatschappelijke verschijnselen.

Veronderstellingen van de wetgever

Het bezit van 'rechtspersoonlijkheid' en de 'vrije verhandelbaarheid' van participaties kunnen uitsluitend binnen de veronderstellingen van de wetgever ten aanzien van de kenmerken van non-transparante entiteiten worden begrepen als verklaring voor 'fiscale zelfstandigheid'. In haar dissertatie heeft Van Kempen deze veronderstellingen van de wetgever bij de opzet van het fiscale stelsel uitvoerig beschreven en de juistheid daarvan ter discussie gesteld. Op basis van een analyse van de parlementaire behandeling komt zij tot de volgende veronderstellingen:²⁹⁰

- 1) Bij non-transparante entiteiten komt directe toerekening van het behaalde resultaat aan de achterliggende deelnemers in strijd met het draagkrachtbeginsel, aangezien eerst een uitdelingsbesluit van een vennootschapsorgaan benodigd is, alvorens de deelnemers over het resultaat kunnen beschikken.
- 2) Een non-transparante entiteit leidt een eigen leven 'los van de persoon van de kapitaalverschaffer', hetgeen rechtvaardigt dat de entiteit zelfstandig in de belastingheffing wordt betrokken.
- 3) De positie van kapitaalverschaffer en ondernemer vallen bij non-transparante entiteiten niet samen, terwijl dit bij transparante rechtsfiguren wel het geval is. Dit argument is nader uitgewerkt door erop te wijzen dat bij non-transparante kapitaalvennootschappen:
 - a. de onderneming eenvoudig overdraagbaar is;
 - b. de kapitaalverschaffer niet aansprakelijk is voor ondernemingsschulden;
 - c. op het niveau van de entiteit kapitaalbeschermingsregels gelden;
 - d. een vermogensscheiding is aangebracht tussen de kapitaalverschaffer en onderneming;
 - e. de onderneming in het maatschappelijke verkeer een zelfstandige eenheid vormt.

De elkaar deels overlappende veronderstellingen geven inzicht in de zienswijze van de wetgever ten aanzien van het onderscheid tussen transparante en non-transparante entiteiten.²⁹¹ De rechtssubjectiviteit van rechtspersoonlijkheid bezittende entiteiten en entiteiten waarvan de participaties vrij verhandelbaar zijn, dient tegen de achtergrond van deze veronderstellingen te worden begrepen. Het gaat naar mijn mening dan ook niet zoeer om het bezit van 'rechtspersoonlijkheid', of de mogelijke 'vrije verhandelbaarheid' als zodanig, maar datgene waar deze karakteristieke eigenschappen in de ogen van de wetgever voor staan: 'als maatschappelijk ervaren zelfstandigheid'.

In de nadere memorie van antwoord bij de Wet Vpb 1969 wordt namens de regering tot uitdrukking gebracht dat rechtspersoonlijkheid en het 'open karakter' worden gezien als uitwerking van een 'maatschappelijk ervaren zelfstandigheid':²⁹²

'Deze belasting richt zich in beginsel op iedere niet aan de inkomstenbelasting onderworpen rechtspersoon of organisatie, ook die zonder rechtspersoonlijkheid, welke beoogt winst te maken. Het behoeft geen betoog, dat zowel de in de n.v.-vorm opererende beleggingsmaatschappijen als de niet rechtspersoonlijkheid bezittende beleggingsfondsen aan dit criterium

289 Zie *Kamerstukken II* 1962/63, 6000, nr. 9, blz. 5 rk -6 lk en *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 22, blz. 15, lk.

290 Van Kempen 1999a, blz. 42.

291 In de literatuur zijn de door de wetgever gehanteerde veronderstellingen en de daaruit voortvloeiende beoordelingscriteria op diverse plaatsen ter discussie gesteld. Zie uitgebreid de opvattingen in paragraaf 4.5.2.

292 *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 22, blz. 12, rk.

voldoen. Het deelnemen aan het maatschappelijke verkeer door beide verschijningsvormen wordt maatschappelijk niet ervaren als een deelnemen door de tot het vermogen van die vennootschappen en fondsen gerechtigden, maar als een deelnemen door zelfstandige, van die gerechtigden afgezonderde entiteiten. Evenzo wordt in het algemeen een aandeel en een bewijs van deelgerechtigdheid in een beleggingsinstelling maatschappelijk ervaren als een belichaming van rechten in zulk een entiteit en niet als een evenredig aandeel in de beleggingen van die entiteit.'

Dat het gaat om de achterliggende veronderstellingen van de wetgever wordt mede ondersteund door de constatering dat 'rechtspersoonlijkheid' als zodanig in sommige gevallen veel minder relevant lijkt voor het aannemen van fiscale zelfstandigheid.²⁹³ Was het begrip 'rechtspersoon' ten tijde van het ontwerp van de Wet Vpb 1969 eigenlijk synoniem voor 'naamloze vennootschap', inmiddels is met het verschijnen van verschillende binnenlandse en buitenlandse rechtsvormen de eenduidige invulling aan dit begrip komen te ontvallen. Het komt thans aan op een inhoudelijke beoordeling van de civielrechtelijke implicaties die achter het predikaat 'rechtspersoonlijkheid' schuilgaan. Vervolgens dient te worden beoordeeld in hoeverre die implicaties voldoen aan de veronderstellingen die de wetgever heeft gehad bij het onderscheid tussen transparante en non-transparante entiteiten.

Inhoudelijke beoordeling van rechtspersoonlijkheid

Illustratief in dit verband is de positie van de wetgever ten aanzien van de openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid in de thans bij de Eerste Kamer aanhangige Invoeringswet titel 7.13 BW.²⁹⁴ De rechtspersonen die op grond van het wetsvoorstel tot 'Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek'²⁹⁵ worden geïntroduceerd in het Nederlandse civiele recht, de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid en de commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid, worden niet als zelfstandig rechtssubject aangemerkt voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Ondanks het bezit van rechtspersoonlijkheid worden deze rechtsfiguren als fiscaal transparant aangemerkt.

De rechtspersoonlijkheid van deze personenvennootschappen heeft, zo volgt uit het wetsvoorstel, in privaatrechtelijk opzicht slechts een beperkte reikwijdte en leidt in de ogen van de fiscale wetgever – klaarblijkelijk – tot onvoldoende zelfstandigheid.²⁹⁶ Het voorgestelde art. 7:804, lid 2, BW brengt tot uitdrukking dat de 'rechtspersoonlijkheid' van openbare vennootschappen niet alleen voor het privaatrecht, maar ook voor andere regelingen, slechts een beperkte strekking heeft.²⁹⁷ Ondanks art. 7:804 BW, dat ook geldt voor het fiscale recht, heeft de fiscale wetgever gemeend voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting aanvullende bepalingen²⁹⁸ te moeten voorstellen.²⁹⁹

293 Als voorbeeld kan de fiscale transparantie van het Europees Economische Samenwerkingsverband worden genoemd, alhoewel het daarbij een specifieke maatregel betrof uit de Europese Verordening van 25 juli 1985, nr. 2137/85, PBEG L199/1.

294 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 065, nr. A (Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek)).

295 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 1-2.

296 Zo volgt onder meer uit het voorgestelde art. 7:813, lid 1, BW dat de rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten onverlet laat. Zie voor de civielrechtelijke aspecten: Hamers 2009 en Hamers en Van Vliet 2005.

297 In *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, blz. 2, is opgemerkt: 'Ingevolge het tweede lid van artikel 7:804 BW wordt, voorzover niet anders blijkt, met het begrip "rechtspersoon" niet mede bedoeld op openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Dit strookt met het specifieke karakter van de rechtspersoonlijkheid van deze vennootschappen: behalve dat daardoor de OVR en CVR als rechtssubject worden erkend, is zij er vooral om de goederenrechtelijke aspecten van de samenwerking te vereenvoudigen.' Uiteraard wordt hier 'civielrechtelijk rechtssubject' bedoeld.

298 Zie het voorgestelde art. 3.7, lid 1, Wet IB 2001 en art. 8, lid 3, Wet Vpb 1969.

299 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, blz. 35.

'[o]m buiten kijf te stellen dat voor de inkomstenbelasting en – in het verlengde daarvan voor de vennootschapsbelasting – de bezittingen en schulden alsmede de resultaten van de OVR en de CVR rechtstreeks worden toegerekend aan de participanten (...).'

In reactie op het commentaar van de Raad van State³⁰⁰ heeft de wetgever deze fiscale transparantie, zonder daaraan overigens theoretische bespiegelingen te wijden, verdedigd met de volgende opmerking:³⁰¹

'De rechtspersoonlijkheid heeft in zoverre een heel ander karakter dan die van de BV (en NV). Bij een openbare vennootschap al dan niet met rechtspersoonlijkheid, blijft het belangrijke kenmerk van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten overeind. De rechtsvorm van de BV daarentegen wordt, evenals de NV, gekenmerkt door een beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders. Aandeelhouders lopen slechts risico tot het bedrag van hun inbreng.'

De aard van de rechtspersoonlijkheid dwingt in het geval van de openbare vennootschap niet tot non-transparantie, zo kan van de wetgever worden begrepen. De beperkte aansprakelijkheid als belangrijk kenmerk van rechtspersoonlijkheid ontbreekt immers, waardoor niet kan worden gezegd dat de intermediatie tot gevolg heeft dat de resultaten niet langer voor rekening van de achterliggende betrokkenen komen. De zienswijze dat de wetgever niet zozeer het bezit van rechtspersoonlijkheid 'als zodanig' van belang acht, maar datgene waar het inhoudelijk voor staat, wordt hiermee onderstreept.³⁰²

Doelvermogens

Daarnaast kan worden opgemerkt dat een rechtsfiguur, ondanks het gemis aan rechtspersoonlijkheid en het ontbreken van verhandelbare participaties, volgens de wetgever in voorkomende gevallen toch voldoende zelfstandigheid kan bezitten.³⁰³ Het gaat hierbij om rechtsfiguren die meebrengen dat een object niet langer toerekenbaar is aan een (ander) rechtssubject. Ook in dat geval kan worden gezegd dat is voldaan aan de generale veronderstelling voor non-transparantie dat 'ondernemer en kapitaalverschaffer niet samenvallen'. De rechtsfiguur ontleent in die gevallen zijn rechtssubjectiviteit aan het desideratum om binnen het subjectgerichte stelsel tot een sluitend systeem te komen.

Bij het voorgaande kan worden gedacht aan het in art. 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969, genoemde 'doelvermogen'.³⁰⁴ Deze bepaling is de opvolger van het art. 3, lid 1, Besluit Vpb 1942, waarin de term 'fondsen' werd gebruikt.³⁰⁵ Voor de Wet Vpb 1969 is deze bepaling in gewijzigde vorm gehandhaafd, waarmee is:³⁰⁶

300 In het advies van de Raad van State wordt de keuze voor transparantie onder meer bekritiseerd, vanwege het ontbreken van een beoordelingskader waaruit de inpassing als transparante entiteit in het bestaande fiscale stelsel zou blijken, alsmede vanwege het ontbreken van een duidelijke overweging omtrent de invoering van een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting. Zie *Kamerstukken II 2006/07*, 31 065, nr. 5, blz. 1-2.

301 *Kamerstukken II 2006/07*, 31 065, nr. 5, blz. 5.

302 Hetzelfde kan worden gezegd van de verwijzing door de wetgever naar de inhoudelijke toetsing en de daarbij aangelegde criteria uit het zogeheten 'kwalificatiebesluit'. Zie *Kamerstukken II 2006/07*, 31 065, nr. 5, blz. 5-6. In de *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, 1.01.B.c2.I., wordt deze verwijzing gezien als 'autorisatie' door de wetgever van de in het kwalificatiebesluit aangelegde criteria.

303 Zie ook Goossen 1991, blz. 68.

304 Het enkele feit dat een 'doelvermogen' niet als binnenlands belastingplichtige is genoemd, betekent niet dat een in Nederland gevestigd 'doelvermogen' geen zelfstandige entiteit zou zijn. De kwalificatiecriteria zijn immers algemeen toepasbaar (paragraaf 3.2.3.2). Zie bijvoorbeeld Daniels 1991, blz. 121 e.v. en Van Eijdsen 1997, blz. 21.

305 In het tweede lid werd deze term nader omschreven. 'De in lid 1 bedoelde fondsen zijn dezulke, welke voor de heffing van de belastingen niet beschouwd worden als deel uitmakend van het vermogen van natuurlijke personen, van rechtspersonen, van commanditaire vennootschappen op aandelen of van verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid'.

306 *Kamerstukken II 1959/60*, 6000, nr. 3, blz. 17 rk.

'(...) beoogd een sluitpost aan te brengen om gevallen waarin een door buitenlands recht beheerst, afzonderlijk vermogen optreedt dat naar Nederlandse rechtsbegrippen niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een rechtspersoon dan wel een commanditaire vennootschap op aandelen of een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, fiscaal op dezelfde wijze te kunnen behandelen als ten aanzien van de even genoemde lichamen geschiedt.'

De wetgever heeft, teneinde in fiscale zin gelijkstelling te bewerkstelligen met de eerder genoemde non-transparante entiteiten,³⁰⁷ ook die vreemdrechtelijke rechtsfiguren als entiteit willen aanmerken die weliswaar geen rechtspersoonlijkheid bezitten en evenmin als één van de andere genoemde lichamen kunnen worden aangemerkt, maar desalniettemin verhinderen dat inkomen/vermogen worden toegerekend aan een ander subject (bijvoorbeeld de oorspronkelijk gerechtigde). De eigenschappen van een 'doelvermogen' voorkomen dat toerekening van inkomen/vermogen aan 'een subject' mogelijk is, waardoor het inkomen/vermogen niet voor rekening en risico van 'een ander' komen. Deze eigenschappen leiden volgens de wetgever tot een voldoende maatschappelijke zelfstandigheid en daarmee tot een gelijkstelling met andere non-transparante rechtsvormen.

Zelfstandigheid van rechtsvormen

De onderverdeling tussen transparante en non-transparante entiteiten is gebaseerd op het abstracte beeld van de 'maatschappelijke zelfstandigheid' van rechtsvormen. Uit de veronderstellingen die de wetgever ten aanzien van dergelijke non-transparante entiteiten heeft gehad, moet worden afgeleid dat niet zozeer het bezit van rechtspersoonlijkheid, dan wel de vrije verhandelbaarheid van participaties, *als zodanig* doorslaggevend zijn geweest. Belangrijker is dat de wetgever van mening is geweest dat deze 'typen rechtsvormen' beantwoorden aan de veronderstellingen ten aanzien van de zelfstandigheid van rechtsvormen, zoals de wetgever die voor ogen heeft gehad. Daarbij is het criterium 'rechtspersoonlijkheid' gezien als een (aanvankelijk) niet te weerleggen indicatie voor de aanwezigheid van relevant geachte veronderstellingen die tot gevolg hebben dat de resultaten niet rechtstreeks voor rekening en risico van de kapitaalverschaffers komen. Door de jaren heen heeft het begrip 'rechtspersoonlijkheid' echter een andere invulling gekregen en daarmee heeft de indicatie 'rechtspersoonlijkheid' aan kracht verloren. Anders gezegd, in de opzet van het fiscale stelsel is uitgegaan van de 'klassieke rechtspersoonlijkheid' en het daarmee samenhangende kenmerk van beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders. Overigens kunnen ook rechtsfiguren zonder rechtspersoonlijkheid in de visie van de wetgever bewerkstelligen dat de resultaten niet voor rekening van de achterliggende betrokkenen komen. In dat geval is non-transparantie eveneens een uitwerking van het 'voor rekening en risico van'-criterium.

Ten slotte representeert de vrije verhandelbaarheid van participaties de afwezigheid van een 'persoonlijke band' tussen kapitaalverstrekker en onderneming. Bij deze rechtsfiguren dient een gelijkstelling met andere non-transparante entiteiten plaats te vinden. De uitgangspunten van de wetgever en de in dat kader genoemde criteria kunnen schematisch als volgt worden weergegeven:

307 Goossen 1991, blz. 67, plaatst de aanwijzing van doelvermogens als zelfstandige entiteit in de sfeer 'van het voorkomen van concurrentievervalsing'.

Veronderstellen wetgever	Uitgangspunten van de wetgever ten aanzien van 'zelfstandige entiteiten'		
	De resultaten komen niet voor rekening en risico van de achterliggende kapitaalverschaffer		Het persoonlijke element tussen de participanten staat niet voorop
Criteria	Aanwezigheid van 'rechtspersoonlijkheid':	Niet toerekenbaar aan ander subject:	Vrije toe- en uittreding van de participanten:
	–Uitdelingsbesluit –Niet-aansprakelijkheid kapitaalverschaffer –Aanwezigheid van kapitaalbeschermingsregels –Vermogensscheiding tussen onderneming en kapitaalverschaffer De onderneming is in het maatschappelijke verkeer een zelfstandige eenheid De onderneming is in het maatschappelijke verkeer een zelfstandige eenheid	–Afzonderlijk vermogen dat naar Nederlandse rechtsbegrippen niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een rechtspersoon of ander lichaam	–De onderneming is eenvoudig overdraagbaar –De onderneming is in het maatschappelijke verkeer een zelfstandige eenheid
Rechtsvormen	–Naamloze vennootschap, besloten vennootschap –Coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen –Verenigingen, stichtingen en andere (dan publiekrechtelijke rechtspersonen) –Andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld	–Doelvermogens	–Niet-rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld –Open commanditaire vennootschap –Fonds voor gemene rekening

4.3 CRITERIA VOOR FISCALE NON-TRANSPARANTIE VOLGENS DE UITVOERDER

De criteria die de wetgever heeft aangehouden bij de onderverdeling van rechtsvormen in transparante en non-transparante entiteiten – in het bijzonder de onderlinge verhouding tussen die criteria – leidt in de uitvoeringspraktijk tot onzekerheid. De staatssecretaris van Financiën heeft getracht duidelijkheid te verschaffen door middel van een aantal kwalificatiebesluiten waarin de invulling van de criteria wordt toegelicht. Hierna wordt onderzocht op welke wijze in de uitvoeringspraktijk invulling wordt gegeven aan de door de wetgever gehanteerde uitgangspunten. Indien zich tegenstrijdigheden voordoen ten aanzien van de veronderstellingen van de wetgever worden deze benoemd.

4.3.1 Besluit van 18 september 1997, BNB 1998/15

Het eerste ‘echte’ kwalificatiebesluit is het Besluit van 18 september 1997, BNB 1998/15 (hierna ook: ‘kwalificatiebesluit 1997’).³⁰⁸ In dit besluit heeft de staatssecretaris aangegeven welke criteria hij van belang acht bij de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden. Het begrip ‘samenwerkingsverband’ wordt niet toegelicht in het besluit. Het besluit biedt evenmin duidelijkheid ten aanzien van de vraag voor welke heffingen de kwalificatie van belang is.³⁰⁹ Overigens gebruikt de bewindsman de term ‘(non-)transparantie’ aanvankelijk niet bij het algemene kwalificatiekader,³¹⁰ maar spreekt van de beoordeling of een participant ‘rechtstreeks inkomsten dan wel inkomsten uit aandelen geniet’.³¹¹ Inhoudelijk lijkt geen verschil te zijn bedoeld met het begrip ‘(non-)transparantie’, dat verderop in het besluit wel wordt gebruikt.

De staatssecretaris hanteert ten behoeve van het algemene kwalificatiekader de volgende zes criteria:³¹²

- ‘1 is er een uitdelingsbesluit noodzakelijk om de resultaten van het swv bij de participanten te doen komen;*
 - 2 zijn de participanten beperkt (d.w.z. tot hun kapitaaldeelname) aansprakelijk voor de schulden van het swv;*
 - 3 heeft het swv de eigendom van de vermogensbestanddelen waarmee de activiteiten van het swv worden uitgeoefend;*
 - 4 zijn de participaties vrij verhandelbaar, d.w.z. is voor overdracht van een participatie niet de toestemming van alle andere participanten nodig;*
 - 5 heeft het swv een in aandelen verdeeld kapitaal;*
 - 6 is het swv zelfstandig aan winstbelasting onderworpen.*
- Indien op alle hierboven vermelde criteria bevestigend kan worden geantwoord, is mijn conclusie dat sprake is van inkomsten uit aandelen die niet rechtstreeks door de participanten worden genoten.’*

De genoemde criteria dienen volgens onderdeel II van het kwalificatiebesluit 1997 om vast te stellen of de resultaten ‘rechtstreeks door de participanten worden genoten’. Deze toets kan worden gezien als uitwerking van het centrale ‘voor rekening en risico van’-cri-

308 Ook opgenomen in V-N 1997/4373. Voordien nam de staatssecretaris van Financiën op ad hoc basis standpunten in met betrekking tot de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen.

309 Aangenomen mag worden dat ten minste de inkomsten- en vennootschapsbelasting zijn bedoeld. In het verlengde daarvan ligt ook de dividendbelasting voor de hand, nergens blijkt dit echter. Het besluit geeft wel aan dat de kwalificatie van het samenwerkingsverband doorwerkt naar de belastingverdragen.

310 Zie onderdeel II van het kwalificatiebesluit 1997.

311 Zie ook Bender en Stevens 1998. Het besluit lijkt hiermee niet van toepassing op rechtsfiguren die tot gevolg hebben dat het inkomen niet-(rechtstreeks) wordt genoten door een achterliggende betrokkene.

312 Onderdeel II van het kwalificatiebesluit 1997.

terium, zoals aangelegd door de wetgever. Daarbij valt direct op dat de uitvoerder aanzienlijk meer criteria aanlegt dan de wetgever, althans in een andere verhouding. De uitvoerder geeft op deze wijze invulling aan de abstracte veronderstellingen van de wetgever. Het is hierbij opvallend te noemen dat in het besluit de kenmerken van 'klassieke rechtspersonen' en de kenmerken van 'open rechtsvormen' worden samengevoegd.

Rechtsvormen die niet aan alle zes de criteria voldoen, worden als 'hybride rechtsvorm' aangemerkt. Uit het vervolg van het besluit kan worden afgeleid dat voor hybride rechtsvormen een 'case by case'-benadering wordt aangehouden. Binnen de categorie hybride rechtsvormen wordt een onderscheid gemaakt tussen 'CV-achtigen' en 'overige samenwerkingsverbanden'.³¹³ Voor CV-achtige rechtsfiguren, wat daaronder ook precies wordt verstaan,³¹⁴ geldt uitsluitend het criterium van de vrije verhandelbaarheid (onderdeel III). De 'overige hybride rechtsfiguren' worden in onderdeel V onderworpen aan een weer andere toets.

Ook bij nadere beschouwing blijft echter onduidelijk welke toets ten aanzien van de 'overige rechtsfiguren' wordt aangelegd. De staatssecretaris lijkt in eerste instantie een duidelijk kader te scheppen met de opmerking dat voor 'overige rechtsfiguren' de juridische eigendomsverhoudingen doorslaggevend zijn.³¹⁵ Indien de eigendom van de vermogensbestanddelen bij het samenwerkingsverband berust, dan is – zo veronderstelt de besluitgever – tevens een uitdelingsbesluit benodigd om de resultaten aan de participanten uit te keren. Hierdoor zou geen sprake kunnen zijn van 'rechtstreeks genieten' en is non-transparantie op zijn plaats.

De eenduidigheid van deze hoofdregel wordt echter teniet gedaan door de onduidelijkheid die de uiteenzetting omtrent de mogelijke 'uitzondering' in onderdeel Va oproept. Hieromtrent wordt in het besluit het navolgende opgemerkt:

'Het is mogelijk dat de hoofdregel (de juridische eigendomsverhoudingen zijn doorslaggevend voor de kwalificatievraag) door contractuele, statutaire of wettelijke regelingen wordt doorbroken. Het is denkbaar dat een onderneming die juridisch eigendom is van een lichaam feitelijk voor rekening en risico van een ander wordt gedreven. De resultaten van de onderneming komen dan rechtstreeks toe aan de achterliggende gerechtigden. Voor de vraag of de participanten rechtstreeks delen in de resultaten van het lichaam is het uitdelingsbesluit, in combinatie met de hoofdelijke aansprakelijkheid, essentieel. Als de resultaten zonder een daartoe te nemen uitdelingsbesluit op grond van contractuele, statutaire of wettelijke bepalingen direct bij de participanten komen, delen de participanten rechtstreeks in de resultaten.'

Het citaat heeft de wonderlijke eigenschap onduidelijker te worden naarmate de lezer beter zijn best doet de inhoud daarvan te doorgronden.³¹⁶ Is de aanwezigheid van een uitdelingsbesluit in de opvatting van de staatssecretaris nu (altijd) essentieel? Was dat niet juist één van de elementen die, op grond van de statuten, contracten, etc., afwezig is in de uitzonderingssituatie? Als een uitdelingsbesluit dient te worden genomen, is de hoofdelijke aansprakelijkheid dan nog relevant? In hoeverre is het in deze gevallen van belang dat, zoals bij andere rechtsfiguren het geval is, het kapitaal is verdeeld in verhandelbare participaties?³¹⁷

313 Het kwalificatiebesluit 1997 noemt in onderdeel IV en V de Franse société en nom collectif (SNC) als voorbeeld.

314 Het kwalificatiebesluit 1997 noemt in onderdeel III met zoveel woorden 'de Limited Partnership', zonder overigens aan te geven welke variant daarvan precies wordt bedoeld, en spreekt in de inleiding (onderdeel I) tevens van 'daarmee aanverwante rechtsvormen'. Zie ook Bender en Stevens 1998.

315 Zie onderdeel Va van het kwalificatiebesluit 1997.

316 Ook Bender en Stevens 1998, hebben kritiek op de 'begrijpelijkheid' van de uitzondering.

317 De redactie Vakstudie Nieuws merkt in de aantekening bij V-N 1997/4373 terecht op dat in het besluit geen aandacht lijkt te zijn besteed aan het arrest HR 24 november 1976, BNB 1978/13. Het arrest behandel ik in paragraaf 4.4.2.

Alhoewel het besluit, voor wat betreft de genoemde kenmerken van non-transparante entiteiten in grote lijnen aansluit bij de kenmerken die de wetgever heeft genoemd,³¹⁸ komt met name de verhouding tussen de verschillende criteria niet goed uit de verf. Oorzaak hiervan is dat in het kwalificatiebesluit 1997 geen duidelijk onderscheid wordt gemaakt naar de criteria die voor een specifieke categorie van non-transparante entiteiten relevant zijn. Op die wijze wordt geen rekening gehouden met het feit dat de criteria voor non-transparantie door de wetgever zijn gezien als een uitwerking van een bepaalde veronderstelling ten aanzien van de zelfstandigheid van een bepaald type entiteiten. Het besluit leidde tot onvoldoende ordening en – getuige ook de bijzonder ruime categorie ‘hybride entiteiten’ – nauwelijks aanvullende rechtszekerheid.³¹⁹ Ten slotte bracht de onduidelijke afbakening tussen ‘CV-achtigen’ en de overige ‘hybride entiteiten’ mee dat het besluit geen eenduidig kader aanreikte voor de meeste kwalificatieproblemen.³²⁰

4.3.2 Besluit van 18 december 2004, BNB 2005/88

In het Besluit van 18 december 2004, BNB 2005/88 (hierna ook: ‘kwalificatiebesluit 2004’) heeft de uitvoerder getracht een meer overzichtelijk en gestructureerd beoordelingskader aan te reiken ten behoeve van de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen.³²¹ In de eerste plaats zijn de gehanteerde begrippen – in het bijzonder de omschrijving van ‘CV-achtigen’ – duidelijker gedefinieerd. In de tweede plaats zijn de criteria ter vaststelling van (non-)transparantie in een ‘beoordelingsschema’ opgenomen. Ten slotte kent het kwalificatiebesluit 2004 een bijlage waarin de uitkomst van het kwalificatieproces ten aanzien van een groot aantal rechtsvormen is opgenomen. Veel van de onduidelijkheden die het kwalificatiebesluit 1997 opriep, zijn daarmee weggenomen.

Het kwalificatiebesluit 2004 geeft een beoordelingskader voor de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen, met uitzondering van rechtsfiguren die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse stichting, de Anglo-Amerikaanse trust en overige doelvermogens.³²² Voor deze rechtsfiguren voorziet het kwalificatiebesluit 2004 niet in een standpuntbepaling en geeft het evenmin aan op welke wijze ten aanzien van die rechtsfiguren wel zekerheid kan worden verkregen omtrent de kwalificatie.³²³ In het kwalificatiebesluit 1997 ontbrak een afbakening van de reikwijdte van het besluit voor bepaalde soorten rechtsvormen.³²⁴ Overigens wordt in het kwalificatiebesluit 2004 expliciet opgemerkt dat de kwalificatieregels niet alleen van toepassing zijn op rechtsvormen waarin een onderneming wordt gedreven, maar tevens gelden voor entiteiten die zich bezighouden met het beleggen van vermogen.

Het kwalificatiebesluit 2004 maakt een onderscheid tussen rechtsfiguren die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse commanditaire vennootschap,³²⁵ en ‘overige rechtsfiguren’. Als aan de volgende voorwaarden wordt voldaan, is sprake van een CV-achtige: (i) op naam van het samenwerkingsverband wordt een onderneming gedreven,³²⁶ (ii) er is ten minste één ‘beherend vennoot’ en één ‘commanditaire vennoot’, (iii) de beherend vennoot is

318 Uitsluitend het criterium van de ‘zelfstandige onderworpenheid’ dat de staatssecretaris aanlegt, is niet terug te vinden bij de wetgever.

319 Bender en Stevens 1998.

320 Zie ook Van der Ouderaa 1997, blz. 12.

321 Besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, BNB 2005/88, V-N 2005/5.12. Hiermee is het kwalificatiebesluit 1997 komen te vervallen. Zie voor een uitgebreide bespreking van het kwalificatiebesluit 2004, Van Kempen 2005.

322 Zie onderdeel 3.2 van het kwalificatiebesluit 2004. In onderdeel 3.4 worden tevens rechtsfiguren als de coöperatie en vereniging op coöperatieve grondslag uitgezonderd.

323 Belastingplichtigen waren ten aanzien van ‘trustachtige rechtsfiguren’ aangewezen op het ‘trustbesluit’, dat gold voor de uitgezonderde rechtsfiguren. Het trustbesluit bevatte evenwel geen model voor de kwalificatie van doelvermogens.

324 Van der Ouderaa 1997, blz. 12, merkt op dat het eerste kwalificatiebesluit een ‘algemene methode’ bevatte.

onbeperkt of voor een gelijk deel aansprakelijk tegenover derden, (iv) de commanditaire vennoot is slechts intern draagplichtig tot maximaal het door hem ingelegde vermogen en (v) de commanditaire vennoot verricht geen externe daden van beheer en bestuur.

Voor de eerstgenoemde categorie – de CV-achtigen – is uitsluitend relevant of ‘buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten kan plaatsvinden zonder toestemming van alle participanten’. Bij deze categorie staat dus uitsluitend de aanvullende voorwaarde van de vrije verhandelbaarheid als kenmerk van het open karakter ter nadere beoordeling en wordt verder niet getoetst of de resultaten rechtstreeks voor rekening en risico van de achterliggende participanten komen. De non-transparantie geldt in het geval van een CV-achtige uitsluitend voor het gedeelte dat de commanditaire vennoten aangaat; het gedeelte dat de beherend vennoot aangaat wordt hem rechtstreeks toegerekend.³²⁷

De fiscale kwalificatie van de groep ‘overige rechtsfiguren’ wordt aan de hand van vier stappen vastgesteld. Deze stappen, gegoten in de vorm van vragen, zijn achtereenvolgens:

- A. Kan het samenwerkingsverband de juridische eigendom hebben van vermogensbestanddelen?
- B. Is ten minste één participant onbeperkt aansprakelijk voor schulden en andere verplichtingen van het samenwerkingsverband?
- C. Heeft het samenwerkingsverband een in aandelen verdeeld kapitaal?
- D. Kan buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van participanten plaatsvinden zonder dat toestemming nodig is van alle participanten?

Indien het antwoord bij A ‘ja’ en bij B ‘nee’ luidt, dan is het lichaam non-transparant. Is het antwoord op B daarentegen ‘ja’, ongeacht het antwoord op vraag A, dan is het lichaam uitsluitend non-transparant bij bevestigende beantwoording van de laatste twee vragen. De vragen kunnen als volgt in een model worden geplaatst.³²⁸

(A) Heeft het swv de juridische eigendom?	(B) Eén participant onbeperkt aansprakelijk?	(C) In aandelen verdeeld kapitaal?	(D) Vrij overdraagbaar?	Fiscale kwalificatie
ja	nee	niet van belang (ja/nee)	niet van belang (ja/nee)	non-transparant
niet van belang (ja/nee)	ja	ja	ja	non-transparant
niet van belang (ja/nee)	ja	nee	ja/nee	transparant
niet van belang (ja/nee)	ja	ja/nee	nee	transparant

325 In onderdeel 3.3.1 van het kwalificatiebesluit 2004 worden de volgende eisen gesteld aan de vergelijkbaarheid van een rechtsfiguur met een commanditaire vennootschap: (i) op naam van het samenwerkingsverband wordt een onderneming gedreven, (ii) er is ten minste één ‘beherend vennoot’ en één ‘commanditaire vennoot’, (iii) de beherend vennoot is onbeperkt of voor een gelijk deel aansprakelijk tegenover derden, (iv) de commanditaire vennoot is slechts intern draagplichtig tot maximaal het door hem ingelegde vermogen en (v) de commanditaire vennoot verricht geen externe daden van beheer en bestuur.

326 Niet alleen verhoudt deze eis zich slecht met het begrip ‘bedrijf’ ex art. 16 en 19 WvK, zoals Van Kempen 2005, opmerkt, maar tevens met de eerdere opmerking dat de activiteit van een samenwerkingsverband kan bestaan uit het beleggen van vermogen.

327 Deze splitsingsleer is afkomstig uit het arrest HR 7 juli 1982, BNB 1982/268. Zie paragraaf 4.4.2.

328 Aantekening bij V-N 2005/5.12.

Allereerst valt op dat ten opzichte van het kwalificatiebesluit 1997 het uitdelingsbesluit als criterium is komen te vervallen. De reden hiervoor is dat het uitdelingsbesluit onvoldoende onderscheidend vermogen zou bezitten om het verschil tussen transparante en non-transparante rechtsvormen vast te kunnen stellen.³²⁹ Daarnaast komt de eis dat de buitenlandse rechtsvorm zelfstandig aan de winstbelasting dient te zijn onderworpen niet meer terug in het kwalificatiebesluit 2004,³³⁰ waardoor het kwalificatiekader is teruggebracht tot vier in plaats van zes criteria.

Aansluiting bij veronderstellingen van de wetgever

In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de criteria uit het kwalificatiebesluit 2004 beter aansluiten bij de veronderstellingen van de wetgever ten aanzien van (non-)transparante entiteiten.³³¹ Duidelijker dan in het kwalificatiebesluit 1997 is door de besluitgever voor wat betreft de volgorde – en weging – van de criteria aangesloten bij de benaderingswijze van de wetgever. In de gezamenlijke toetsing aan criteria (A) en (B) is het ‘voor rekening en risico van’-criterium te onderkennen.³³² Slechts in het geval deze beoordeling geen uitsluitsel geeft, omdat het antwoord bij B ‘ja’ luidt,³³³ komt als tweede grond voor non-transparantie het ‘open karakter’ van de rechtsvorm aan de orde. Deze is verwerkt in de vragen C en D. De gelaagde structuur van het kwalificatiebesluit 2004 komt derhalve overeen met de ‘duale opvatting’ van de wetgever ten aanzien van non-transparantie, waarbij een rechtsvorm als zelfstandige verschijningsvorm is aan te merken, indien (i) de resultaten niet (langer) voor rekening en risico van de participanten komen,³³⁴ dan wel (ii) de rechtsvorm een open karakter heeft.³³⁵

Anders dan de wetgever, heeft de uitvoerder in het kwalificatiebesluit 2004 ten aanzien van de categorie ‘CV-achtigen’ uitdrukkelijk een eigen kwalificatiekader geïntroduceerd. Hiermee wordt een derde pijler binnen het beoordelingskader geïntroduceerd, waarbinnen uitsluitend het ‘open karakter’ een rol speelt.³³⁶ Deze afwijkende positie van de ‘CV-achtige’ binnen het besluit is gedeeltelijk te verklaren vanuit het arrest *BNB 1982/268*.³³⁷ Op grond van deze uitspraak is de rechtsvorm immers ten aanzien van de voor het geheel aansprakelijke vennoot altijd transparant. De aanwijzing van een rechtsvorm als zijnde een CV-achtige dient dan ook ter vaststelling van de aanwezigheid van een rechtsvorm die mogelijk partieel fiscaal transparant is. Voor het niet per definitie transparante gedeelte, namelijk het gedeelte dat de niet-aansprakelijke vennoten aangaat, wordt de rechtsvorm wederom beoordeeld, waarbij A, B en C kunnen worden overgeslagen.³³⁸

Opvallend is de ‘scharnierfunctie’ die het aansprakelijkheidscriterium binnen de methode van het kwalificatiebesluit 2004 vervult. Het criterium van de ‘onbeperkte aan-

329 Zie onderdeel 3.3.1 van het kwalificatiebesluit 2004.

330 Zie ook Van Kempen 2005 en de aantekening van de Redactie Vakstudie Nieuws in *V-N 2005/5.12*. De onderworpenheidseis is overigens niet te vinden in de veronderstellingen van de wetgever.

331 Zoals opgemerkt, is echter het ‘uitdelingsbesluit’ als criterium verlaten.

332 Van Kempen 2005, koppelt de criteria (A) en (B) aan het bezit van ‘rechtspersoonlijkheid’, hetgeen een variant is van het ‘voor rekening en risico van’-criterium.

333 Het besluit geeft geen uitkomst, indien zowel (A) als (B) met ‘nee’ worden beantwoord. Alhoewel deze situatie niet (vaak) zal voorkomen, neem ik aan dat ook in een dergelijk geval toetsing aan (C) en (D) dient te volgen. Hierdoor blijft het ‘gewicht’ dat de staatssecretaris aan het aansprakelijkheidscriterium heeft toegekend in nevelen gehuld.

334 In dat geval is de ‘steunfunctie van de vennootschapsbelasting’ de dragende grond voor het aanmerken van de entiteit als zelfstandig rechtssubject.

335 In dat geval is ‘corporate resemblance’ de dragende grond voor het aanmerken van de entiteit als zelfstandig rechtssubject.

336 In de *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel 1.01.B.c2., wordt gesproken van een derde beslislregel.

337 Zie omtrent het arrest *BNB 1982/268* ook paragraaf 4.4.2.

338 Een rechtsvorm die doorgaat voor ‘CV-achtige’ voldoet immers per definitie niet aan criterium (B).

sprakelijkheid³³⁹ van de participanten is dominant binnen de impliciete vraag naar de 'rechtspersoonlijkheid', zoals die in de vragen (A) en (B) besloten ligt. De mogelijkheid om de juridische eigendom van vermogensbestanddelen te bezitten, wordt als factor 'overruled' door het criterium van de onbeperkte aansprakelijkheid van één of meer van de participanten. Bij de beoordeling of de resultaten van een rechtsvorm voor rekening en risico van de achterliggende participanten komen, is de onbeperkte aansprakelijkheid klaarblijkelijk het doorslaggevend criterium. Indien de participanten onbeperkt aansprakelijk zijn, kan volgens het besluit uitsluitend nog de vrije verhandelbaarheid van de participaties tot non-transparantie van de rechtsvorm leiden.³⁴⁰

Voorts valt op dat het criterium van een 'in aandelen verdeeld kapitaal' uitsluitend ten aanzien van de 'overige rechtsfiguren' wordt aangelegd.³⁴¹ Ten aanzien van de rechtsfiguren die een evenknie zijn van de Nederlandse commanditaire vennootschap – waarvan het kapitaal civielrechtelijk *niet* in aandelen is verdeeld³⁴² – komt een verwijzing naar dit kenmerk niet terug. Ten aanzien van de CV-achtigen is klaarblijkelijk voldoende dat de participanten vrij kunnen toe- en uittreden en valt de vraag naar de aanwezigheid van 'een in aandelen verdeeld kapitaal' weg tegen de achtergrond van de mogelijkheid om vrij toe en uit te treden. Mogelijk heeft de besluitgever hier art. 2, lid 3, onderdeel f, AWR³⁴³ impliciet toegepast en daaraan de gevolgtrekking verbonden dat de open CV een – fictief – in aandelen verdeeld kapitaal bezit.³⁴⁴

CV-achtigen

In het kwalificatiebesluit 2004 komt de hiervóór genoemde (impliciete) aanname – naar mijn mening ten onrechte – niet duidelijk tot uitdrukking. Uitgaande van de veronderstelling dat de commanditaire deelgerechtigdheid in een open commanditaire vennootschap, althans in fiscaalrechtelijke zin, als 'aandeel' wordt aangemerkt, is de 'status aparte' van de open CV eigenlijk overbodig. De aanwezigheid van een 'aandeel' zou dan betekenen dat ten aanzien van het commanditaire gedeelte van een open commanditaire vennootschap het reguliere kwalificatiekader kan worden toegepast. Bij toetsing aan de criteria (A) t/m (D) zou immers, bij een beoordeling vanuit de participant en met inachtneming van 'de splitsingsleer', een vergelijkbare uitkomst worden bereikt, zonder daartoe de

339 Onbeperkte aansprakelijkheid houdt volgens het kwalificatiebesluit 2004 in dat de aansprakelijkheid verder kan reiken dan het ingelege vermogen en niet op voorhand is gemaximeerd tot een vast bedrag. Tevens kan naast primaire aansprakelijkheid (de participanten kunnen rechtstreeks worden aangesproken door de crediteuren) ook subsidiaire aansprakelijkheid (de participanten kunnen pas worden aangesproken nadat is gebleken dat de rechtsvorm zijn verplichtingen niet kan nakomen) tot onbeperkte aansprakelijkheid leiden. Alhoewel naar alle waarschijnlijkheid ook interne aansprakelijkheid – de participanten zijn verplicht om tekorten in het vermogen aan te zuiveren – tot onbegrensde aansprakelijkheid kan leiden, is het kwalificatiebesluit op dit punt niet geheel duidelijk. Zie Van Kempen 2005.

340 Overigens wordt de vraag naar de onbegrensde aansprakelijkheid niet alleen ten aanzien van de 'overige rechtsfiguren' gesteld, maar ook ten aanzien van de 'CV-achtigen'. Voorwaarde voor gelijkstelling met een commanditaire vennootschap is immers dat één van de participanten onbeperkt aansprakelijk is (punt 3), en de overige vennoten slechts tot het bedrag van hun inbreng (punt 4). Vervolgens is dan niet langer relevant bij 'wie' de juridische eigendom van de vermogensbestanddelen berust, maar wordt de gedeeltelijke non-transparantie van de rechtsvorm uitsluitend beoordeeld op basis van criterium (D).

341 In onderdeel 3.3.1 van het besluit wordt opgemerkt dat onder een in aandelen verdeeld kapitaal mede wordt verstaan een 'kapitaaldeelname die maatschappelijk aan aandelen gelijk kan worden gesteld'.

342 Zie art. 19, lid 3, WvK. Zie uitgebreider ten aanzien van de vraag of de open CV 'een in aandelen verdeeld kapitaal' heeft, Peeters 2004.

343 Art. 2, lid 3, onderdeel f, AWR luidt: 'De belastingwet verstaat onder aandeel: mede de deelgerechtigdheid van een commanditaire vennoot in een open commanditaire vennootschap.'

344 Peeters 2004, is van mening dat uit de fictie van art. 2, lid 3, onderdeel f, AWR niet mag worden afgeleid dat de open CV een in aandelen verdeeld kapitaal heeft. Hij verwijst in dit kader naar de besluiten opgenomen in BNB 1992/55 (inmiddels ingetrokken, zie BNB 2008/121) en Infobulletin 2001/107 (inmiddels ingetrokken, zie BNB 2007/69).

aparte categorie 'CV-achtigen' in het leven te roepen. Bij de beherend vennoot ontbreekt immers een 'aandeel', hetgeen in combinatie met de onbepaalde aansprakelijkheid – beoordeeld aan de hand van de criteria (A) t/m (D) – voor hem tot transparantie van de rechtsfiguur leidt. Beoordeeld vanuit de niet-aansprakelijke vennoot, zou bij toetsing aan de generieke criteria blijken dat het commanditaire gedeelte non-transparant is bij vrije toe- en uittreding. De combinatie van een gefingeerd 'aandeel' en 'vrije verhandelbaarheid' zijn voldoende voor non-transparantie.

Het voorgaande brengt mee dat het kwalificatiebesluit 2004 naar mijn overtuiging ook teveel is gericht op het onderscheid tussen 'CV-achtigen' en 'overige rechtsfiguren'. Hierbij bestaat overigens het merkwaardige effect dat een CV-achtige een onderneming dient te drijven om als CV-achtige te worden aangemerkt. Voor de overige rechtsfiguren is de aard van de activiteit niet relevant. Voorts kan ten aanzien van CV-achtigen de noodzaak van een eigen toetsingskader worden betwijfeld. De kwalificatie van een CV-achtige kan worden bepaald op grond van de subjectgerichtheid van het stelsel en de splitsingsleer van BNB 1982/268. Het onderscheid hoeft in het kwalificatiebesluit 2004 dan ook niet noodzakelijkerwijs tot een 'derde pijler' voor CV-achtigen te leiden. Het criterium bij de kwalificatie van een 'niet-rechtspersoonlijkheid' bezittende rechtsvorm is immers of het kapitaal 'geheel of ten dele' in aandelen is verdeeld, waarna vervolgens dient te worden beoordeeld of de 'aandelen' ook vrij verhandelbaar zijn. Overigens kan tevens de vraag worden gesteld naar de relevantie van een 'in aandelen verdeeld kapitaal' als kwalificatiecriterium. Ten aanzien van CV-achtigen wordt daaraan, zoals opgemerkt, de facto voorbijgegaan. Ook ten aanzien van andere rechtsfiguren blijft het begrip 'een in aandelen verdeeld kapitaal' onduidelijk, terwijl de essentie daarvan toch in de vrije toe- en uittreding van de participanten is gelegen.

Het had mijns inziens meer in lijn gelegen met de bedoeling van de wetgever om het 'derde spoor' van de CV-achtige te vermijden. De rechtsfiguren die nu als 'CV-achtigen' worden bestempeld, zouden – rekening houdende met de splitsingsleer – volgens het generieke kwalificatiekader kunnen worden afgewikkeld. Daarnaast zou een duidelijke(re) definitie van het begrip 'aandelen', dan wel daarmee 'in maatschappelijke zin gelijk te stellen kapitaaldeelnames' wenselijk zijn. Hiermee zou de onduidelijkheid worden weggenomen die nog altijd ten aanzien van dit begrip bestaat. Het besluit leidt nu onnodig tot verwarring, door belang toe te kennen aan het kunstmatige onderscheid tussen 'CV-achtigen' en 'overige rechtsfiguren', terwijl uitsluitend de aanwezigheid van verhandelbaarheid van de gerechtigdheid relevant is.³⁴⁵

4.3.3 Besluit van 11 december 2009, BNB 2010/58

Het kwalificatiebesluit uit 2004 is vervangen door het Besluit van 11 december 2009 (hierna ook: 'kwalificatiebesluit 2009').³⁴⁶ Het kwalificatiebesluit 2009 heeft in beginsel dezelfde reikwijdte als het kwalificatiebesluit 2004 en geldt voor de Wet IB 2001, Wet Vpb 1969 en Wet DB 1965. Ook in het kwalificatiebesluit 2009 wordt een samenwerkingsverband opgevat als een rechtsvorm die zich bezighoudt met het drijven van een onderneming dan wel het beleggen van vermogen. De opmerking dat het kwalificatiebesluit niet

345 Een voorbeeld van de onduidelijkheid die hierdoor ontstaat, is terug te vinden bij Van Kempen 2005. Zij merkt op: 'De consequentie van het besluit lijkt te zijn dat een buitenlandse general partnership die vrij verhandelbare aandelen (in juridische of maatschappelijke zin) uitgeeft non-transparant is, maar transparant wordt ten aanzien van de general partners ingeval er een limited partner toetreedt die bijvoorbeeld recht krijgt op 1% van de winst.' Deze onduidelijkheid is naar mijn mening het gevolg van het overbodige onderscheid dat in het besluit wordt gemaakt tussen CV-achtigen en 'overige rechtsfiguren'.

346 Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, BNB 2010/58. Zie over het kwalificatiebesluit 2009 Beudeker 2010.

van toepassing is op samenwerkingsverbanden die naar Nederlandse maatstaven worden aangemerkt als een financierings- of geldleningsovereenkomst is nieuw.³⁴⁷

Ook de opmerking dat het 'samenwerkingsverband' ook uit slechts één aandeelhouder of participant mag bestaan, is nieuw ten opzichte van het kwalificatiebesluit 2004. In het kwalificatiebesluit wordt herhaald dat het toetsingsmodel niet van toepassing is op – onder meer – stichtingen, trusts en overige doelvermogens. Belangrijk verschil is dat het kwalificatiebesluit 2009 uitdrukkelijk de mogelijkheid open laat om in een specifiek geval tot een andersluidende kwalificatie te komen. Ook is de lijst met samenwerkingsverbanden thans opgenomen op de site van de Belastingdienst en heeft deze een indicatief karakter gekregen.³⁴⁸ Alhoewel begrip moet worden opgebracht voor de mogelijkheid om 'fiscaal maatwerk' te leveren, komt de mogelijkheid tot het maken van uitzonderingen de rechtszekerheid die aan het besluit kan worden ontleend natuurlijk niet ten goede.³⁴⁹

Toelichting op de criteria (A) t/m (D)

De vier kwalificatiecriteria (A) t/m (D) zijn nagenoeg ongewijzigd overgenomen uit het kwalificatiebesluit 2004.³⁵⁰ Alleen de toelichting bij de verschillende criteria wijkt op onderdelen af. In de eerste plaats is de toelichting op de vraag naar de juridische eigendom (criterium (A)) uitgebreid. Het kwalificatiebesluit 2004 volstond met de opmerking dat het samenwerkingsverband de 'juridische eigendom kan hebben van de vermogensbestanddelen'. In het kwalificatiebesluit 2009 wordt verlangd dat het samenwerkingsverband 'op naam van het samenwerkingsverband' de vermogensbestanddelen kan verwerven, alsmede dat het samenwerkingsverband rechten en verplichtingen kan aangaan. De verkrijging van de eigendom door inschrijving van het samenwerkingsverband in een handelsregister of een vergelijkbaar instituut waardoor de rechtsvorm rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, wordt met het voorgaande gelijkgesteld. Hiermee wordt vermoedelijk geanticipeerd op de invoering van titel 7:13 BW. De huidige omschrijving van het 'eigendoms criterium' leidt tot een nadere afbakening en houdt in strikte zin een aanscherping in. Het komt mij echter voor dat met deze toelichting geen inhoudelijke wijziging is beoogd, maar slechts een verduidelijking.

Hetzelfde kan worden gezegd van de aangepaste toelichting op het aansprakelijkheids criterium (criterium (B)). Hier is de toelichting van de besluitgever juist ingekort ten opzichte van het kwalificatiebesluit 2004. De ingekorte toelichting is het gevolg van de gewijzigde formulering van het 'aansprakelijkheids criterium'. In de toelichting wordt volstaan met de opmerking dat een beperkte aansprakelijkheid inhoudt dat de aansprakelijkheid zich niet verder uitstrekt dan tot het bedrag van het ingelegde vermogen dan wel de volstoringsverplichting. Bij een *on*beperkte aansprakelijkheid, zo wordt opgemerkt, is de inbreng niet gemaximeerd tot een vast bedrag. Ik neem aan dat, evenals onder het kwalificatiebesluit 2004, ook subsidiaire aansprakelijkheid kan leiden tot een situatie waarin de aansprakelijkheid niet op voorhand tot het bedrag van de inleg is gemaximeerd. Hetzelfde heeft mijns inziens te gelden voor interne aansprakelijkheid. Ook die kan leiden tot een hogere inleg dan aanvankelijk voorzien. Gezien de formulering zou dan ook sprake kunnen zijn van een ruimere benadering van het aansprakelijkheids criterium. Ook hier lijkt mij geen inhoudelijke wijziging beoogd, maar slechts een nadere verduidelijking te zijn gegeven.

347 Zie Jorritsma 2010, die het verschil tussen een samenwerkingsverband en een geldleningsovereenkomst zoekt in 'het element van samenwerking'.

348 www.belastingdienst.nl/download/2440.html.

349 De Redactie Vakstudie Nieuws plaatst hier dan ook terecht een kanttekening bij in de aantekening bij het besluit in V-N 2009/65.17. Zie ook Beudeker 2010.

350 Alleen het aansprakelijkheids criterium is anders geformuleerd. In het besluit uit 2004 werd beoordeeld of ten minste één participant onbeperkt aansprakelijk was, terwijl in het kwalificatiebesluit 2009 de omgekeerde vraag wordt gesteld, namelijk of alle participanten beperkt aansprakelijk zijn.

De toelichting ten aanzien van het criterium een ‘in aandelen verdeeld kapitaal’ (criterium (C)) is aanmerkelijk veranderd ten opzichte van het kwalificatiebesluit 2004. In het kwalificatiebesluit 2004 werd uitsluitend opgemerkt dat een in aandelen verdeeld kapitaal tevens inhoudt de kapitaaldeelname die maatschappelijk aan aandelen kan worden gelijkgesteld. Weliswaar kon uit deze toevoeging een ruime benadering ten aanzien van het begrip ‘een in aandelen verdeeld kapitaal’ worden afgeleid, houvast bood deze uitbreiding echter niet. Het begrip ‘een in aandelen verdeeld kapitaal’ is namelijk nooit van een eenduidige definitie voorzien,³⁵¹ zodat ook de gelijkstelling daarmee lastig te bepalen is. Opmerkelijk is dan ook de stringente invulling die in het kwalificatiebesluit 2009 wordt gegeven aan het begrip ‘een in aandelen verdeeld kapitaal’ alsmede de daaraan ‘in maatschappelijke zin’ gelijk te stellen situatie:

‘Indien het vennootschappelijke kapitaal is verdeeld in gelijke of evenredige gedeelten (participaties), die recht geven op een evenredig deel van de winst en liquidatieuitkering en evenredige zeggenschap, zal het kapitaal in maatschappelijke zin gelijkgesteld worden met een in aandelen verdeeld kapitaal.’

Het moet derhalve gaan om een verdeling van het kapitaal in (i) gelijke of evenredige gedeelten, die recht geven op (ii) een evenredig deel van de winst en (iii) het liquidatiesaldo, alsmede (iv) de zeggenschap. Het komt mij voor dat deze cumulatieve vereisten te streng zijn en in veel gevallen bij toepassing ten aanzien van Nederlandse kapitaalvennootschappen met een in ‘civielrechtelijke zin in aandelen verdeeld kapitaal’ al tot discussie zouden kunnen leiden.³⁵² Ook is het belang van een ‘aandeel’ bij CV-achtigen mij niet geheel duidelijk. De CV-achtigen worden – ook in het huidige kwalificatiebesluit – uitsluitend getoetst aan het criterium van de vrije toe- en uittreding (criterium (D)). Voor die rechtsfiguren is bijvoorbeeld de zeggenschap in het geheel niet van belang en wordt een ‘aandeel’ verondersteld (art. 2, lid 3, onderdeel f, AWR). Wellicht bestaat in die gevallen een aandeel in ‘fiscale zin’, naast het aandeel in ‘civielrechtelijke zin’ en het aandeel in ‘maatschappelijke zin’. Duidelijk is dit evenwel niet.

Methode van het kwalificatiebesluit 2009

Voor wat betreft de volgorde en weging van de criteria wordt in het kwalificatiebesluit 2009 een andere benadering gekozen.³⁵³ Deze benadering is in een bijlage bij het besluit als stroomschema weergegeven. Het kwalificatiebesluit 2009 hanteert als vertrekpunt dat een kapitaalvennootschap in beginsel een non-transparante entiteit is en een personenvennootschap een transparante entiteit. Bij kapitaalvennootschappen is volgens het besluit vrijwel steeds sprake van een entiteit waarbij de eigendom bij het samenwerkingsverband rust, alle participanten beperkt aansprakelijk zijn en het kapitaal in aandelen is verdeeld. Ook worden de statuten veelal naar dwingend recht opgesteld en eventueel naar aanvullend recht ingevuld. In die gevallen wordt voldaan aan ten minste drie van de vier van de kwalificatiecriteria en is de entiteit non-transparant. Gezien de toelichting wordt hierbij duidelijk gerefereerd aan de criteria (A) t/m (C).

351 Zie Snel 2010, over het begrip ‘een in aandelen verdeeld kapitaal’.

352 Het is te voorzien dat de voorgestelde aanpassingen met betrekking tot ‘aandelen’ in de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Kamerstuk 31 058) in zijn algemeenheid tot complicaties van fiscale aard zullen leiden. In de ‘Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht’ (Kamerstuk 32 426) worden enkele van deze complicaties bestreden. Zie omtrent enkele fiscale aspecten van het wetsvoorstel 31 058 o.a. Van der Sangen 2007, Mos 2007 en Zuidgeest 2007. In het bijzonder ten aanzien van de gevolgen voor de fiscale kwalificatie van rechtsvormen kan worden verwezen naar de punten in onderdeel 3.1 en 3.2 van het NOB-commentaar bij de ‘Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht’.

353 Uiteindelijk komt deze benadering in veel gevallen overeen met de volgorde die in het kwalificatiebesluit 2004 wordt gehanteerd.

Vervolgens wordt opgemerkt dat ook sprake kan zijn van een non-transparante kapitaalvennootschap in het geval niet wordt voldaan aan ten minste drie van de vier criteria, en wel indien:

‘vaststaat dat de aansprakelijkheid van alle participanten in een samenwerkingsverband beperkt is tot hun inleg dan wel de volstortingsverplichting, de onderneming eigendom is van het samenwerkingsverband en de onderneming ook overigens niet voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven’.

In dat geval wordt dus getoetst aan criteria (A) en (B) en aan het – voor het overige niet toegelichte – ‘ook overigens voor rekening en risico van’-criterium, zoals dat afkomstig is uit HR 2 juni 2006, BNB 2006/288.³⁵⁴ De toetsing aan de criteria (A) en (B) is bekend uit het kwalificatiebesluit 2004. De slotbeoordeling of de resultaten ‘niet ook overigens’ voor rekening en risico van de participanten komen is echter een nieuw. Het is zonder meer teleurstellend te noemen voor de rechtspraak, voor wie het kwalificatiebesluit toch is opgesteld, dat een nadere toelichting ten aanzien van dit nieuwe criterium ontbreekt.³⁵⁵ Hier had de bewindsman de door de Hoge Raad in BNB 2006/288 geïntroduceerde slotbeoordeling van een praktische uitwerking kunnen voorzien. Het kwalificatiekader verliest door deze ‘resttoets’ de eenduidigheid die het voorgaande kwalificatiebesluit wel bood voor rechtsvormen die voldeden aan de criteria (A) en (B).

Naast de rechtsvormen die als ‘kapitaalvennootschappen’ kunnen worden aangemerkt, worden de ‘personenvennootschappen’ genoemd. Het gaat daarbij om die rechtsvormen die op basis van de eerdere toets niet worden aangemerkt als kapitaalvennootschap. Het kwalificatiebesluit neemt als uitgangspunt dat een personenvennootschap fiscaal transparant is. Personenvennootschappen zijn, aldus het kwalificatiebesluit 2009, gericht op de persoonlijke samenwerking van de participanten. Bij een personenvennootschap is ten minste één van de participanten onbeperkt aansprakelijk en in civielrechtelijke zin heeft de vennootschap geen in aandelen verdeeld kapitaal. In maatschappelijke zin kan het vennootschappelijke kapitaal echter wel in aandelen zijn verdeeld. Nadat is vastgesteld dat een rechtsvorm de kenmerken heeft van een personenvennootschap, kan alsnog sprake zijn van non-transparantie. Daarbij dient te worden beoordeeld of:

‘(a) sprake is van een samenwerkingsverband dat overeenkomt met een Nederlandse (open) commanditaire vennootschap (CV) dan wel of (b) de personenvennootschap in casu als kapitaalvennootschap deelneemt aan het economische verkeer.’

Ten aanzien van de CV-achtigen gelden zes criteria. Het betreft allereerst de vijf criteria die ook in het voorgaande kwalificatiebesluit waren opgenomen om tot een CV-achtige te concluderen,³⁵⁶ aangevuld met de eis dat geen sprake mag zijn van een in aandelen verdeeld kapitaal. Ten aanzien van deze zesde voorwaarde ontbreekt iedere toelichting. Ook ontgaat mij de relevantie van deze toevoeging, anders dan dat in die gevallen het kader voor kapitaalvennootschappen dient te worden gevolgd. Voor een zinvolle invulling van deze voorwaarde moet worden aangenomen dat de gelijkstelling met een ‘in maatschappelijke zin’ in aandelen verdeeld kapitaal niet geldt. Hetzelfde geldt voor de gelijkstelling van art. 2, lid 3, onderdeel f, AWR. Anders zou niet snel tot een CV-achtige kunnen worden geconcludeerd. De rechtsvormen die aan de voorwaarden van een CV-achtige voldoen, worden uitsluitend beoordeeld op het criterium van de vrije toe- en uittreding ex art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR (criterium (D)).

354 Het arrest en het ‘ook overigens-criterium’ worden behandeld in paragraaf 4.4.1.

355 Zie ook Beudeker 2010 en de aantekening bij het kwalificatiebesluit 2009 in V-N 2009/65.17.

356 Zie voetnoot 325.

Ten slotte maakt het kwalificatiebesluit 2009 – naast de CV-achtigen – binnen de categorie personenvennootschappen nog onderscheid naar de groep ‘quasi-kapitaalvennootschappen’. Het gaat hierbij om personenvennootschappen die vanwege hun civielrechtelijke structuur gelijkgesteld kunnen worden met kapitaalvennootschappen. Hierbij wordt getoetst aan de criteria (C) en (D), aan de hand van het arrest HR 24 november 1976, *BNB* 1978/13. In paragraaf 4.5.4.1 wordt uitgebreid ingegaan op het criterium van een ‘in aandelen verdeeld kapitaal’.

Uit het voorgaande volgt dat het kwalificatiebesluit 2009 een dubbele ‘twee sporenbenadering’ kent. Allereerst worden de kapitaal- en personenvennootschappen onderscheiden. Daarbij is een kapitaalvennootschap een non-transparant lichaam en een personenvennootschap in beginsel een transparante rechtsvorm. Binnen de categorie personenvennootschappen kunnen dan vervolgens de ‘CV-achtigen’ en de vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal worden onderkend. Beide personenvennootschappen zijn alsnog fiscaal non-transparant, indien wordt voldaan aan de toets van de vrije toe- en uittreding. Voorts kan worden geconcludeerd dat het kwalificatiebesluit 2009 een duidelijke ‘opwaardering’ inhoudt van het criterium dat het vennootschappelijke kapitaal in aandelen dient te zijn verdeeld. Bij iedere stap komt de vraag naar de in aandelen verdeeldheid van het kapitaal terug. Gezien de principiële onduidelijkheid omtrent dit begrip en de stringente uitleg daarvan in het besluit, is naar mijn mening sprake van een verslechtering ten opzichte van het kwalificatiebesluit 2004. Ook op andere punten leidt het besluit tot een vermindering van de rechtszekerheid.³⁵⁷

4.4 CRITERIA VOOR FISCALE NON-TRANSPARANTIE IN DE RECHTSPRAAK

In de jurisprudentie van de Hoge Raad is de fiscale kwalificatie van buitenlandse rechtsfiguren een enkele keer aan de orde gekomen.³⁵⁸ Hieruit kan worden afgeleid dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen rechtsvormen waarbij de resultaten niet langer voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen en rechtsvormen waarbij de toe- en uittreding ‘vrij’ is. Hierbij lijkt te gelden dat het criterium van ‘de vrije toe- en uittreding’ uitsluitend wordt aangelegd indien de resultaten – niettegenstaande de aanwezigheid van de intermediaat – ‘voor rekening en risico’ van de achterliggende participanten komen. Het criterium van de vrije verhandelbaarheid van de participaties wordt als een zelfstandig, secundair criterium aangelegd. Hierna wordt de rechtspraak met betrekking tot het kwalificatieleerstuk nader geanalyseerd.

4.4.1 Het voor ‘rekening en risico van’-criterium

Uit rechtspraak omtrent de fiscale kwalificatie van (buitenlandse) rechtsfiguren kan worden afgeleid dat in de eerste plaats de rechtstreekse gerechtigdheid van de participanten tot het resultaat als doorslaggevend criterium wordt beschouwd. De vraag naar de rechtstreekse gerechtigdheid kan naar mijn mening worden gezien als uitwerking van het centrale ‘voor rekening en risico van’-criterium. In dit verband kan worden gewezen op de oudere arresten HR 31 december 1924, *B.* 3569 (inzake een Offene Handelsgesellschaft) en HR 7 juni 1939, *B.* 6925 (inzake een Société à Responsabilité limitée). Uit beide uitspraken kan de rechtsregel worden afgeleid dat geen zelfstandige entiteit wordt aangenomen, indien ‘de gemaakte winst rechtstreeks aan de vennoten toekomt’. De uitspraken maken evenwel niet duidelijk welke criteria bepalend zijn voor de vaststelling dat de ‘rechten en verplichtingen waarom het hier gaat, die van de onderwerpelijke [entiteit] zijn’.³⁵⁹ Sterker

357 Zie ook Beudeker 2010.

358 Ook in de lagere rechtspraak is het kwalificatievraagstuk slechts een enkele keer aan de orde gekomen.

359 Afkomstig uit *B.* 6925.

nog, nu een nader inzicht in de onderliggende criteria ontbreekt, is de genoemde rechtsregel eigenlijk een cirkelredenering.

HR 2 juni 2006, BNB 2006/288

Het heeft lange tijd geduurd voordat de Hoge Raad verduidelijking heeft gegeven ten aanzien van de criteria die van belang zijn bij de beoordeling van 'een rechtstreekse gerechtigdheid' in de vennootschapsbelastingbenadering. Niet eerder dan in BNB 2006/288 is een nadere precisering gegeven.³⁶⁰ In deze zaak stond de fiscale kwalificatie van een Delaware LLC ter discussie. In navolging van de oudere rechtspraak beoordeelde de Hoge Raad aan wie het resultaat toekomt dat door de LLC is behaald. De criteria worden daarbij geformuleerd in het kader van de beoordeling of de resultaten 'voor rekening en risico' van de participanten komen. De Hoge Raad overweegt dienaangaande als volgt:³⁶¹

'Het Hof heeft geoordeeld dat de LLC voor Nederlandse fiscale doelen niet transparant is. Het heeft dat oordeel gebaseerd op de overwegingen (i) dat de participanten in casu slechts aansprakelijk zijn tot hun inleg, (ii) dat de onderneming van de LLC in casu eigendom is van de LLC en (iii) dat de onderneming van de LLC ook overigens in casu niet feitelijk voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven. Voorzover dat oordeel is gebaseerd op de uitleg van de LLC-agreement en het recht van de Staat Delaware, is het niet onbegrijpelijk. Het oordeel geeft voor het overige geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De vraag of de participaties al dan niet overdraagbaar zijn, behoefde door het Hof niet te worden beantwoord.'

Ik realiseer mij dat het niet altijd mogelijk is aan gemengde hofoordelen die door de Hoge Raad in stand zijn gelaten 'harde rechtsregels' te ontlelen.³⁶² Met enige voorzichtigheid zal ik proberen in kaart te brengen hoe de Hoge Raad in dit arrest de kwalificatie van de LLC lijkt te beoordelen.

In de eerste plaats neemt de Hoge Raad in de geciteerde rechtsoverweging de nadere precisering van het 'voor rekening en risico van'-criterium over en houdt, in navolging van het Hof, drie cumulatieve voorwaarden aan:

- 1) De participanten zijn slechts aansprakelijk tot het bedrag van hun inleg;
- 2) De onderneming is eigendom van de rechtsfiguur; en
- 3) De onderneming wordt niet overigens feitelijk voor rekening en risico van de participanten gedreven.

Een juridische intermediatie die aan deze criteria voldoet, vormt naar het oordeel van de Hoge Raad een non-transparante entiteit. In dat geval komen de resultaten niet voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden. De genoemde combinatie van factoren is doorgaans aanwezig bij rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen. Het gaat hierbij om rechtspersoonlijkheid in 'de klassieke opvatting', waarbij de rechtspersoon niet alleen zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is, maar tevens de beperkte aansprakelijkheid van de achterliggende personen meebrengt. Het is deze vorm van rechtspersoonlijkheid die de wetgever ten tijde van de invoering van de Wet Vpb 1969 voor ogen moet hebben gestaan.

De Hoge Raad beschouwt de beperkte aansprakelijkheid van de participanten en het eigendomsvraagstuk als belangrijkste criteria bij de kwalificatie van rechtsvormen en plaatst deze in de sleutel van het 'voor rekening en risico van'-criterium. De relevantie van deze criteria kwam al eerder aan de orde in de lagere rechtspraak.³⁶³ Opvallend is voorts

360 HR 2 juni 2006, BNB 2006/288.

361 HR 2 juni 2006, BNB 2006/288, r.o. 3.2.

362 Zie Lubbers 2007, paragraaf 8.4.

363 Zie Hof Amsterdam 4 januari 1995, Infobulletin 1995/315 inzake een Franse Société en Nom Collectief, waarbij het Hof ook nog belang toekende aan de niet-verhandelbaarheid van de 'parts'.

dat het restcriterium dat de onderneming 'ook overigens niet feitelijk voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven' door de Hoge Raad wordt overgenomen. De Hoge Raad houdt met dit criterium naar mijn mening een slag om de arm ten aanzien van feiten die kunnen meebrengen dat – ondanks de juridische vormgeving van een intermediaire – de onderneming alsnog voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komt. Het restcriterium maakt duidelijk dat naast het aansprakelijkheids- en eigendomsvraagstuk ook andere aangelegenheden van belang kunnen zijn. De woorden 'ook overigens' geven naar mijn mening aan dat het hierbij uitzonderingsgevallen betreft.

Ook overigens niet feitelijk voor rekening en risico van

Het is niet duidelijk welke omstandigheden binnen het hiervóór genoemde 'restcriterium' een rol spelen en naast de niet-aansprakelijkheid van de participanten en de eigendom bij de rechtsvorm tot gevolg kunnen hebben dat de onderneming toch feitelijk voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven. Voor de invulling daarvan kan wellicht worden aangesloten bij de criteria uit het kwalificatiebesluit 1997. In dat besluit werd gesproken over vermogen dat 'feitelijk voor rekening en risico' van een ander dan de gerechtigde komt.³⁶⁴ Zoals besproken in paragraaf 4.3.1, kwam de invulling van deze uitzondering op de civielrechtelijke hoofdregel echter onvoldoende uit de verf. Het besluit biedt op dit punt dan ook geen houvast bij de uitleg van dit criterium.

Het is mogelijk dat de Hoge Raad met de opmerking dat de resultaten 'feitelijk voor rekening en risico' van de participanten komen, heeft gedoeld op situaties zoals in BNB 1956/273.³⁶⁵ Het betreft gevallen waarin een derde op basis van een eigen rechtsverhouding de resultaten van het vermogen van een zelfstandige entiteit toegerekend kan krijgen. Het betreft in dergelijke gevallen echter een vraagstuk van toerekening en niet van kwalificatie.³⁶⁶ De Redactie Vakstudie Nieuws komt in de aantekening bij het arrest van 2 juni 2006 tot een vergelijkbare conclusie.³⁶⁷

'Overigens merken wij op dat het criterium dat de onderneming ook overigens niet feitelijk voor rekening en risico van de participanten wordt gedreven, ons inziens niet altijd tot transparantie van de entiteit behoeft te leiden. Het is ons inziens zeer wel denkbaar dat een niet transparante entiteit een onderneming voor rekening en risico van diens participanten drijft, bijvoorbeeld op basis van contractuele relatie. Men moet ons inziens kwalificatie van de entiteit en toerekening van onderneming onderscheiden. Wij veronderstellen dat de Hoge Raad dat niet anders heeft bedoeld.'

Het ligt derhalve niet voor de hand dat de Hoge Raad een dergelijke inhoud heeft willen toekennen aan dit restcriterium. Mogelijk heeft de Hoge Raad met deze toevoeging gedoeld op situaties die als 'schijnhandeling' kunnen worden aangemerkt, maar ook dan lijkt het mij dat een dergelijke beoordeling niet binnen het kwalificatievraagstuk behoort te worden ondergebracht.

Ten slotte kan de vraag worden gesteld of het 'uitdelingsbesluit' van belang is bij de beoordeling of de resultaten feitelijk voor rekening en risico van de participanten komen. De wetgever achtte dit criterium immers relevant bij de bepaling van de rechtstreekse gerechtigdheid tot het behaalde resultaat. Ook in het eerste kwalificatiebesluit kwam dit criterium terug. In zijn conclusie bij BNB 2006/288 merkt A-G Wattel op dat het uitdelings-

364 Zie onderdeel Va van het kwalificatiebesluit uit 1997.

365 HR 6 juni 1956, BNB 1956/273. In die zaak ging het om de eventuele toerekening aan de aandeelhouders van een NV op basis van 'een rechtsverhouding', maar werd het bestaan van de entiteit als zodanig niet betwist.

366 Zie paragraaf 3.3.3.

367 Zie V-N 2006/33.12. Het eerste woordje 'niet' in de eerste volzin berust waarschijnlijk op een verschrijving.

besluit als nadere uitwerking van het hoofd criterium van de rechtstreekse gerechtigdheid kan worden gezien.³⁶⁸

Mijns inziens is het ontbreken van een uitdelingsbesluit om vast te stellen dat de resultaten feitelijk voor rekening en risico van de participanten komen nauwelijks relevant. Het ontbreken van een uitdelingsbesluit maakt immers nog niet dat de resultaten daarmee ook 'feitelijk voor rekening en risico' van de participanten komen. Hoogstens kan aan de benodigdheid van een voorafgaand uitdelingsbesluit belang worden toegekend en wel in die situatie dat de resultaten nooit eerder voor rekening van de participanten kunnen komen dan na een uitdelingsbesluit. Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan situaties waarin de betrokkenen geen enkele gerechtigdheid – ook geen indirecte gerechtigdheid – hebben tot het vermogen/inkomen van de entiteit. Bijvoorbeeld bij discretionaire doelvermogens, is de noodzaak van een 'uitdelingsbesluit' reden om te concluderen dat de resultaten tot die tijd *niet* feitelijk voor rekening en risico komen van de achterliggende betrokkenen.

4.4.2 De vrije overdraagbaarheid

Uit de aangehaalde rechtsoverweging uit BNB 2006/288 in paragraaf 4.4.1 kan worden afgeleid dat de vrije verhandelbaarheid van participaties als zelfstandig, secundair criterium wordt aangelegd. De Hoge Raad stelt het oordeel omtrent de vrije overdraagbaarheid van de participaties immers afhankelijk van de uitkomst van het 'voor rekening en risico van'-criterium, die welbeschouwd de primaire toets is binnen het kwalificatieproces. In het geval waarin de resultaten uit een samenwerkingsverband wel rechtstreeks voor rekening en risico van de achterliggende participanten komen, kan volgens de rechtspraak van de Hoge Raad alsnog sprake zijn van een non-transparante entiteit indien de participaties van de te kwalificeren rechtsvorm 'vrij verhandelbaar' zijn.

HR 24 november 1976, BNB 1978/13

Uit het arrest HR 24 november 1976, BNB 1978/13³⁶⁹ blijkt dat de Hoge Raad voor de kwalificatie van een burgerlijke maatschap op aandelen, bij welke rechtsvorm de resultaten rechtstreeks voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen, de vrije verhandelbaarheid – naast de in aandelen verdeeldheid van het kapitaal – expliciet als voorwaarde voor zelfstandigheid stelt. Het rechtscollège komt op basis van een analyse van de wetshistorie tot de conclusie:

'dat uit een en ander blijkt, dat bij de beantwoording van voormelde vraag niet slechts moet worden gelet op de omstandigheid, of het vennootschappelijk kapitaal van de betrokken vennootschap al dan niet in gelijke of evenredige aandelen is verdeeld, maar mede daarop of die vennootschap naar haar aard ook overigens economisch en maatschappelijk met de in genoemde bepaling meer specifiek aangeduide vennootschappen voldoende overeenstemt;

dat aan dat laatste vereiste voor wat betreft de burgerlijke maatschap op aandelen slechts dan is voldaan, indien het vennootschappelijk kapitaal is verdeeld in gelijke of evenredige aandelen, voor de vervreemding waarvan niet de toestemming van alle vennoten is vereist;'

Hiermee volgt de Hoge Raad de gedachte van de wetgever ten aanzien van de open commanditaire vennootschap en het open fonds voor gemene rekening ook ten aanzien van de burgerlijke maatschap op aandelen. De burgerlijke maatschap wordt behandeld als species van het genus 'vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal'. De economische en maatschappelijke vergelijkbaarheid wordt ten aanzien van een rechtsvorm waarbij de participanten rechtstreeks tot het ondernemingsresultaat zijn gerechtigd,

368 Zie onderdeel 4.8 en 4.9 van de conclusie van A-G Wattel in BNB 2006/288.

369 HR 24 november 1976, BNB 1978/13.

gevormd door de omstandigheid dat de participant desalniettemin de hoedanigheid van 'kapitaalverschaffer' aanneemt. Hiervan is volgens de Hoge Raad uitsluitend sprake, indien de samenwerking niet is gericht op de persoonlijke relaties tussen de deelnemers. De navolgende rechtsoverweging uit BNB 1978/13 brengt deze gedachtegang tot uitdrukking. De Hoge Raad oordeelt dat:

'(...) de burgerlijke maatschap op aandelen – in tegenstelling tot de vennootschappen met het oog waarop de onderhavige belasting in het bijzonder in het leven is geroepen, die daarvoor worden getypeerd dat de vennoten in hoofdzaak kapitaalverschaffers zijn – behoort tot dat type vennootschap, waarin de op onderlinge samenwerking gerichte persoonlijke relaties tussen de vennoten het kenmerkend element vormen, welk kenmerk de burgerlijke maatschap op aandelen nog niet verliest wanneer haar vennootschappelijk kapitaal in gelijke of evenredige delen is verdeeld, maar wel wanneer die aandelen zonder toestemming van de andere vennoten kunnen worden vervreemd, omdat daardoor het persoonlijke element in de onderlinge betrekkingen verdwijnt en de burgerlijke maatschap op aandelen economisch en maatschappelijk nadert tot voornoemde kapitaal-vennootschappen;'

Belangrijk is dat het in de benadering van de Hoge Raad onvoldoende is dat een rechtsvorm 'een in aandelen verdeeld kapitaal' heeft, zoals de letterlijke tekst van art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb 1969 doet vermoeden. De Hoge Raad verlangt dat 'die vennootschap naar haar aard ook overigens economisch en maatschappelijk' met de andere in art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb 1969 genoemde vennootschappen overeenstemt. Ten aanzien van rechtsvormen waarbij de resultaten rechtstreeks voor rekening en risico van de achterliggende participanten komen, doet 'corporate resemblance' zich uitsluitend voor, indien de participanten vrij kunnen toe- en trittreden. Deze 'openheid' is derhalve essentieel voor de zelfstandigheid van een rechtsvorm en geeft aan dat de participanten niet vanwege de persoonlijke relatie met elkaar deelnemen in de rechtsfiguur. De economische en maatschappelijke vergelijkbaarheid van een dergelijke rechtsvorm met andere aan de vennootschapsbelasting onderworpen entiteiten is dan zodanig aanwezig dat deze door de rechter als non-transparant subject wordt beschouwd.

HR 7 juli 1982, BNB 1982/268

Een bijzonder arrest met betrekking tot fiscale kwalificatie van rechtsvormen is het arrest HR 7 juli 1982, BNB 1982/268.³⁷⁰ Hierin stond de fiscale kwalificatie van een open commanditaire vennootschap³⁷¹ centraal in verband met de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. In het boekjaar 1973/1974 ontving de open commanditaire vennootschap een dividend van een dochteronderneming. Belanghebbende was van mening dat het gehele dividend onder de deelnemingsvrijstelling kon worden gebracht. De inspecteur nam daarentegen het standpunt in dat uitsluitend het gedeelte van het dividend dat niet toekomt aan de beherende vennoten is vrijgesteld. Het gedeelte dat toekomt aan de beherende vennoten, zo was de gedachtegang van de inspecteur, wordt door de beherende vennoten rechtstreeks genoten. Bij de beherende vennoten kan de deelnemingsvrijstelling dan uitsluitend van toepassing zijn, indien hun rechtstreekse gerechtigdheid tot het aandelenbezit in de dochteronderneming voldoet aan de voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling. In de toelichting op het subsidiaire cassatiemiddel wordt de redenering van de staatssecretaris als volgt uiteengezet:³⁷²

'Aangezien de beherende vennoten krachtens de wettelijke bepalingen ten aanzien van hun gerechtigdheid in het vermogen van de commanditaire vennootschap op aandelen rechtstreeks een onderneming uitoefenen brengt een redelijke wetstoepassing met zich mede het bepaalde in art. 2, eerste lid, letter a, Vpb. '69 aldus te verstaan, dat de onderworpenheid

370 HR 7 juli 1982, BNB 1982/268.

371 Vóór inwerkingtreding van de Wet van 28 mei 1975, Stb. 277, betrof het 'een commanditaire vennootschap op aandelen'.

372 Zie het cassatieberoepschrift, zoals opgenomen in BNB 1982/268.

van belanghebbende aan de heffing van vennootschapsbelasting zich slechts uitstrekt tot dat deel van het vermogen dat toekomt aan de commanditaire vennoten.'

De Hoge Raad neemt deze redenering over en komt tot de zogeheten 'splittingsleer', op basis waarvan een open commanditaire vennootschap deels transparant (voor het gedeelte dat de beheerende vennoten aangaat) en deels non-transparant is (voor het gedeelte dat de commanditaire vennoten aangaat). Deze splittingsleer komt tot uitdrukking in de rechtsoverweging:

'dat een beheerende vennoot in een open commanditaire vennootschap (...) voor zijn aandeel in het resultaat van een dergelijke vennootschap in de heffing van inkomstenbelasting, indien hij een natuurlijk persoon is, dan wel van vennootschapsbelasting, indien hij een lichaam is, rechtstreeks – dat wil zeggen op de grondslag van het behaalde en niet op die van het uitgedeelde resultaat – wordt betrokken; dat hieruit voortvloeit dat, indien in het door de vennootschap behaalde resultaat van belasting vrijgestelde bestanddelen zijn begrepen, ook die bestanddelen rechtstreeks aan de beheerende vennoten voor hun aandeel daarin opkomen, zodat de vrijstelling voor wat betreft de vennootschap slechts van toepassing kan zijn voor zover die bestanddelen niet tot de winst van bedoelde vennoten behoren;'

In deze overweging komt de subjectgerichte benadering binnen het Nederlandse fiscale stelsel tot uitdrukking ten aanzien van de fiscale kwalificatie. De intermediaat van de open commanditaire vennootschap heeft voor de achterliggende subjecten verschillende gevolgen. Geredeneerd vanuit een subjectgerichte insteek beoordeelt de Hoge Raad de intermediaat van de open commanditaire vennootschap vanuit het perspectief van de achterliggende subjecten, daarbij rekening houdend met de verschillende rechtsposities die zijn ontstaan. De intermediaat is daarbij ten aanzien van de beheerende vennoot onvoldoende om tot non-transparantie te concluderen, aangezien deze de resultaten rechtstreeks geniet. De open commanditaire vennootschap brengt ten aanzien van de commanditaire vennoot wel mee dat de rechtstreekse gerechtigdheid wordt doorbroken. In hoeverre de beperkte aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot hierbij van belang is, laat de Hoge Raad in het midden nu de participaties vrij verhandelbaar zijn.

Het gevolg is dat één rechtsvorm tegelijkertijd transparant en non-transparant kan zijn, indien deze voor de achterliggende subjecten verschillende rechtsgevolgen meebrengt. Als voorbeeld kunnen de (open) CV-achtigen worden genoemd, die daarmee de 'centaur van het belastingrecht' zijn. Het arrest *BNB 1982/268* scherpt derhalve in dat de fiscale kwalificatie altijd vanuit het achterliggende subject dient te worden beoordeeld.

4.5 CRITERIA VOOR KWALIFICATIE IN DE LITERATUUR

4.5.1 Inleiding

In de literatuur met betrekking tot het kwalificatieleerstuk dient onderscheid te worden gemaakt tussen bijdragen waarin het bestaande fiscale stelsel wordt geanalyseerd en bijdragen waarin onderzoek wordt gedaan naar een alternatieve vormgeving van het belastingstelsel. In het laatste geval worden de uitgangspunten die de wetgever heeft gehanteerd (gedeeltelijk) losgelaten en ontwikkelt het betoog zich doorgaans in de richting van een rechtsvormneutrale (ondernemings)winstbelasting.³⁷³

Hierna worden enkele opvattingen uit de literatuur besproken waarin het bestaande fiscale stelsel als uitgangspunt is genomen. In de eerste plaats wordt in paragraaf 4.5.2, in chronologisch volgorde, een overzicht gegeven van verschillende opvattingen in de litera-

373 Zie laatstelijk: De Mol-Verver 2008. In hoofdstuk 2 wordt een historisch overzicht gegeven van verschillende voorstellen voor een ondernemingswinstbelasting.

tuur ten aanzien van de kwalificatiecriteria. Daarbij wordt in het bijzonder ingegaan op de ontwikkeling ten aanzien van de opvattingen met betrekking tot de onderlinge verhouding van de verschillende criteria. Vervolgens worden de criteria, zoals die in de literatuur naar voren zijn gekomen, in paragraaf 4.5.3 inhoudelijk besproken.

4.5.2 Kwalificatiemethode en -criteria in de literatuur

In de literatuur is door verschillende auteurs aandacht besteed aan de vraag welke criteria binnen het Nederlandse fiscale stelsel bepalend zijn bij de kwalificatie van rechtsfiguren als zelfstandige entiteit.³⁷⁴ Het is niet mogelijk – evenmin wenselijk – om een uitputtend overzicht te geven van alle opvattingen in de literatuur. Om die reden wordt in deze paragraaf volstaan met een representatieve weergave van de meningen in de literatuur ten aanzien van de methode van kwalificatie en de daarbij van belang zijnde criteria.

4.5.2.1 *Opvatting J.W. Zwemmer*

Vanuit de opsomming van belastingplichtige lichamen in de Wet Vpb 1969 komt Zwemmer tot een indeling van rechtsvormen in twee categorieën.³⁷⁵ Aan de ene kant onderscheidt Zwemmer de 'rechtspersonen die een onderneming drijven' en aan de andere kant de 'niet-rechtspersoonlijkheid bezittende samenwerkingsvormen waarbij de deelgerechtigden vrij vervangbaar zijn'. Deze indelingscriteria³⁷⁶ staan in de benadering van Zwemmer zelfstandig ten opzichte van elkaar, hetgeen wordt toegelicht aan de hand van de BV. De aandelen in deze rechtsvorm zijn in de visie van de auteur beperkt overdraagbaar, maar desalniettemin is de BV – als gevolg van de rechtspersoonlijkheid – een zelfstandige entiteit.

In het vervolg van zijn betoog geeft Zwemmer aan zowel 'rechtspersoonlijkheid' als het criterium van de 'vrije vervangbaarheid' onbevredigende criteria te vinden. Vanwege het ontbreken van een bevredigende rechtsgrond, onderzoekt Zwemmer de mogelijkheid om het onderscheid tussen 'ondernemen en beleggen' als criterium aan te houden. De rechtsgrond voor vennootschapsbelastingplicht zou dan bestaan uit 'het belasten van winst uit een objectieve onderneming welke niet aan ondernemers/natuurlijke personen kan worden toegerekend'. Ook de ondernemende aandeelhouder in een rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschap kan in de opvatting van Zwemmer als 'ondernemer/aandeelhouder' worden aangemerkt, in welk geval het resultaat aan de aandeelhouder wordt toegerekend. De rechtsvorm is in dat geval ten aanzien van hem fiscaal transparant. De rechtsfiguur wordt als zelfstandige entiteit aangemerkt ten aanzien van de winst die aan de aandeelhouder/belegger toekomt. Voor de behaalde winst uit de onderneming kan de aandeelhouder/belegger op grond van uitvoeringstechnische overwegingen niet rechtstreeks worden belast.³⁷⁷

In de benadering van Zwemmer is, indien 'het aandeel' voor de aandeelhouder een beleggingskarakter draagt, de rechtsfiguur ten aanzien van die persoon non-transparant.³⁷⁸ In zoverre vertoont de zienswijze van Zwemmer een opvallende gelijkenis met de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de open CV in BNB 1982/286.³⁷⁹ Het aangebrachte

374 Zonder volledigheid na te streven, noem ik naast de hierna separaat te behandelen auteurs, Van Brunschot 1970, Boekhoudt 1985 en van dezelfde auteur Boekhoudt 1987 en Boekhoudt 1988, Maathuis 1988, Goossen 1991, Bellingwout 1996, Engelen 1998, Merks 1998, Stevens 2002, Scholnis 2003, blz. 175-198 en Stevens 2009.

375 Zie Zwemmer 1978, Zwemmer 1979, Zwemmer 1982a en Zwemmer 1982b. Hierna wordt in het bijzonder ingegaan op de bijdrage uit 1978.

376 Zwemmer 1978, noemt deze indelingscriteria ook wel 'rechtsgronden'.

377 Deze opvatting gaat uit van de gedachte dat de participanten in een 'objectieve onderneming' hebben belegd.

378 Ook het ontbreken van een kanaal, zoals bijvoorbeeld bij de ondernemende stichting, kan volgens Zwemmer 1978, reden zijn om tot non-transparantie te concluderen.

379 Zie ook Van Kempen 1999a, blz. 142.

onderscheid berust evenwel op andere gronden. De Hoge Raad stelt de verschillende gerechtigdheden van de subjecten en de vrije verhandelbaarheid voorop bij de kwalificatie van de rechtsvorm, terwijl Zwemmer de 'aard van de betrokkenheid' van het subject tot de achterliggende onderneming – ondernemer of belegger – als criterium aanhoudt. De daarmee samenhangende beoordeling van het onderscheid tussen de 'aandeelhouder/ondernemer' en de 'aandeelhouder/belegger' leidt overigens tot onduidelijkheden, zoals Zwemmer ook zelf opmerkt. Daarnaast leiden de ondernemingsficties³⁸⁰ op het niveau van de entiteit mijns inziens tot een doorkruising van de door Zwemmer verdedigde opvatting. Het onderscheid tussen inkomsten- en vennootschapsbelasting wordt als gevolg daarvan immers in de meeste gevallen niet gebaseerd op het materiële ondernemingsbegrip, maar berust op een (ondernemings)fictie, zodat de wenselijke rechtsgrond, zoals door Zwemmer bepleit, niet tot uitdrukking komt. De benadering van Zwemmer is daarmee in hoofdzaak een beschrijving van wenselijk recht geworden.

4.5.2.2 *Opvatting A.H.M. Daniels*

In zijn dissertatie concludeert Daniels eveneens dat ten aanzien van de Nederlandse methode voor de fiscale kwalificatie twee hoofdcriteria worden gehanteerd.³⁸¹ Voor fiscale doeleinden worden rechtsfiguren als non-transparante entiteit aangemerkt, indien deze (i) rechtspersoonlijkheid bezitten, dan wel (ii) een open karakter hebben. Beide hoofdcriteria hebben, beoordeeld vanuit de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting, een andere herkomst.³⁸² De tweedeling die ook bij Zwemmer werd aangetroffen, wordt door Daniels verder uitgediept.

Het eerste criterium, het bezit van rechtspersoonlijkheid, dient volgens Daniels te worden bezien in het licht van de 'aanvullende werking' van de vennootschapsbelasting. De rechtspersoonlijkheid, die door Daniels nader wordt gepreciseerd, kan worden omschreven als 'klassieke rechtspersoonlijkheid'.³⁸³ Het gaat om rechtspersoonlijkheid die tot gevolg heeft dat de resultaten niet rechtstreeks voor rekening en risico van de achterliggende participanten komen. Hierbij acht Daniels de vraag naar de eigendom van de vermogensbestanddelen en het aansprakelijkheidsvraagstuk beslissende criteria. Uitgaande van het draagkrachtbeginsel dat aan de inkomstenbelasting ten grondslag ligt, is heffing bij de achterliggende natuurlijke personen in dergelijke gevallen niet mogelijk. Het aangrijppingspunt dient in die gevallen dan ook op het niveau van de entiteit als zelfstandig rechtssubject te liggen.

In de tweede plaats kan non-transparantie volgens Daniels als uitwerking van het 'gelijkheidsbeginsel' aan de orde komen.³⁸⁴ Het gelijkheidsbeginsel brengt dan mee dat een rechtsfiguur, bij evidente functionele gelijkheid met 'rechtspersonen', ook als zelfstandige entiteit aan de belastingheffing dient te worden onderworpen. Deze gelijkheid is aanwezig, indien de 'vrije toe- en uittreding van participanten' mogelijk is. Voor de functionele vergelijkbaarheid met rechtspersonen is niet vereist, zo concludeert Daniels aan de hand van *BNB 1978/13*, dat de entiteit een wijziging in de aansprakelijkheidspositie van de achterliggende participant tot gevolg heeft.

4.5.2.3 *Opvatting J.A.R. van Eijdsen*

Ook Van Eijdsen komt aan de hand van de rechtspraak en literatuur tot de conclusie dat 'in wezen twee criteria' beslissend zijn bij het onderscheid tussen transparante en non-

380 Vergelijk art. 2, lid 2 en art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969

381 Daniels 1991a, blz. 17. Zie ook Daniels 1991b, blz. 354-387.

382 Daniels 1991a, blz. 17-18.

383 Daniels 1991a, blz. 117, omschrijft de klassieke rechtspersoonlijkheid als volgt: 'legal personality in the sense that the entity as a body corporate is the owner of assets and liabilities in its own name and for its own account.'

384 Daniels 1991a, 117-118.

transparante entiteiten.³⁸⁵ In de eerste plaats zijn die entiteiten non-transparant, waarvan de resultaten niet 'rechtstreeks toekomen' aan de achterliggende participanten. In de tweede plaats kan, indien de resultaten wél voor rekening van de achterliggende participanten komen, toch sprake zijn van non-transparantie bij 'vrije vervangbaarheid' van deelnemers.

In een latere bijdrage merkt Van Eijdsen op dat:³⁸⁶

'In de literatuur en jurisprudentie spelen met name vier criteria een rol ter beoordeling of een buitenlandse vennootschap al dan niet transparant is. Dat zijn achtereenvolgens:

- 1 het al dan niet rechtstreeks gerechtigd zijn van de participanten tot de resultaten van de buitenlandse rechtsvorm;*
- 2 de al dan niet vrije vervangbaarheid van de participanten;*
- 3 de rechtspersoonlijkheid van de buitenlandse rechtsvorm;*
- 4 de (on)beperkte aansprakelijkheid van de participanten voor de schulden van de buitenlandse rechtsvorm.'*

Uit de toelichting op deze criteria blijkt dat Van Eijdsen het aansprakelijkheids criterium in verband brengt met het criterium van de rechtstreekse gerechtigdheid. Ondanks de presentatie als nevensgeschikte criteria, ontstaat door de toelichting het beeld van een zekere hiërarchische verhouding tussen de verschillende criteria. Daarbij staan de 'rechtstreekse gerechtigdheid' en 'vrije vervangbaarheid' als hoofdcriteria naast elkaar, en dienen 'de rechtspersoonlijkheid' en 'het aansprakelijkheids criterium' als subcriteria ter invulling van het 'de rechtstreekse gerechtigdheid'.

4.5.2.4 Opvatting M.L.M. van Kempen

In haar dissertatie onderzoekt Van Kempen de relevantie van de civielrechtelijke rechtspersoonlijkheid als criterium bij de fiscale kwalificatie van rechtsvormen.³⁸⁷ Daartoe gaat Van Kempen allereerst op zoek naar de uitgangspunten die de wetgever heeft gehanteerd bij het onderscheid tussen transparante en non-transparante entiteiten. Allereerst constateert Van Kempen dat het huidige fiscale systeem (non-)transparantie verbindt aan rechtspersoonlijkheid enerzijds en aan de vrije verhandelbaarheid van participaties anderzijds.³⁸⁸

Aan de wetsgeschiedenis ontleent Van Kempen drie uitgangspunten voor dit onderscheid.³⁸⁹ Het eerste uitgangspunt berust op de draagkrachtgedachte. De aanwezigheid van een rechtspersoon zou voorkomen dat de winst rechtstreeks toevalt aan de achterliggende deelnemers. Het zou om die reden in strijd komen met de draagkrachtgedachte om belasting te heffen vóórdat de winst aan de aandeelhouders is uitgedeeld (het uitdelingsbesluit). Aan de hand van een analyse van de civielrechtelijke merites van contractvennootschappen, zoals de vennootschap onder firma en de maatschap, komt Van Kempen tot de conclusie dat fiscale transparantie bij personenvennootschappen niet voor de hand ligt. De vennoten hebben een onverdeeld aandeel in een gebonden goederengemeenschap en krijgen pas 'na en door vaststelling van de winst' een opvorderbaar recht.³⁹⁰ Rechtspersoonlijkheid is om die reden naar het oordeel van Van Kempen dan ook geen geschikt criterium om uitvoering te geven aan het uitgangspunt van de draagkrachtgedachte.

385 Van Eijdsen 1997, blz. 15-16 voor binnenlandse entiteiten en blz. 24 voor buitenlandse rechtsvormen.

386 Van Eijdsen 1998. Zie van dezelfde auteur: Van Eijdsen 2002.

387 Van Kempen 1999a, blz. 6-7. Zie ook Van Kempen 1998, Van Kempen 1999b, Van Kempen 2000, Van Kempen 2002, Van Kempen 2003 en Van Kempen 2005. Ten slotte kan de eigen bijdrage van Van Kempen aan het Rapport Samenwerkingsverbanden worden genoemd.

388 Van Kempen 1999a, blz. 4-6.

389 Van Kempen 1999a, hoofdstuk 2.

390 Van Kempen 1999a, blz. 57-58.

Het tweede uitgangspunt van de wetgever berust op de veronderstelling dat kapitaalvennootschappen, anders dan personenvennootschappen, een zelfstandig leven zouden leiden naast de aandeelhouders. Hierin ligt besloten, aldus Van Kempen, dat deze rechtsfiguren een eigen 'draagvermogen' zouden bezitten. De juistheid van deze veronderstelling hangt volgens Van Kempen niet samen met het bezit van rechtspersoonlijkheid, maar is afhankelijk van de materiële werkelijkheid. Rechtspersoonlijkheid is derhalve ook om die reden geen geschikt criterium.³⁹¹ Daarnaast merkt Van Kempen op dat ook al zou de door de wetgever bedoelde zelfstandigheid bestaan, daarin geen grondslag kan worden gevonden voor de zelfstandige belastingplicht van deze entiteiten.

Ten slotte wordt het derde uitgangspunt van de wetgever – bij kapitaalvennootschappen vallen de posities van kapitaalverschaffer en ondernemer niet samen – door Van Kempen onderzocht. Het niet-samenvallen van deze twee posities zou een eigen belastingheffing op het niveau van de entiteit rechtvaardigen. Zoals uiteengezet in paragraaf 4.2, heeft de wetgever vijf argumenten aangevoerd om de eigen positie van kapitaalvennootschappen ten opzichte van de aandeelhouder te onderbouwen. Het gaat daarbij om: (i) de eenvoudige overdraagbaarheid, (ii) de (niet-)aansprakelijkheid, (iii) de aanwezigheid van kapitaalbeschermingsregels, (iv) het bestaan van afgescheiden vermogens en (v) de zelfstandigheid van kapitaalvennootschappen in het maatschappelijke verkeer. Samenvattend kan worden gesteld dat Van Kempen geen van deze argumenten overtuigend acht.³⁹² De betrokkenheid en het risico van aandeelhouders kunnen in sommige gevallen sterk lijken op die van ondernemers ('besloten NV'), terwijl de NV of BV ook dan non-transparant blijft. Daarentegen worden commanditaire vennoten/beleggers in voorkomende gevallen voor winst uit onderneming belast, terwijl deze niet daadwerkelijk betrokken zijn bij de onderneming. Het ontstane systeem ten aanzien van fiscale (non-)transparantie acht Van Kempen dan ook inconsistent.³⁹³ Uiteindelijk doet zij het voorstel voor een rechtsvorm-neutrale ondernemingswinstbelasting.

4.5.2.5 *Opvatting Commissie Samenwerkingsverbanden*

Vervolgens kan het onderzoek naar het kwalificatievraagstuk van de 'Commissie Samenwerkingsverbanden' van de Vereniging voor Belastingwetenschap (hierna: de Commissie Samenwerkingsverbanden) worden genoemd.³⁹⁴ Bij het onderzoek naar de kwalificatiecriteria gaat de Commissie Samenwerkingsverbanden uit van een 'pragmatische benadering', inhoudende dat wordt aangesloten bij een analyse van het bestaande regime.³⁹⁵ Ook de Commissie Samenwerkingsverbanden onderkent twee centrale criteria bij het onderscheid tussen transparante en non-transparante rechtsfiguren: (i) de criteria 'rechtspersoonlijkheid' en (ii) de 'vrije verhandelbaarheid van participaties'.³⁹⁶

De Commissie Samenwerkingsverbanden signaleert ten aanzien van de uitwerking van deze criteria, in het bijzonder op het punt van het uitdelingsbesluit en de uitleg van het begrip 'vrije verhandelbaarheid', een aantal knelpunten. Geconcludeerd wordt dat het bestaande onderscheid op basis van 'rechtspersoonlijkheid' en 'vrije verhandelbaarheid' niet overtuigend is.³⁹⁷ Om die reden stelt de Commissie Samenwerkingsverbanden een aantal alternatieven voor.

Naar mijn mening wordt het begrip 'rechtspersoonlijkheid' door de Commissie Samenwerkingsverbanden te letterlijk opgevat. Opvallend is dat het zogeheten 'Onderscheid op basis van een andere combinatie van criteria' als één van de alternatieven wordt voorge-

391 Van Kempen 1999a, blz. 86.

392 Van Kempen 1999a, hoofdstuk 5.

393 Van Kempen 1999a, blz. 137.

394 Rapport Samenwerkingsverbanden.

395 Rapport Samenwerkingsverbanden, blz. 11.

396 Rapport Samenwerkingsverbanden, blz. 12-13.

397 Rapport Samenwerkingsverbanden, blz. 62.

steld.³⁹⁸ Daarbij wordt niet naar rechtspersoonlijkheid *sec* gekeken, maar tevens de aansprakelijkheid van de achterliggende participanten beoordeeld. Het voorstel houdt naar mijn mening een materiële invulling in van het begrip ‘rechtspersoonlijkheid’, zoals die ook in de rechtspraak kan worden gevonden bij het ‘voor rekening en risico van’-criterium. Het is naar mijn mening dan ook de vraag in hoeverre het voorstel van de Commissie Samenwerkingsverbanden niet reeds de stand van het huidige recht weergeeft.

Ten slotte moet worden vermeld dat het commissielid Van Kempen in een *dissenting opinion* bij het rapport heeft aangegeven zich niet te kunnen verenigen met de gekozen ‘pragmatische’ benadering van het onderzoek naar de fiscale kwalificatie.³⁹⁹ In lijn met de bevindingen uit haar promotieonderzoek, concludeert Van Kempen dat het onderscheid tussen transparante en non-transparante entiteiten een ondeugdelijke uitwerking is van de – op zichzelf juiste – draagkrachtgedachte en daarbij tevens op civielrechtelijke misverstanden berust. Uiteindelijk dient een juiste uitwerking van deze grondslag naar haar mening te leiden tot een ondernemingswinstbelasting.

4.5.2.6 Opvatting P.J. Wattel

In zijn conclusie bij de eerder besproken zaak BNB 2006/288 gaat A-G Wattel in op de vraag van de (non-)transparantie van rechtsvormen. Wattel inventariseert de criteria die in de literatuur en de beleidsregels worden genoemd en plaatst deze vervolgens binnen de bredere context van het kwalificatievraagstuk met de opmerking dat:⁴⁰⁰

‘Alle genoemde criteria zijn toegespitst op het onderscheid tussen de belastingplicht voor de inkomstenbelasting en de belastingplicht voor de vennootschapsbelasting, met name op de vragen (i) of zich een juridisch en economisch van het vermogen van de participanten afgescheiden vermogen voordoet en (ii) of de persoonlijke samenwerking tussen de participanten voorop staat of de onpersoonlijke kapitaalverschaffing met het oog op de rentabiliteit daarvan.’

Wattel brengt vervolgens een duidelijk onderscheid aan tussen de twee hoofdcriteria enerzijds en de criteria ter invulling daarvan anderzijds.⁴⁰¹ Als hoofdcriteria noemt hij (i) het ‘voor rekening en risico van’-criterium, en (ii) ‘de vrije verhandelbaarheid van participaties’. Vervolgens wordt ten aanzien van de hiërarchie tussen het eerste hoofd criterium en de ‘kwalificatiecriteria’ ter invulling daarvan het volgende opgemerkt:⁴⁰²

‘De hierboven genoemde criteria 3 en 4 [rechtspersoonlijkheid, resp. aansprakelijkheid, JPB] en de vraag of een uitdelingsbesluit nodig is, zijn mijns inziens dan ook uitwerkingen van het hoofd criterium ‘rechtstreeks toekomen’ (het rekening- en risicocriterium) en geven daarom op zichzelf niet de doorslag.’

Ten slotte kan worden opgemerkt dat Wattel ten aanzien van de onderlinge verhouding tussen de hoofdcriteria het primaat legt bij het ‘voor rekening en risico van’-criterium. De vraag naar de vrije overdraagbaarheid komt naar zijn mening pas aan de orde, indien vaststaat dat de resultaten rechtstreeks voor rekening van de participanten komen.

4.5.2.7 Conclusie omtrent de opvattingen in de literatuur

Uit de bespreking van de verschillende opvattingen in de literatuur volgt dat voor het aannemen van non-transparantie wordt aangesloten bij het onderscheid tussen ‘rechtspersonen’ enerzijds en ‘open rechtsvormen’ anderzijds. Daarbij komt gaandeweg in de litera-

398 Rapport Samenwerkingsverbanden, blz. 63-65.

399 Rapport Samenwerkingsverbanden, hoofdstuk 8.

400 Zie de conclusie van A-G Wattel bij BNB 2006/288, onderdeel 4.5.

401 In onderdeel 4.8 van de genoemde conclusie wordt met zoveel woorden gesproken van ‘hoofd criterium’.

402 Zie de conclusie van A-G Wattel bij BNB 2006/288, onderdeel 4.8.

tuur naar voren dat de verschillende criteria binnen deze tweedeling dienen te worden geplaatst. Zo worden de kenmerken 'rechtspersoonlijkheid', '(on)beperkte aansprakelijkheid' en 'het uitdelingsbesluit' gezien als een nadere criteria ter uitwerking van het hoofdcriterium 'rechtstreeks toekomen'. Het criterium van de vrije toe- en uittreding wordt, in combinatie met de eis van een 'in aandelen verdeeld kapitaal', gezien als onderdeel van het tweede hoofdcriterium, waarbij 'open rechtsvormen' non-transparant zijn. Ten slotte komt in literatuur steeds duidelijker het beeld naar voren dat het bezit van 'rechtspersoonlijkheid' als zodanig niet relevant is. Het is uitsluitend relevant, indien de rechtspersoonlijkheid staat voor een intermediactie waarbij de resultaten niet rechtstreeks voor rekening en risico van de achterliggende participanten komen.

Deze benaderingswijze van het kwalificatievraagstuk is mijns inziens juist. Daarbij dient een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen het 'voor rekening en risico van'-criterium en 'open rechtsvormen' enerzijds en de daartoe aan te leggen kwalificatiecriteria anderzijds. Deze opvatting sluit ook het beste aan bij de uitgangspunten die de wetgever heeft gehanteerd, zoals beschreven in paragraaf 4.2. Hierin kan de gedachtegang van centrale 'veronderstellingen' naar achterliggende 'criteria' worden onderkend. In deze marsroute van 'uitgangspunt' naar 'rechtssubject' schuilt de gelaagdheid die ook bij de wetgever kan worden aangetroffen.

Daarnaast sluit deze laatste zienswijze aan bij de opzet van de laatste twee kwalificatiebepalingen. Ook daarin is een gelaagde structuur te onderkennen, die meebrengt dat voor ieder 'hoofdcriterium' een andere set kwalificatiecriteria wordt aangelegd. In het verlengde daarvan kan worden geconcludeerd dat deze opvatting ook in lijn is met de jurisprudentie. Het gaat daarbij in het bijzonder om de verhouding tussen de onderlinge criteria, zoals die uit BNB 2006/288 kan worden geabstraheerd.

Ten slotte biedt deze opvatting de ruimte om uitdrukking te geven aan het denkpatroon waarin het begrip 'rechtssubject' als 'normaal type'-begrip wordt gezien. Binnen deze benadering kan een algemeen verbindend criterium ontbreken, terwijl de diverse subcriteria desalniettemin familiegelekenissen vertonen. Hierna worden achtereenvolgens de criteria besproken die in het kader van het optreden 'voor rekening en risico van', alsmede 'het open karakter' van rechtsfiguren van belang kunnen zijn. Hierbij worden telkens de opvattingen uit de literatuur verwerkt.

4.5.3 Criteria ter bepaling van het 'voor rekening en risico van'-criterium

4.5.3.1 *Eigendoms criterium*

Het eigendoms criterium, als onderdeel van het 'voor rekening en risico van'-criterium is in de terminologie van hoofdstuk 3 te omschrijven als de vraag naar het (voort)bestaan van de band tussen het oorspronkelijke subject en het oorspronkelijke object. Hierbij is de gedachte dat een rechtsfiguur een transparante entiteit vormt, indien het achterliggende subject de eigendom – in oudere literatuur en rechtspraak 'rechtstreekse gerechtigdheid' – ten aanzien van het object heeft behouden. Heeft het bestaan van de intermediactie daarentegen tot gevolg dat de band met het oorspronkelijke object is beëindigd of veranderd, dan is het tussenniveau non-transparant.⁴⁰³

403 Vgl. Verburg 2000, blz. 439, die in het kader van de buitenlandse belastingplicht bepalend acht: 'of de winst al dan niet rechtstreeks aan de samenwerkende deelgenoten toekomt. Is dit niet het geval, dan is de binnenlands verworven winst aan vennootschapsbelasting onderworpen, hetgeen de aanwezigheid van een lichaam impliceert.'

In de 'rechtstreekse gerechtigdheid' als criterium komen de inkomsten- en vennootschapsbelastingbenadering mijns inziens samen.⁴⁰⁴ In het woord 'rechtstreeks' ligt het beeld van de doorlopende lijn besloten, waarmee wordt bedoeld op de onveranderde aard van de gerechtigdheid tot het achterliggende object. Dit deelaspect van de 'rechtstreekse gerechtigdheid' is voornamelijk tot ontwikkeling gekomen in de sfeer van de inkomstenbelasting, in het bijzonder in het kader van de bron winst uit onderneming.⁴⁰⁵ Daarbij wordt de vraag gesteld welke relatie tussen het subject en het object dient te bestaan om van een (rechtstreekse) gerechtigdheid te kunnen spreken. In hoofdstuk 5 wordt op dit deelaspect van het criterium nader ingegaan.

De vennootschapsbelastingbenadering die in het criterium van de 'rechtstreekse gerechtigdheid' schuil gaat, komt tot uitdrukking in het woord 'gerechtigdheid'. Het gaat daarbij om het *kunnen hebben* van een 'gerechtigdheid' – de eigendom – als mogelijke kwaliteit van de rechtsvorm. In die betekenis brengt het in de sfeer van de vennootschapsbelasting de rechtssubjectiviteit van de entiteit tot uitdrukking, inhoudende dat deze een *eigendom* ten aanzien van het object kan bezitten. In de oudere rechtspraak is de vennootschapsbelastingbenadering terug te vinden in het verband dat wordt gelegd tussen het 'zelfstandig bestaan' van de rechtsvorm en 'rechtstreeks toekomen' van de winst.⁴⁰⁶ In HR 7 juni 1939, B. 6925, komt de vennootschapsbelastingdimensie duidelijk naar voren in de overweging:

'dat de raad van beroep op gronden, welke de uitspraak dragen, heeft vastgesteld, dat de rechten en verplichtingen, waarom het hier gaat, die van de onderwerpelijke société zelve zijn en niet die van de (gezamenlijke) individuele deelgenooten, hetgeen meebrengt, dat de winst niet rechtstreeks aan de vennoten toekomt; dat derhalve de société in den zin der Wet op de Inkomstenbelasting 1914 een lichaam is (...).'

De geciteerde overweging brengt tot uitdrukking dat het zelfstandig kunnen hebben van 'rechten en verplichtingen' meebrengt dat de achterliggende betrokkenen de winst niet rechtstreeks genieten. Binnen het eigendoms criterium wordt voornamelijk aandacht besteed aan de 'rechten' die de entiteit kan hebben. De intermediatie die de entiteit oproept, wordt op basis van deze uitleg op sterk civielrechtelijk georiënteerde wijze bepaald. In de literatuur is dan ook wel opgemerkt dat het criterium van de 'rechtstreekse gerechtigdheid' samenvalt met het bezit van 'rechtspersoonlijkheid'.⁴⁰⁷ Andere auteurs menen dat het 'rechtstreeks toekomen' tevens meebrengt dat de achterliggende gerechtigden niet onbeperkt aansprakelijk mogen zijn voor de schulden van de rechtsfiguur.⁴⁰⁸ Het is niet uit te sluiten dat hierbij voornamelijk is gedacht aan de 'klassieke rechtspersoonlijkheid', waarbij de mogelijkheid van eigendom en het voorkomen van aansprakelijkheid samengaan.

404 Boekhoudt 1988, lijkt een andere mening toegedaan. Hij merkt op: 'In deze arresten lijkt te worden gesuggereerd dat één criterium, namelijk het feit dat de participant rechtstreeks winst geniet, met andere woorden ondernemer is, doorslaggevend is voor zowel de kwalificatie van de rechtsfiguur als die van de participant. Kon onder de Wet op de Inkomstenbelasting 1914 dit nog worden verdedigd omdat beiden in eenzelfde heffing werden betrokken in dezelfde wet, in het huidige recht worden de participant en de rechtsfiguur zelfstandig en onafhankelijk van elkaar in de Wet IB '64 respectievelijk Wet Vpb '69 gekwalificeerd zoals hierboven is gebleken.'

405 In de definitie van 'ondernemer' in art. 3.4 Wet IB 2001 ligt dit deelaspect besloten ('voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven').

406 Zie bijvoorbeeld HR 31 december 1924, B. 3569, HR 11 mei 1927, B. 4059 en HR 7 juni 1939, B. 6925.

407 Siebens 1971, acht het bezit van rechtspersoonlijkheid, ook bij onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten, doorslaggevend bij het bepalen van het 'rechtstreeks toekomen'. Anders Van Keulen 1974, die rechtspersoonlijkheid (naar buitenlands recht) als zodanig onvoldoende vindt om te concluderen dat de winsten niet rechtstreeks toekomen aan de achterliggende gerechtigden.

408 Van Soest 2007, blz. 493.

Ik ben van mening dat de 'rechtstreekse gerechtigdheid', geïsoleerd beoordeeld binnen de context van de vennootschapsbelastingbenadering, inhoudelijk niet verder gaat – en hoeft te gaan – dan de vraag naar de civielrechtelijke rechtspersoonlijkheid in de zin van het kunnen aanhouden van de eigendom van vermogensbestanddelen. Daarbij dient naar de maatstaven van het (buitenlandse)⁴⁰⁹ civiele recht te worden beoordeeld of de rechtsvorm *in staat* is op eigen naam de juridische eigendom van vermogensbestanddelen te hebben.⁴¹⁰ Het criterium staat daarbij in nauw verband met de overige kwalificatiecriteria, zoals het uitdelingsbesluitcriterium en het aansprakelijkheidscriterium. Het is echter van belang om het eigendoms criterium als zelfstandig element te zien en niet te vereenzelvigen met het overkoepelende criterium 'voor rekening en risico van'-criterium of de overige kwalificatiecriteria. Daarbij dient te worden beoordeeld of het vermogen in juridische zin aan de rechtsvorm toebehoort, dan wel aan de achterliggende gerechtigden.⁴¹¹ In zoverre heeft het criterium onderscheidende betekenis ten opzichte van die rechtsfiguren waarin het resultaat opkomt binnen een gebonden goederengemeenschap, zoals een vennootschap onder firma. De vraag naar de (on)beperkte aansprakelijkheid, en daarmee de rol van het aangaan van 'eigen' verplichtingen, kan daarnaast als afzonderlijk criterium worden gesteld.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat het criterium van de rechtstreekse gerechtigdheid, in de 'uitgeklede variant' van de vennootschapsbelastingbenadering, op zichzelf geen doorslaggevende betekenis bezit in het kwalificatieproces. Het geeft uitsluitend antwoord op de vraag naar een noodzakelijk element binnen het centrale 'voor rekening en risico van'-criterium. De juridische intermediatie die 'rechtspersoonlijkheid' – in de zin van het civielrechtelijk kunnen aanhouden van eigendom – opwerpt, is 'stand alone' beoordeeld binnen het huidige fiscale stelsel onvoldoende om tot non-transparantie van de entiteit te concluderen.⁴¹² De uiteindelijke kwalificatie is immers afhankelijk van de vraag of de resultaten voor rekening en risico van de entiteit komen, hetgeen naast het eigendoms criterium, mede op basis van het 'aansprakelijkheids criterium' dient te worden beoordeeld en mogelijk (mede) afhankelijk is van het zogeheten uitdelingsbesluit. Beide andere criteria worden hierna besproken.

4.5.3.2 Aansprakelijkheids criterium

De juridische intermediatie van een rechtsvorm wordt voor een belangrijk deel tot stand gebracht door de invloed die een rechtsfiguur heeft op de aansprakelijkheidspositie van de achterliggende betrokkenen. Het belang van de vraag naar de (on)beperkte aansprakelijkheid komt niet alleen tot uitdrukking in het theoretische model ten aanzien van de verschillende intermediatievormen, maar blijkt eveneens uit de parlementaire behandeling van de Wet Vpb 1969 en de criteria die worden gehanteerd in de uitvoeringspraktijk. Ook in de rechtspraak en literatuur⁴¹³ wordt de exclusieve aansprakelijkheid van een rechtsvorm gezien als belangrijk criterium bij de bepaling van de zelfstandigheid van een rechtsfiguur.

409 Zie Bellingwout 1996. Overigens is de fiscale behandeling van de entiteit in het buitenland niet van belang voor de Nederlandse fiscale kwalificatie (zie Hof Arnhem 18 maart 1992, V-N 1992/1884, pt. 12 en Hof 's-Gravenhage 14 juli 1981, BNB 1982/264).

410 HR 31 december 1924, B. 3569, HR 11 mei 1927, B. 4059 en HR 7 juni 1939, B. 6925 bevestigen deze lijn voor respectievelijk de Duitse Offene Handelsgesellschaft, de naamloze vennootschap en de Franse SARL. Zie voorts Hof Arnhem 18 maart 1992, V-N 1992/1884, pt. 12, ten aanzien van een Franse SCI en HR 9 juli 1999, BNB 1999/390 ten aanzien van een Duitse Kommanditgesellschaft.

411 Vgl. Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), 1.0.6.B.a., en Van Kempen 2003.

412 Zo volgt bijvoorbeeld uit de bijlage bij het kwalificatiebesluit dat – CV-achtigen daargelaten – iedere non-transparante entiteit 'eigendom' kan bezitten. Omgekeerd is het kunnen aanhouden van eigendom geen garantie voor non-transparantie.

413 Zie in aanvulling op de opvattingen in paragraaf 4.5.2, Van Brunschot 1970, blz. 8, Boekhoudt 1987 en Bellingwout 2007.

De beperkte aansprakelijkheid van de achterliggende betrokkenen kan worden gezien als essentieel kenmerk van de 'klassieke rechtspersoon'. Het gaat daarbij niet alleen om het dragen van *eigen* rechten en verplichtingen, maar tevens om het voorkomen van (onbeperkte) aansprakelijkheid bij de achterliggende gerechtigden. Deze combinatie, die wordt aangetroffen bij 'klassieke rechtspersonen', zoals de NV en BV, leidt tot een vergaande vorm van intermediatie. De rechtspersoon en de achterliggende gerechtigden – traditioneel: de aandeelhouders – zijn daarmee ten opzichte van elkaar verzelfstandigd. De civielrechtelijke ontwikkelingen hebben in de afgelopen decennia echter geleid tot een categorie 'nieuwe rechtspersonen'. Naast de introductie van het Europees Economische Samenwerkingsverband, kan voor de Nederlandse situatie worden verwezen naar het wetsvoorstel tot invoering van titel 7:13 BW, waarin de mogelijkheid is opgenomen voor openbare personenvennootschappen om rechtspersoonlijkheid te bezitten. De 'nieuwe rechtspersoon' kan weliswaar zelfstandig rechten en verplichtingen dragen, maar dit heeft niet altijd een 'beperkte aansprakelijkheid' voor de achterliggende gerechtigden tot gevolg. De Nederlandse openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid zal hier in de toekomst een voorbeeld van zijn. Binnen het tegenwoordige (en aankomende) civielrechtelijke spectrum is het dan ook van belang om het aspect van de (on)beperkte aansprakelijkheid als geïsoleerd element te beoordelen en dit kenmerk derhalve niet automatisch aanwezig te veronderstellen binnen het begrip 'rechtspersoon'.⁴¹⁴

Het aansprakelijkheids criterium is door Van Kempen uitvoerig gewogen en als onderscheidend kenmerk voor de tweedeling transparante en non-transparante entiteiten te licht bevonden. In dit verband noemt zij allereerst de inconsistente doorvoering van het aansprakelijkheids criterium door de wetgever.⁴¹⁵ Indien de beperkte aansprakelijkheid als relevant kwalificatiecriterium consequent zou zijn toegepast, zou ook de besloten commanditaire vennootschap, anders dan thans het geval is, een (gedeeltelijk)⁴¹⁶ non-transparante entiteit zijn. Inderdaad heeft de wetgever ten aanzien van het aansprakelijkheids criterium geen eenduidige lijn aangehouden. Deze constatering leidt echter als zodanig nog niet tot de ongeschiktheid van het aansprakelijkheids criterium. Het is naar mijn mening eerder de omstrede⁴¹⁷ indeling van de commanditaire vennoot van de besloten CV binnen het regime van winst uit onderneming waarbij vanuit theoretisch perspectief vraagtekens kunnen worden geplaatst, dan bij de juistheid van het aansprakelijkheids criterium.⁴¹⁸ De wetgever heeft ten aanzien van de commanditaire vennoot in een besloten commanditaire vennootschap uiteindelijk een 'keuze' gemaakt die niet zozeer berust op principiële gronden, als wel op pragmatische overwegingen. Dit blijkt ook uit het feit dat de commanditaire deelname in het wetsvoorstel voor de Wet IB 2001 aanvankelijk binnen de reikwijdte van box 3 was geplaatst.

Voorts acht Van Kempen de verschillen tussen de aandeelhouder enerzijds en de vennoot in een personenvennootschap anderzijds, op het punt van 'betrokkenheid' en het 'aangaan van risico', minder evident dan de wetgever wil doen geloven. Ook de aandeelhouder, bijvoorbeeld de directeur/enig aandeelhouder, is betrokken bij de onderneming. Tevens kan deze 'betrokken aandeelhouder', vanwege uitstaande geldleningen, borgstellingen en zekerheidstellingen, in zeker opzicht het risico lopen dat de BV niet aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen. Hierdoor wordt in de praktijk, inderdaad, niet altijd

414 Schonis 2003, blz. 175, merkt in dit verband op: 'De ene rechtspersoonlijkheid is niet gelijk aan de andere.'

415 Van Kempen 1999a, blz. 123-124.

416 In ieder geval, overeenkomstig BNB 1982/268, voor wat betreft het commanditaire gedeelte.

417 Voor een overzicht van wisselende fiscale positie van de commanditaire vennoot in het wetgevingsproces van de Wet IB 2001 kan worden verwezen naar Meussen 2000. Zie ook Van Eijnsden 2002.

418 Pas bij de tweede nota van wijziging (*Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 19) is deze geplaatst in box 1, vanwege het ontbreken van een 'voordruk van vennootschapsbelasting' op het niveau van de 'rechtsfiguur'. Zie *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 7, blz. 124-125.

voldaan aan de veronderstelling van de wetgever, dat bij rechtspersonen een scheiding bestaat tussen het vermogen van de entiteit en dat van de aandeelhouder.

Van Kempen moet worden toegegeven dat de 'betrokken aandeelhouder', ondanks de principiële niet-aansprakelijkheid, een wezenlijk risico kan lopen ten aanzien van de resultaten van de vennootschap. Belangrijker is naar mijn mening evenwel dat het hierbij gaat om aansprakelijkheden die langs een 'omweg' tot de aandeelhouder komen en niet direct samenhangen met de constitutie van de rechtsfiguur. Het zijn deze additionele, (persoonlijke) rechtsverhoudingen ten aanzien van de aandeelhouder, waardoor de betekenis van de juridische en economische intermediaatie wordt gereduceerd.⁴¹⁹ Deze doen echter geen afbreuk aan de principiële vermogensscheiding die de rechtsvorm als zodanig tot stand brengt. In het kader van de kwalificatie van de rechtsfiguur komt aan deze additionele verplichtingen, die de aandeelhouder 'uit andere hoofde' is aangegaan, dan ook geen betekenis toe.

In de derde plaats beziet Van Kempen de relevantie van het aansprakelijkheids criterium in het licht van de mogelijkheden om tot 'verliesoverheveling'⁴²⁰ te komen. Ook in dat kader bereikt zij, beoordeeld vanuit de mogelijkheden in 'joint venture-structuren' tot effectieve verliesverrekening te komen, de slotsom dat:

'de wettelijke uitsluiting van de aansprakelijkheid van de aandeelhouder geen grond biedt voor een inbreuk op de verlengstukgedachte, laat staan voor een tweedeling in transparante en non-transparante samenwerkingsverbanden.'

Deze conclusie is naar mijn mening onjuist. Van Kempen neemt het standpunt in dat niet de eventuele aansprakelijkheid voor verliezen bepalend is om tot verrekening daarvan over te gaan, maar de zogeheten 'verlengstukgedachte'.⁴²¹ Zij komt tot dat oordeel, vanuit het vertrekpunt dat verliezen 'tijdelijk zijn en worden goedge maakt door latere resultaten'.⁴²² In deze visie is 'aansprakelijkheid' niet relevant, aangezien dat slechts kan leiden tot een tijdelijk verlies dat toch weer wordt goedge maakt. Vervolgens wordt de gedachtegang afgemaakt met de opmerking dat het in aanmerking nemen van verliezen 'dus' een uitwerking is van de verlengstukgedachte.

Niet alleen heb ik moeite met het sluitstuk van de redenering, ook acht ik het gekozen uitgangspunt niet juist. Het uitgangspunt dat verliezen 'tijdelijk' zijn, is in juridische zin⁴²³ noch in economisch opzicht⁴²⁴ als juist te aanvaarden. Vooral in die gevallen waarin een rechtsvorm een eigen, exclusieve aansprakelijkheid kent, leiden de juridische kenmerken van de intermediaatie tot een belangrijk economisch effect. Als gevolg van het bestaan van de rechtsfiguur zijn het namelijk niet de aandeelhouders, maar de crediteu-

419 In voorkomende gevallen kan een dergelijke verplichting ook dwingend voortvloeien uit de wet. C.B. Bavinck noemt in zijn bijdrage aan de bespreking van het Rapport Samenwerkingsverbanden, blz. 106, het voorbeeld van de medische aansprakelijkheid van de arts die bestaat ondanks dat de arts door middel van een 'artsen-BV' optreedt.

420 Van Kempen 2004, blz. 77, e.v., spreekt van 'verliesoverheveling'. Deze term acht ik enigszins ongelukkig. Binnen het subjectgerichte systeem van de inkomsten- en vennootschapsbelasting en het subjectgebonden karakter van verliezen kan van 'overheveling' geen sprake zijn. Ik spreek daarom van '(effectieve) verliesverrekening'.

421 Van Kempen 2004, blz. 74.

422 Van Kempen 2004, blz. 76.

423 Binnen de sfeer van de inkomstenbelasting wordt de objectieve winstverwachting niet, ook niet binnen het bronbegrip, als uitgangspunt gegarandeerd. De ondernemer die jarenlang aan het bronbegrip heeft voldaan, maar uiteindelijk in het laatste jaar een verlies lijdt dat alle eerdere winsten overtreft, heeft een definitief verlies geleden. Voorts speelt binnen de sfeer van de vennootschapsbelasting, vanwege de fictie van art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969, het winststreven voor de meeste lichamen nauwelijks een rol.

424 Gedupeerden van een kredietcrisis zullen de 'tijdelijkheid' van verliezen niet direct herkennen.

ren die de definitieve verliezen dragen. Deze reden maakt dat de resultaten van de rechtsfiguur, in algebraïsche zin, niet met voorbijgaan aan de entiteit bij de achterliggende, niet-aansprakelijke gerechtigten, in aanmerking kunnen worden genomen.

Ook het voorbeeld dat Van Kempen ten aanzien van verliesverrekening in joint venture-verhoudingen geeft, overtuigt mij niet.⁴²⁵ Zij concludeert in die situatie dat de basis voor de effectieve verliesverrekening is gelegen in de 'verlengstukgedachte'. Naar mijn mening is de effectieve verliesverrekening in het voorbeeld uitsluitend tot stand gebracht door het fiscale-eenheidsregime te combineren met een fiscaal transparante entiteit. Zonder één van deze beide ingrediënten is de uitkomst niet te bereiken.⁴²⁶ Het bijzondere instituut van de fiscale eenheid is nog wel terug te voeren op de verlengstukgedachte, maar dat geldt toch niet voor de transparantie van een vennootschap onder firma. Daar is de 'onbeperkte aansprakelijkheid' van de participant beslissend; die ontbreekt in het geval de joint venture in een BV zou zijn ondergebracht. De conclusie dat de 'uitsluiting van aansprakelijkheid' de verlengstukgedachte zou doorbreken, is mijns inziens dan ook niet juist. De verlengstukgedachte was immers niet de (enkele) oorzaak van de tot stand gekomen mogelijkheid tot effectieve verliesverrekening.

Zoals opgemerkt, wordt de (on)beperkte aansprakelijkheid van de achterliggende betrokkenen in de literatuur vrij algemeen aanvaard als relevant criterium voor de beoordeling van de (non-)transparantie van een rechtsvorm. In verband met het aansprakelijkheids criterium komen in de literatuur desalniettemin twee vragen naar voren. In de eerste plaats bestaat onduidelijkheid omtrent het antwoord op de vraag in welke gevallen van een 'onbeperkte aansprakelijkheid' kan worden gesproken. In de tweede plaats is – in het verleden – wel verschillend gedacht over de rol van de (on)beperkte aansprakelijkheid binnen de diverse criteria voor non-transparantie. Aan beide vraagpunten, die een nader licht werpen op het aansprakelijkheids criterium, wordt hierna aandacht besteed.

Vraagpunt 1: In welke gevallen is sprake van 'onbeperkte aansprakelijkheid'?

In welke gevallen kan worden gesproken van een (on)beperkte aansprakelijkheid, wordt bij bestudering van de parlementaire behandeling niet geheel duidelijk. Uit de memorie van antwoord bij de Wet IB 1964 kan worden afgeleid dat de wetgever ten aanzien van de aandeelhouder het ontbreken van onbegrensde externe aansprakelijkheid voor ogen heeft gehad.⁴²⁷ In het tweede kwalificatiebesluit legt de staatssecretaris van Financiën het begrip 'onbeperkte aansprakelijkheid' daarentegen ruimer uit. Onder onbeperkte aansprakelijkheid wordt iedere situatie begrepen waarbij de aansprakelijkheid 'zich verder uitstrekt dan tot het ingelede vermogen'. Voorts wordt in dat besluit aangegeven dat een 'primaire aansprakelijkheid' (directe aansprakelijkheid vennoten) en 'subsidiare aansprakelijkheid' (aansprakelijkheid vennoten indien vennootschapsvermogen onvoldoende verhaal biedt) in dat opzicht niet van elkaar verschillen. Deze laatste opvatting houd ik voor juist, omdat daarin de intermediatie van de rechtsvorm het beste tot uitdrukking komt. Als primaire en subsidiare aansprakelijkheid ontbreken en aldus niet meer wordt gelopen dan tot het bedrag van de inleg, dan vormt de rechtsfiguur een belangrijke juridische intermediatie.

425 Van Kempen 2004, blz. 76, geeft het volgende voorbeeld. A BV en B BV willen samen een joint venture aangaan en aansprakelijkheid beperken. Aangezien effectieve verliesverrekening niet mogelijk is bij een gezamenlijk opgerichte dochtermaatschappij, wordt besloten in de vorm van een VOF samen te werken. Om aansprakelijkheden te voorkomen, richten A BV en B BV twee dochtervennootschappen op die samen een VOF aangaan. A BV en B BV vormen een fiscale eenheid met hun dochtermaatschappij, waardoor de resultaten van de joint venture rechtstreeks kunnen worden afgezet tegen het resultaat van de moedermaatschappij.

426 In precies dezelfde situatie, maar zonder fiscale eenheid, bestaat immers geen enkele mogelijkheid tot verliesverrekening bij A BV en B BV. De verlengstukgedachte speelt als zodanig dan ook geen enkele rol. Uitsluitend de daarop gebaseerde fiscale eenheid, die nu eenmaal niet van toepassing is in de andere geschetste situatie.

427 In *Kamerstukken II 1962/63*, 5380, nr. 19, blz. 22 rk, wordt gewezen op de 'beperkte aansprakelijkheid tegenover schuldeisers' van de aandeelhouders van een naamloze vennootschap.

In de literatuur is de vraag gerezen of onbeperkte aansprakelijkheid ook het gevolg kan zijn van 'interne aansprakelijkheid' van de gerechtigde. De participant is dan niet extern aansprakelijk tegenover zaakscrediteuren, maar wel intern gehouden het vermogen van het samenwerkingsverband aan te zuiveren, indien de crediteuren niet langer kunnen worden voldaan.⁴²⁸ In dat geval wordt ook wel gesproken van 'draagplicht' in plaats van aansprakelijkheid.⁴²⁹ De economische gevolgen van (externe) aansprakelijkheid en (interne) draagplicht verschillen echter nauwelijks van elkaar.⁴³⁰ Merkwaardigerwijs verbindt het belastingrecht hieraan op sommige punten wel andere gevolgen,⁴³¹ en dus mogelijk ook in het kader van het kwalificatievraagstuk. In het kwalificatiebesluit wordt op dit punt immers geen klare wijn geschonken en niet duidelijk is of interne draagplicht tot transparantie van de rechtsvorm leidt.⁴³²

Diverse auteurs zijn van mening dat interne draagplicht op één lijn dient te worden gesteld met externe aansprakelijkheid, en dus tot onbeperkte aansprakelijkheid kan leiden.⁴³³ Ik ben van mening dat die zienswijze juist is. Een participant die kan worden gehouden tot boven het bedrag van zijn inleg bij te dragen in de ontstane tekorten is naar mijn mening eveneens 'onbeperkt aansprakelijk'. In de eerste plaats verschilt een dergelijk geval in functioneel opzicht nauwelijks van subsidiaire aansprakelijkheid. Het komt mij onjuist voor om in het kader van het kwalificatievraagstuk deze materieel vergelijkbare situaties verschillend te behandelen. De enige voorwaarde is dat de gehoudenheid rechtstreeks dient samen te hangen met de civielrechtelijke grondstructuur van de gekozen rechtsvorm. Verplichtingen en aansprakelijkheden uit andere hoofde dienen hier niet toe te worden gerekend. In de tweede plaats brengt 'draagplicht' mee dat de rechtsfiguur de achterliggende betrokkenen niet volledig kan 'vrijwaren' van een verdergaand economisch risico. De intermediaat die samenhangt met de rechtsfiguur heeft derhalve, bezien vanuit het perspectief van de participant die intern draagplichtig is, slechts een beperkte betekenis. Deze kan immers niet voorkomen dat de betrokkene ook tot boven het bedrag van zijn oorspronkelijke inleg tot niet-gemaximeerde financiële verplichtingen leidt.⁴³⁴

Vraagpunt 2: Wat is de rol van 'onbeperkte aansprakelijkheid'?

Het tweede punt dat in de literatuur met betrekking tot het aansprakelijkheids criterium aan de orde is gesteld, betreft de functie van dit criterium. Sommige auteurs beschouwen de aansprakelijkheid van de achterliggende betrokkenen als doorslaggevend criterium bij de kwalificatie van een entiteit.⁴³⁵ Ten aanzien van personenvennootschappen heeft Van Brunschot opgemerkt dat:⁴³⁶

428 Bepalingen omtrent de interne verdeling van verliezen kunnen overigens wel van invloed zijn op de omvang van het door een participant in aanmerking te nemen verlies. Zie HR 3 juni 1970, BNB 1970/152.

429 Zie bijvoorbeeld Boekhoudt 1987 en Stevens 2002, blz. 22.

430 Zie ook Van Kempen 2005.

431 Hierbij kan worden gedacht aan de keuze van de wetgever om interne draagplicht onvoldoende te achten voor de 'rechtstreekse verbondenheid' in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 97-98. Zie Essers 2006, en Stevens 2002, blz. 22, voor kritiek op deze inperking van het begrip 'ondernemer'.

432 Terecht merkt Van Kempen op dat de besluitgever in het kwalificatiebesluit 2004 ten aanzien van de Unlimited Liability Companies (ULC) tot een opmerkelijk eindresultaat komt. Ondanks dat de interne draagplicht van participanten in een ULC, zo volgt uit het antwoord op vraag B in de bijlage, leidt tot 'onbeperkte aansprakelijkheid', blijkt desalniettemin uit de bijlage bij het besluit dat deze ULC's in beginsel non-transparant zijn. Zie Van Kempen 2005, onderdeel 4.1.

433 Van Kempen 2005 en Boekhoudt 1987.

434 Deze constatering brengt mee dat bijvoorbeeld ook de leden van een coöperatie WA 'onbeperkt aansprakelijk' zijn, maar die van een coöperatie BA niet.

435 Van Brunschot 1978 en Romy 1985.

436 Van Brunschot 1978, blz. 23. In Van Brunschot 1970, komt deze stelling ten aanzien van het aansprakelijkheids criterium niet naar voren.

'[b]innen het kader van de afgrenzing van de personenvennootschap als niet vennootschapsbelastingplichtig lichaam zou (...) inderdaad kunnen worden volstaan met het criterium: onbeperkte aansprakelijkheid.'

In deze zienswijze is het aansprakelijkheids criterium een noodzakelijke voorvraag en komt de toets van de vrije verhandelbaarheid niet zelfstandig aan de orde.⁴³⁷ Uitsluitend ingeval de resultaten niet 'voor risico van' de achterliggende gerechtigden komen, kan worden getoetst aan het criterium van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR.

Deze zienswijze wordt, zoals reeds kan worden afgeleid uit het verhandelde in paragraaf 4.5.2, door de meeste auteurs afgewezen.⁴³⁸ De vrije verhandelbaarheid wordt door hen gezien als zelfstandig criterium naast het aansprakelijkheids criterium. Ook in het geval – ondanks het bestaan van de entiteit – de resultaten rechtstreeks voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen, dient te worden beoordeeld of zij vrij kunnen toe- en uittreden. Bevestigende beantwoording van deze laatste vraag brengt dan mee dat de entiteit alsnog non-transparant is. De zelfstandigheid van de entiteit wordt in dat geval gebaseerd op de 'corporate resemblance', in plaats van de aanvullende werking van de vennootschapsbelasting. De rechtsfiguur stelt participanten in staat gezamenlijk op te trekken in het economische verkeer, zonder dat de 'samenkomst' gericht is op deze onderlinge betrekkingen. De 'open' rechtsfiguur, die deze organisatie van participanten mogelijk maakt, stelt zich daarmee juridisch en feitelijk onafhankelijk op ten opzichte van de achterliggende gerechtigden.

Deze laatste opvatting met betrekking tot de rol van het aansprakelijkheids criterium komt nog het beste overeen met de veronderstellingen van de wetgever en met de benaderingswijze in de jurisprudentie en uitvoeringspraktijk. Ik acht deze opvatting dan ook juist. In aanvulling op de bovengenoemde argumenten wil ik nog opmerken dat de mogelijkheid om vrij toe en uit te treden ook een feitelijke beperking meebrengt van het toekomstig risico van de achterliggende gerechtigde. De gerechtigde die op ieder door hem te kiezen moment – met instandhouding van de rechtsvorm – zijn betrokkenheid kan beëindigen, beschikt *de facto* over de mogelijkheid om zijn toekomstige risico te beperken.⁴³⁹ Hierin verschilt hij wezenlijk van de gerechtigde die daarvoor toestemming dient te vragen en dus gehouden kan worden 'de rit uit te zingen'. In die vrijheid ten aanzien van het te aanvaarden risico is een ander deelaspect te onderkennen van 'corporate resemblance' van dergelijke rechtsfiguren. Overigens dient hierbij te worden opgemerkt dat in deze benadering het begrip 'open', anders dan de heersende leer lijkt te zijn,⁴⁴⁰ zou inhouden dat *geen* van de participanten toestemming hoeft te verlenen voor toe- en uittreding.

4.5.3.3 Uitdelingsbesluit

De wetgever heeft het uitdelingsbesluit aangemerkt als één van de kenmerkende verschillen tussen kapitaal- en personenvennootschappen. De achterliggende veronderstelling van de wetgever is geweest dat het resultaat uit een personenvennootschap 'rechtstreeks toevallt' aan de vennoten, terwijl de aandeelhouder niet eerder over zijn winstaandeel kan beschikken dan nadat een vennootschapsorgaan een uitdelingsbesluit heeft genomen.⁴⁴¹ Aangezien bij personenvennootschappen geen uitdelingsbesluit nodig zou zijn om over

437 Overigens acht Van Brunschot 1978, blz. 23, het criterium van de vrije verhandelbaarheid 'wel adequaat' ten aanzien van de commanditaire vennootschap.

438 Zie bijvoorbeeld Daniels 1991, blz. 116-118, Verburg 2000, blz. 40, Wattel, conclusie bij BNB 2006/288, onderdeel 4.6, Boekhoudt 1987, Zwemmer 1978 en Van Eijdsen 1997, blz. 26.

439 Het is afhankelijk van de civielrechtelijke merites rondom het uittreden of ook een wijziging kan worden aangebracht in de aansprakelijkheidspositie ten aanzien van reeds verstreken jaren.

440 Zie paragraaf 4.5.4.2.

441 Kamerstukken II 1959/60, 5380 & 6000, nr. 9, blz. 16, lk en rk (nota).

het resultaat te beschikken, zou het vanuit de draagkrachtgedachte bezien gerechtvaardigd zijn om vennoten, anders dan aandeelhouders, rechtstreeks in de inkomstenbelasting te betrekken.⁴⁴²

In de literatuur is gesuggereerd dat de wetgever een verband heeft verondersteld tussen de aanwezigheid van een uitdelingsbesluit en de rechtspersoonlijkheid van de entiteit.⁴⁴³ Het gaat daarbij, meer in het bijzonder, om de vraag wie de eigenaar is van het vennootschapsvermogen. Indien een rechtsfiguur geen rechtspersoonlijkheid bezit en de juridische eigendom van het vermogen aan de achterliggende betrokkenen toebehoort, zouden de daaruit voortvloeiende inkomsten rechtstreeks bij hen opkomen. De 'eigenaar' zou geen uitdelingsbesluit nodig hebben, alvorens deze over het resultaat zou kunnen beschikken.

De veronderstelde relatie tussen het uitdelingsbesluit en de vraag aan wie het vennootschapsvermogen 'in eigendom' toebehoort, is ook in de parlementaire behandeling terug te vinden.⁴⁴⁴ Hiermee liggen het uitdelingsbesluit en het 'eigendoms criterium' dan ook dicht tegen elkaar aan. Merkwaardigerwijs heeft de wetgever ook in het geval van een niet-rechtspersoonlijkheid bezittend beleggingsfonds belang toegekend aan het uitdelingsbesluit, in relatie tot het moment van feitelijke uitbetaling.⁴⁴⁵ Deze dimensie van het 'uitdelingsbesluit' lijkt mij betekenisloos. Hierbij staat immers niet het verkrijgen van een gerechtigdheid, maar het feitelijke moment van uitbetaling centraal. In het geval een gerechtigde reeds 'eigenaar' is van een vermogensbestanddeel en de daaruit opgekomen vruchten, zie ik geen rol voor het uitdelingsbesluit.

In het verlengde hiervan liggen de tegenstrijdige opvattingen in de literatuur ten aanzien van het arrest BNB 1999/355.⁴⁴⁶ Belanghebbende in die zaak is maat in een internationaal partnership. In het maatschapscontract is opgenomen dat bij de winstverdeling geen rekening wordt gehouden met honoraria die in dat jaar nog niet zijn ontvangen.⁴⁴⁷ In de literatuur is wel betoogd dat uit dit arrest volgt dat het 'uitdelingsbesluit' irrelevant is, omdat uit de uitspraak zou volgen dat:⁴⁴⁸

'de contractueel vastgelegde regel dat het winstaandeel niet uitgekeerd zal worden voor zover dat belichaamd is in het onderhanden werk en debiteuren, niet belet het gehele winstaandeel bij de maten in de belastingheffing te betrekken.'

Ik ben van mening dat deze conclusie niet zonder meer kan worden verbonden aan de uitspraak in BNB 1999/355. In de eerste plaats is het zeer de vraag of de methodiek voor toekenning van een winstaandeel wel gelijkgesteld kan worden met een uitdelingsbesluit. Het komt mij voor dat in het onderhavige geval van een telkenmale genomen besluit tot uitdeling geen sprake is. Belangrijker is echter dat de Hoge Raad uitgaat van de gedachte dat de 'vorderingen' reeds tot het vermogen van belanghebbende behoren. Het betoog van belanghebbende dat van winstneming geen sprake kan zijn, omdat hij geen recht heeft op deze activa, wordt door de Hoge Raad niet

442 Zie Van Kempen 1999a, blz. 34-35.

443 Van Kempen 1999a, blz. 49-50 en Stevens 2002, blz. 314-318. De laatste spreekt in dit geval van een 'vermoeden'.

444 Zie *Kamerstukken II* 1959/60, 5380 & 6000, nr. 9, blz. 16, rk (nota), waar wordt opgemerkt dat: 'Aan de eigenaar van de onderneming, in wiens persoon de beide functies van ondernemer en kapitaalverschaffer zijn verenigd, valt het financiële resultaat rechtstreeks toe.'

445 Zie *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 22, blz. 12 (rk)-15 (lk). Hier wordt opgemerkt dat beleggers in een niet-rechtspersoonlijkheid bezittende entiteit – naar 'de maatschappelijke werkelijkheid' – de inkomsten niet reeds genieten op het moment dat het fonds deze ontvangt, maar pas op het moment dat deze aan hen worden uitgekeerd.

446 HR 30 juni 1999, BNB 1999/355.

447 Niet in geschil is overigens dat de onderneming voor rekening van belanghebbende wordt gedreven. Zie onderdeel 5.1 van de hofuitspraak.

448 Rapport Samenwerkingsverbanden, blz. 24.

gevolgd. Allereerst neemt de Hoge Raad enkele hofoordelen over en verwerpt vervolgens het beroep van belanghebbende met de volgende overweging:

'In deze oordelen ligt besloten het oordeel dat per balansdatum belanghebbendes eigen debiteuren en onderhanden werk en zijn aandeel in debiteuren en onderhanden werk van medewerkers moeten worden aangemerkt als tot het ondernemingsvermogen van belanghebbende behorende volwaardige vorderingen.'

Op deze 'vorderingen' past de Hoge Raad een algemene rechtsregel toe ter zake van winstneming uit hoofde van reeds verrichte diensten. Het arrest houdt naar mijn mening dan ook niets meer in dan een invulling van het begrip 'goed koopmansgebruik'. In zijn bespreking van het rapport behandelt Schonis dit arrest 'om te voorkomen dat de geschiedenis vervalst wordt' en komt tot een vergelijkbare conclusie:⁴⁴⁹

'Ik ben van mening dat dit niet een toepassing is van het transparantiebeginsel, maar dat het gewoon een kwestie is van uitleg van goed koopmansgebruik, mede in samenhang met het totaalwinstbeginsel. Ik meen dat in dat geval [...] door de Hoge Raad [de, JPB] uiterste grenzen van het realiteitsbeginsel zijn opgezocht.'

Het gaat mijns inziens dan ook te ver om in dit arrest een principieel oordeel omtrent de invloed van het uitdelingsbesluit op de (non-)transparantie te lezen.

Een beter aanknopingspunt ten aanzien van de rol van het uitdelingsbesluit kan worden gevonden in het proefschrift van Van Kempen. Van Kempen heeft de veronderstellingen van de wetgever ten aanzien van het uitdelingsbesluit als een 'privaatrechtelijk misverstand' betiteld.⁴⁵⁰ Ook in latere publicaties heeft Van Kempen deze conclusie beargumentteerd herhaald.⁴⁵¹ De kern van het misverstand is gelegen in de omstandigheid dat de individuele vennoten van een personenvennootschap lopende het jaar niet kunnen beschikken over het resultaat dat binnen de gebonden goederengemeenschap opkomt. Vervolgens krijgen de vennoten:⁴⁵²

'in beginsel eerst na en door vaststelling van de winst na afloop van het boekjaar een opvorderbaar recht op uitkering van het aan hen toekomende deel van de winst. Dit laatste geldt eveneens voor individuele aandeelhouders. Het uitgangspunt is derhalve ook voor aandeelhouders dat er na winstvaststelling geen afzonderlijk besluit meer nodig is voordat zij een opvorderbaar recht krijgen op winstuitkering.'

Uit het voorgaande volgt dat het uitdelingsbesluit als criterium onvoldoende onderscheidend vermogen bezit. Het recht op uitkering van de winst ontstaat zowel bij personen- als kapitaalvennootschappen in beginsel niet eerder dan 'na en door vaststelling' van de winst. Eventuele andersluidende bepalingen omtrent de winstbestemming in de statuten, dan wel het vennootschapscontract, zijn daarbij niet van invloed op de fiscale (non-)transparantie van de rechtsvorm.⁴⁵³ Het verschil in fiscale behandeling van Nederlandse personen- en kapitaalvennootschappen is vanuit het 'uitdelingsbesluit' dan ook niet te verklaren.

Op basis van het voorgaande is het uitdelingsbesluit reeds in het kwalificatiebesluit 2004 als relevant criterium voor non-transparantie verlaten.⁴⁵⁴ Ten aanzien van de in het kwalificatiebesluit behandelde rechtsvormen, de kapitaal- en personenvennootschappen,

449 Rapport Samenwerkingsverbanden, blz. 114.

450 Van Kempen 1999a, blz. 70.

451 Zie bijvoorbeeld Van Kempen 2002.

452 Van Kempen 1999b.

453 Zie ook Stevens 2002, blz. 315.

454 Zie paragraaf 4.3.2.

heeft het uitdelingsbesluit geen onderscheidende betekenis. Het verlaten van het uitdelingsbesluit als criterium is in de literatuur met instemming ontvangen. In dit verband merkt Van Kempen op:⁴⁵⁵

‘De vraag of al dan niet een uitdelingsbesluit is vereist, staat voor Nederlandse samenwerkingsverbanden los van de rechtsvormkeuze en het bezit van rechtspersoonlijkheid. In voorzichtige termen lijkt ook de staatssecretaris dat nu te onderkennen: “Het uitdelingsbesluit-criterium (...) is geen voldoende onderscheidend criterium gebleken tussen transparante en niet transparante lichamen.” Gelet daarop wordt het criterium volkomen terecht niet meer gehanteerd in het nieuwe toetsingskader.’

Uit de analyse van Van Kempen volgt dat het uitdelingsbesluit ongeschikt is om het verschil in kwalificatie tussen transparante personenvennootschappen en non-transparante kapitaalvennootschappen te kunnen onderbouwen. Het is evenwel de vraag of aan het uitdelingsbesluit geen enkele betekenis meer toekomt. De wetgever mag dan zijn uitgegaan van onjuiste veronderstellingen ten aanzien van het uitdelingsbesluit bij de Nederlandse kapitaal- en personenvennootschappen, hieraan kan nog niet de gevolgtrekking worden verbonden dat het criterium in zijn algemeenheid ongeschikt is. De civielrechtelijke misvatting van de wetgever brengt immers nog niet de algehele ongeschiktheid van het uitdelingsbesluit als criterium mee voor het onderscheid tussen transparante en non-transparante entiteiten.

Ook Schonis, die opmerkt dat hij geneigd is Van Kempen te volgen in haar conclusies ten aanzien van het uitdelingsbesluit, lijkt nog wel ruimte te zien voor het uitdelingsbesluit als criterium:⁴⁵⁶

‘Het (moeten) nemen van een uitdelingsbesluit kan een aanwijzing zijn voor de aanwezigheid van een verzelfstandigd lichaam, maar beslissend kan dit niet zijn, evenmin als dat met de loutere aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid het geval is.’

Juist ten aanzien van (buitenlandse) rechtsfiguren, waarbij zonder een daartoe strekkend (uitdelings)besluit evident geen afdwingbaar recht ontstaat voor de achterliggende betrokkenen, lijkt het moeten nemen van een (uitdelings)besluit te beantwoorden aan de gedachte van de wetgever. Voor deze rechtsfiguren heeft de wetgever het klaarblijkelijk in strijd met de draagkrachtgedachte geoordeeld om met voorbijgaan aan de entiteit, reeds tot toerekening van de inkomst of het vermogen aan de achterliggende betrokkenen over te gaan. Bij dergelijke rechtsvormen komt aan het uitdelingsbesluit dan ook de betekenis toe dat geen van de achterliggende betrokkenen een aan hem toerekenbare ‘gerechtigdheid’ heeft verkregen totdat een daartoe strekkend (uitdelings)besluit is genomen. Bij dergelijke rechtsfiguren dient eerst door middel van een uitdelingsbesluit een wijziging in de bestaande rechtsverhoudingen te zijn aangebracht, alvorens een draagkrachtvermeerdering bij de achterliggende betrokkene kan worden geconstateerd. In dat geval is het uitdelingsbesluit noodzakelijk om een kanaal tot stand te brengen tussen de rechtsvorm en de achterliggende betrokkene(n). Anders gezegd, de achterliggende ‘betrokkene’ wordt pas na het besluit een achterliggende ‘gerechtigde’. Het is tot die tijd niet mogelijk één van hen in de heffing te begrijpen, hetgeen als bevestiging van de zelfstandigheid van de rechtsvorm kan worden gezien.

Deze zienswijze lijkt mij in het bijzonder op te gaan ten aanzien van instellingen van de doode hand. Ten aanzien van deze rechtsvormen is de rechtsgrond voor de subjectieve belastingplicht toch voornamelijk gelegen in de ‘neutraliteitsgedachte’.⁴⁵⁷ Ongeacht de gekozen rechtsvorm, dienen ondernemingswinsten die niet in de inkomstenbelasting

455 Van Kempen 2005.

456 Schonis 2003, blz. 165.

457 Stevens 1990, blz. 631-633 en Van Houte 2009, blz. 37-39.

kunnen worden betrokken, met vennootschapsbelasting te worden belast. Deze achtergrond geldt niet alleen ten aanzien van de rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen, maar evengoed ten aanzien van stichtingen en verenigingen.⁴⁵⁸ Het is belangrijk om te benadrukken dat deze neutraliteitsgedachte aansluit bij het 'voor rekening en risico van'-criterium, en daarmee afwijkt van de 'corporate resemblance-test'. De corporate resemblance-test sluit immers aan bij de functionele gelijkheid van open rechtsvormen met 'klassieke rechtspersonen', terwijl binnen de neutraliteitsgedachte juist de juridische onmogelijkheid om inkomen/vermogen toe te rekenen aan de achterliggende inkomstenbelastingssubjecten de rechtvaardiging voor de belastingplicht vormt. Het uitsluitingsbesluit kan naar mijn mening dan dienst doen als subcriterium ter vaststelling van de non-transparantie binnen het 'voor rekening en risico van'-criterium in die gevallen waarin het ontstaan van een gerechtigdheid bij de rechtsfiguur afhankelijk is gesteld van een uitsluitingsbesluit.

4.5.4 Criteria ter bepaling van het open karakter van de rechtsvorm

Bij de bepaling van het open karakter van de rechtsvorm worden de 'in aandelen verdeeldheid van het kapitaal' en de 'vrije toe- en uittreding' als subcriteria genoemd. Beide criteria worden hierna besproken.

4.5.4.1 *In aandelen verdeeld kapitaal*

De in aandelen verdeeldheid van het kapitaal komt in de literatuur op diverse plaatsen terug als kwalificatiecriterium. Deze voorwaarde is ook terug te vinden in art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb 1969 en art. 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969. In deze bepalingen wordt gesproken van 'andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld'.⁴⁵⁹ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met deze bepaling de belastingplicht van burgerlijke maatschap op aandelen buiten twijfel heeft willen stellen.⁴⁶⁰ Voorts is deze categorie bedoeld als vangnetbepaling teneinde 'een behoorlijke effectuering van de belastingwet' te bewerkstelligen.⁴⁶¹ Het gaat daarbij om (buitenlandse) rechtsfiguren waarvan de economische functie vergelijkbaar is met die van de overige als rechtssubject aangemerkte kapitaalvennootschappen. Ook in de laatste kwalificatiebesluiten wordt de aanwezigheid van een 'in aandelen verdeeld kapitaal' als relevant criterium genoemd (criterium C), waarbij in het laatste kwalificatiebesluit zelfs sprake is van een 'opwaardering' van dit criterium. Alvorens de rol van dit criterium binnen het kwalificatievraagstuk te onderzoeken, wordt eerst ingegaan op de inhoud van dit begrip.

Opvallend is dat het begrip 'een in aandelen verdeeld kapitaal', ondanks het verstrekkende belang daarvan,⁴⁶² niet is uitgekristalliseerd.⁴⁶³ Uit de parlementaire behandeling bij de Wet Vpb 1969 blijkt uitsluitend dat is beoogd aansluiting te zoeken bij art. 46 van de Registratiewet 1917. Hieruit kan hoogstens 'een formele invulling' van het begrip 'een in aandelen verdeeld kapitaal' worden afgeleid, inhoudende dat het kapitaal 'vast' en 'constant' is.⁴⁶⁴ Uit de latere rechtspraak voor de vennootschapsbelasting volgt een meer inhoudelijke invulling van het begrip 'een in aandelen verdeeld kapitaal'. Weliswaar is in

458 Ibid.

459 Ten aanzien van de buitenlandse belastingplichtigen is daaraan toegevoegd dat de rechtsvorm geen rechtspersoonlijkheid mag bezitten, aangezien in een dergelijk geval reeds sprake zou zijn van een 'rechtspersoon' ex art. 3, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

460 Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, blz. 17, lk.

461 Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, blz. 5-6.

462 Het begrip 'een in aandelen verdeeld kapitaal' komt niet alleen terug in het kader van het kwalificatievraagstuk, maar bijvoorbeeld ook bij belangrijke regelingen als de deelnemingsvrijstelling, de aanmerkelijkbelangregeling en bij de dividendbelasting.

463 Snel 2010.

464 Onderdeel 5.4 en 5.5 van de conclusie van A-G Wattel bij BNB 2006/288. Zie ook de conclusie van A-G Van Soest bij BNB 1978/13.

dat kader een aantal arresten gewezen, maar tot een duidelijke omlijning is het nog niet gekomen.⁴⁶⁵

In BNB 1978/13 stond de invulling van dit begrip centraal ten aanzien van een burgerlijke maatschap op aandelen in het kader van art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb 1969. Zoals uiteengezet,⁴⁶⁶ oordeelde de Hoge Raad dat naast de 'formele' verdeeldheid van het vennootschappelijk kapitaal 'in gelijke of evenredige delen' tevens de vrije verhandelbaarheid daarvan diende vast te staan om te kunnen spreken van 'een vennootschap welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld'. Uitsluitend dan is sprake van een maatschappelijke en economische gelijkheid met andere vennootschapsbelastingplichtige lichamen. Weliswaar wordt in het arrest het belang van de vrije verhandelbaarheid aan de orde gesteld, maar de vraag in welke gevallen het vennootschappelijke kapitaal in 'aandelen' is verdeeld wordt niet beantwoord. Alhoewel A-G Van Soest in zijn conclusie bij deze zaak uitvoerig is ingegaan op deze vraag, heeft de Hoge Raad in zijn overwegingen het begrip 'een in aandelen verdeeld kapitaal' niet nader gepreciseerd. Het hoogste rechtscollege merkt uitsluitend op dat het kapitaal van de burgerlijke maatschap op aandelen 'in gelijke of evenredige delen is verdeeld'. Ten aanzien van de verdeling van de winstge-rechtigdheid, het liquidatiesaldo en stemrechten valt in het arrest niets te lezen.

In de aan het arrest BNB 2006/288 ten grondslag liggende hofuitspraak ging het Hof in op de vraag of een Delaware LLC een 'in aandelen verdeeld kapitaal' heeft.⁴⁶⁷ Allereerst komt het Hof tot een opsomming van de karakteristieke, civielrechtelijke eigenschappen van 'een Nederlands aandeel'. Hierbij wordt de gerechtigdheid tot de winst, die in gelijke delen wordt bepaald aan de hand van de nominale waarde, het belangrijkste kenmerk genoemd. Vervolgens oordeelt het Hof dat ten aanzien van de onderhavige rechtsfiguur beslissend is 'of de gerechtigdheid tot de winst van de LLC plaatsvindt naar rato van het belang van de participanten in de LLC.' In zijn conclusie bij deze zaak geeft A-G Wattel aan dat het Hof naar zijn mening onvoldoende belang heeft toegekend aan de 'vergelijkbaarheid' met een aandeel op het punt van de zeggenschapsrechten.⁴⁶⁸ Om die reden dient zijns inziens verwijzing voor nader feitelijk onderzoek te volgen.

De Hoge Raad geeft in BNB 2006/288 geen invulling aan het begrip 'een in aandelen verdeeld kapitaal' door in rechtsoverweging 3.3.2 te abstraheren van de algemene invulling van dit begrip, zoals van belang is voor het kwalificatieleerstuk, maar de inhoudelijke beoordeling daarvan te plaatsen in de specifieke context van de deelnemingsvrijstelling. De Hoge Raad overweegt:

'3.3.2. (...) De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in deelnemingsverhoudingen dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. Dat is niet anders indien de deelneming een buitenlandse entiteit betreft. Indien het binnenlandse lichaam tot de buitenlandse entiteit niet staat in een verhouding van aandeelhouderschap c.q. lidmaatschap, is voor het bestaan van een deelnemingsverhouding bepalend of het lichaam met die buitenlandse entiteit een daarmee vergelijkbare band heeft. Van een dergelijke band is sprake als het lichaam (bij liquidatie) aanspraak kan maken op een gedeelte van het eigen vermogen van die entiteit waaronder de winst na belasting en het lichaam niet zelf voor die winst in de belastingheffing is betrokken.'

465 Zie bijvoorbeeld HR 10 januari 1968, BNB 1968/81, HR 4 maart 1970, BNB 1970/131 en HR 24 november 1976, BNB 1978/13.

466 Zie paragraaf 4.4.2.

467 Hof Amsterdam 18 februari 2004, V-N 2004/29.1.6.

468 Zie de conclusie bij BNB 2006/288, onderdeel 5.8.

De Hoge Raad beoordeelt de aanwezigheid van een in aandelen verdeeld kapitaal in het onderhavige geval vanuit de ratio van de deelnemingsvrijstelling.⁴⁶⁹ Uitgaande van de doelstelling om economisch dubbele belastingheffing te voorkomen, dient ten minste sprake te zijn van een band, een rechtsrelatie, tussen twee subjecten. Hierbij kan worden gedacht aan een aandeel of een lidmaatschap, maar het kan ook een 'daarmee vergelijkbare band zijn'. Ontbreekt een dergelijke band, zo kan de redenering worden afgemaakt, dan is geen sprake van economische dubbele belastingheffing bij twee subjecten. In dat geval hoeft de deelnemingsvrijstelling naar zijn aard geen toepassing te vinden. Als gevolg van de 'grofstoffelijke', economisch georiënteerde benadering van de Hoge Raad, blijft onduidelijk in welke gevallen sprake is van een 'aandeel', alhoewel met enige voorzichtigheid lijkt te kunnen worden gezegd dat de zeggenschapsrelatie ten opzichte van het economische belang van ondergeschikte betekenis is.

Voorts heeft de Hoge Raad met de toevoeging dat 'het lichaam niet zelf voor die winst in de belastingheffing is betrokken', naar mijn mening geprobeerd tot uitdrukking te brengen dat de winst van de entiteit niet aan de belastingplichtige zelf toerekenbaar is.⁴⁷⁰ De Hoge Raad heeft mijns inziens willen aangeven dat de aanwezigheid van een 'aandeelhoudersrelatie' veronderstelt dat de winst niet aan de belastingplichtige/aandeelhouder toebehoort, maar aan een ander non-transparant subject. Vervolgens deelt het andere non-transparante subject de winst uit aan de belastingplichtige/aandeelhouder die de deelnemingsvrijstelling claimt. De belastingplichtige heeft daarmee uitsluitend een niet-rechtstreeks belang bij die winst, over de band van het 'aandeel' of 'de daarmee vergelijkbare band'.

Opvallend is dat de Hoge Raad geen aansluiting lijkt te zoeken bij het Nederlandse civiele recht. In art. 2:64, lid 1, BW en art. 2:175, lid 1, BW wordt het begrip 'een in (overdraagbare; voor de NV) aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal' gebruikt voor respectievelijk de naamloze en besloten vennootschap. In art. 2:79, lid 1, BW en 2:190, lid 1, BW wordt een aandeel omschreven als het gedeelte waarin het maatschappelijk kapitaal is verdeeld. Vervolgens worden de karakteristieken van een aandeel nader uitgewerkt, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden dat alle aandeelhouders gelijke rechten en verplichtingen hebben (art. 2:92, lid 1, BW en 2:201, lid 1, BW). Hiervan kan volgens het derde lid van de genoemde bepalingen bij de statuten worden afgeweken. De karakteristieken kunnen betrekking hebben op de winstverdeling (art. 2:105 en 2:216 BW) en het liquidatiesaldo (art. 2:23b BW) dan wel op de bevoegdheden die de aandeelhouder als stemgerechtigde (art. 2:118 en 2:227 BW) binnen de algemene vergadering van aandeelhouders kan uitoefenen. In die laatste hoedanigheid kan de aandeelhouder bijvoorbeeld (mede)beslissen ten aanzien van de benoeming, schorsing en het ontslag van de bestuurders (2:132 en 2:134 BW en 2:242 en 2:244 BW). Vooralsnog heeft de Hoge Raad geen aansluiting gezocht bij dit civielrechtelijke kader voor de invulling van het begrip 'een in aandelen verdeeld kapitaal'. De Hoge Raad lijkt gezien het voorgaande, alsmede de arresten BNB 1978/13 en BNB 2006/288, geen strikt civieljuridische benadering voor te staan.

Ook de toelichting bij het criterium van een in aandelen verdeeld kapitaal (criterium (C)) in het kwalificatiebesluit 2004 wees in de richting van een materiële opvatting. Aldaar werd opgemerkt dat onder een 'in aandelen verdeeld kapitaal' mede wordt verstaan 'de kapitaaldeelname die maatschappelijk aan aandelen kan worden gelijkgesteld'. Aanvankelijk ontbrak een nadere toelichting en bleven vragen onbeantwoord als: 'Is het noodza-

469 Hetzelfde heeft te gelden ten aanzien van het arrest HR 11 maart 1998, BNB 1998/265 inzake een Delaware Inc. met betrekking tot aandelen zonder nominale waarde.

470 Overigens is de formulering van de Hoge Raad niet geheel zuiver. Deze lijkt niet uit te sluiten dat voor toepassing van de (Nederlandse) deelnemingsvrijstelling de buitenlandse belastingheffing en daarmee de (kwalificatie)regels van de bronstaat, zouden worden gevolgd. In het aangehaalde tekstdeel wordt immers niet met zoveel woorden aangegeven dat het de Nederlandse belastingheffing dient te betreffen.

kelijk dat de participaties in gelijke delen zijn verdeeld?’ en ‘Houdt vergelijkbaarheid met aandelen ook in dat stemrecht dient te zijn verbonden aan de participaties?’ In het kwalificatiebesluit 2009 is nader aangegeven in welke gevallen volgens de uitvoerder kan worden gesproken van een maatschappelijke gelijkstelling met een in aandelen verdeeld kapitaal. Het moet gaan om een verdeling van het vennootschappelijke kapitaal in (i) gelijke of evenredige gedeelten, die recht geven op (ii) een evenredig deel van de winst en (iii) het liquidatiesaldo, alsmede (iv) de zeggenschap. Alhoewel de geboden duidelijkheid voordelen kent, is in het besluit wel gekozen voor een zeer stringente invulling van een nauwelijks in de rechtspraak uitgekristalliseerd wettelijk begrip.⁴⁷¹ In het bijzonder geldt dit voor de eis dat ook een evenredig aandeel in de zeggenschap moet bestaan; een eis die als zodanig in de rechtspraak niet terugkomt.⁴⁷² Overigens zou vanuit theoretisch perspectief nog kunnen worden verdedigd dat zeggenschapsrechten bij aandeelhouders – zeker aandeelhouders/beleggers – niet noodzakelijkerwijs het belangrijkste punt van vergelijking vormen.

Naar mijn mening dient te worden geconcludeerd dat in de rechtspraak een materiële invulling wordt gegeven aan het begrip een ‘in aandelen verdeeld kapitaal’, waarbij de functionele gelijkheid met een aandeel vooropstaat. Deze gelijkheid komt naar mijn mening, naast de overdraagbaarheid, vooral tot uitdrukking in de kapitaalgerechtigdheid op basis waarvan de aandeelhouder – in beginsel – naar evenredigheid in de winst en/of het liquidatiesaldo deelt. Het ‘aandelenkapitaal’ hoeft dan ook niet in gelijke (aan)delen te zijn verdeeld, zolang de koppeling tussen de (mede)gerechtigdheid tot het vennootschappelijke kapitaal, de winst en het liquidatiesaldo per (soort)aandeel gelijk is. Hieraan doet niet af dat sommige aandelen geen nominale waarde kennen, maar op basis van een andere grootheid recht geven op een evenredig aandeel in de winst.⁴⁷³ De materiële gelijkheid is, gezien de huidige stand van de rechtspraak mijns inziens vooral gelegen in de vrije overdraagbaarheid van de aandelen. Uit de rechtspraak kan in ieder geval niet worden afgeleid dat een inhoudelijke vergelijking op het punt van de zeggenschapsrechten of de ‘vennootschappelijke structuur’⁴⁷⁴ wordt gemaakt.

Naast de analyse van de inhoud van het begrip ‘een in aandelen verdeeld kapitaal’, dient te worden beoordeeld welke betekenis hieraan toekomt als criterium binnen het kwalificatieproces. Is het hebben van een in aandelen verdeeld kapitaal een daadwerkelijk vereiste om als rechtssubject te kunnen worden aangemerkt, of dient deze voorwaarde vooral te worden gezien als ‘het voorsorteren’ naar de latere belastingplicht van een entiteit ex art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb 1969? Anders geformuleerd, is de aanwezigheid van een in aandelen verdeeld kapitaal essentieel om entiteiten, in het bijzonder de entiteiten die niet voor eigen rekening en risico optreden, als zelfstandig aan te merken? In het verlengde daarvan wordt nagegaan welke gevolgen in het kader van de fiscale kwalificatie dienen te worden verbonden aan het gegeven dat de (mede)gerechtigdheid van (één van) de participanten niet de vorm van een ‘aandeel’ heeft.

Bezien vanuit de parlementaire behandeling is het vereiste van een in aandelen verdeeld kapitaal terug te brengen tot de generale veronderstelling van de wetgever dat de positie van ondernemer en kapitaalverschaffer bij een zelfstandige entiteit niet zouden samenvallen. Indien het kapitaal in aandelen is verdeeld, zou de onderneming eenvoudiger overdraagbaar zijn en daarmee dienen als aanwijzing voor de afstand tussen de entiteit en de deelnemer. De deelname van de participant zou in dat geval ook veeleer het karakter dragen van een belegging. In zijn annotatie bij BNB 1996/306 komt Hoogendoorn op grond

471 Zie paragraaf 4.3.3.

472 Zie ook Jorritsma 2010. Anders Snel 2010, die het bezit van stemrechten als voorwaarde noemt.

473 Vergelijk de casus van HR 11 maart 1998, BNB 1998/265.

474 Zie Hoogendoorn in zijn annotatie bij BNB 1994/191.

daarvan tot de conclusie dat de essentie van het begrip 'aandeel' in de veronderstelde verhandelbaarheid daarvan is gelegen.

Duidelijk moge zijn dat een in aandelen verdeeld kapitaal de verhandelbaarheid van de gerechtigdheid tot het vennootschappelijk kapitaal kan bevorderen. Vanzelfsprekend en noodzakelijk is dat echter niet. Enerzijds kan de verhandelbaarheid van aandelen aan diverse (statutaire) restricties gebonden zijn. Anderzijds, en in dit verband belangrijker, is dat niet alleen van een gerechtigdheid tot een vennootschappelijk kapitaal afscheid kan worden genomen, indien de gerechtigdheid een 'aandeel' is. De verschillende wetsficties⁴⁷⁵ die een gerechtigdheid 'for arguments sake' met een aandeel gelijkstellen, bevestigen dit beeld.⁴⁷⁶ Het komt mijns inziens dus ook niet aan op de vraag of het kapitaal in 'aandelen', 'parts' of 'fracties' is verdeeld, maar eenvoudigweg of sprake is van een (mede)gerechtigdheid waarvan vrijelijk afstand kan worden gedaan. In de verhandelbaarheid, algemener: de mogelijkheid tot toe- en uittreden, ligt de belangrijkste materiële eigenschap van de kapitaaldeelname reeds besloten.

Het is dan ook de vraag of de verdeeldheid van het kapitaal 'in aandelen' als zodanig wel een centraal criterium moet vormen bij de bepaling van de zelfstandigheid van een rechtsvorm. Het kwalificatiebesluit 2009 neigt sterk naar die richting. Daarbij wordt overigens niet alleen ten aanzien van de 'open rechtsvormen', maar eveneens ten aanzien van de 'voor rekening en risico van'-entiteiten een verstrekkend belang toegekend aan de in aandelen verdeeldheid van het kapitaal. Ook Van Kempen stelt de relevantie van dit criterium ter discussie.⁴⁷⁷ Zij merkt op dat het begrip 'aandelen' soms zeer ruim wordt opgevat, zodat soms zelfs ten aanzien van Nederlandse personenvennootschappen zou kunnen worden verdedigd dat deze een in aandelen verdeeld kapitaal hebben. Anderzijds lijkt juist ten aanzien van de besloten vennootschap, in het kader van de voorgestelde flexibilisering van het BV-recht, minder belang toe te komen aan 'een aandeel'.⁴⁷⁸ Zo kunnen ten aanzien van de (gelijke) winstverdeling en evenredige zeggenschapsverhouding in de toekomst per aandeel afwijkingen bestaan.⁴⁷⁹ Als gevolg hiervan beargumenteert Van Kempen – mijns inziens terecht – dat het begrip 'een in aandelen verdeeld kapitaal' vervaagt.⁴⁸⁰

Ook Daniels stelt dat de in aandelen verdeeldheid van het kapitaal in het kader van de kwalificatie van rechtsvormen irrelevant is. Bij vergelijking van de 'commanditaire vennoot' met de 'aandeelhouder' van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, komt hij tot de volgende conclusie.⁴⁸¹

475 Hierbij kan worden gedacht aan het 'bewijs van deelgerechtigdheid' ex art. 2, lid 2, Wet Vpb 1969 en 'het aandeel' ex art. 2, lid 3, onderdeel f, AWR.

476 Zie over de beperkte reikwijdte van deze gelijkstelling en de daaruit voortvloeiende complicaties, Peeters 2004. In dit verband kan nog worden gewezen op de opmerking van A-G Van Soest in zijn conclusie bij BNB 1978/13: 'Indien men (...) aanvaardt, dat de term "aandeelhouder" in art. 6, lid 1, IB '64 met betrekking tot commanditaire vennoten moet worden uitgelegd op zodanige wijze, dat de regelingen van de inkomstenbelasting en van de vennootschapsbelasting bij elkaar aansluiten, dan ligt de gedachte voor de hand, dat het zelfde woord in de zelfde bepaling ook met betrekking tot vennoten van andere vennootschappen op gelijke wijze moet worden uitgelegd en dat dan wederom aansluiting bij de vennootschapsbelasting moet worden gezocht door de term "aandelen" in art. 2, lid 1, onderdeel a, Vpb. '69 met betrekking tot de andere vennootschappen op gelijke wijze uit te leggen.'

477 Van Kempen 2005.

478 De negatieve formulering van het begrip aandeel in het voorgenomen art. 2:190 BW is in dit verband veelzeggend: 'Rechten die stemrecht noch aanspraak op uitkering van winst of reserves omvatten, worden niet als aandeel aangemerkt.' Deze omschrijving is ook aanzienlijk minder stringent ('noch' en 'of') dan het begrip 'aandeel' in het meest recente kwalificatiebesluit.

479 Zie uitgebreid Van der Sangen 2007.

480 Van Kempen, 2005, onderdeel 5.2.

481 Daniels 1991a, blz. 121.

'The argument that has been developed here is that the division of the capital of the partnership into equal and proportionate parts, as it is apparently required by the Hoge Raad for a partnership to be a taxable corporation, should be rejected since it has no material meaning.'

Daniels ziet geen reden deze aanvullende voorwaarde te stellen naast het criterium van de vrije toe- en uittreding. Bovendien signaleert hij, overeenkomstig BNB 1960/40, een mogelijk heffingsvacuüm ten aanzien van vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal, waarvan de aandelen *niet* vrij verhandelbaar zijn. In dat geval zou inkomsten- noch vennootschapsbelasting kunnen worden geheven, aangezien de Hoge Raad ten aanzien van dergelijke entiteiten heeft geoordeeld dat voor vennootschapsbelastingplicht de aandelen vrij overdraagbaar dienen te zijn.⁴⁸² Wat hiervan zij, Daniels ziet de in aandelen verdeeldheid van het kapitaal niet als onderscheidend criterium.

Daarnaast komt Van Brunshot tot de conclusie dat het begrip 'aandeel', zoals bedoeld in art. 6 Wet IB 1964, een materiële invulling dient te krijgen. Aan het gebezigde woord 'aandeel' komt als zodanig nauwelijks inhoudelijke betekenis toe. Van Brunshot merkt op:⁴⁸³

'De vermelding van de aandelenvorm heeft dan een enuntiatieve functie: bepaalde relaties, waarvan de meest voorkomende is belichaamd in de aandelenvorm, slagen er niet in het genieten van ondernemingswinst door een natuurlijke persoon tot stand te brengen. Met andere woorden, de wetgever heeft bedoeld met het van de inkomstenbelasting uitsluiten van gerechtigden, wier gerechtigdheid in de vorm van aandelen is gegoten, materieel de scheidslijn te trekken tussen hen die een voldoende en hen die een onvoldoende nauwe relatie tot de ondernemingswinst hebben.'

Het criterium om 'de voldoende nauwe relatie' tot de ondernemingswinst te bepalen is, volgens Van Brunshot, gelegen in 'de vervangbaarheid al dan niet met toestemming van alle andere subjecten'.⁴⁸⁴ Het criterium is volgens hem niet alleen goed hanteerbaar, maar ook qua inhoud aannemelijk, aangezien vervanging een 'novatie van de bestaande onderlinge rechtsverhoudingen' betekent.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het criterium van een in aandelen verdeeld kapitaal nauwelijks onderscheidend vermogen heeft om het 'open karakter' en daarmee de functionele vergelijkbaarheid met andere aan de vennootschapsbelasting onderworpen entiteiten tot uitdrukking te brengen. Het wezenskenmerk 'van een aandeel', als punt van vergelijking met andere rechtsvormen, is immers gelegen in de veronderstelde mogelijkheid van vrije toe- en uittreding. In dat opzicht heeft het criterium uitsluitend betekenis bij de bepaling van de zelfstandigheid van een 'open rechtsvorm', waarbij de resultaten voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen.

Uitsluitend ook in die zin heeft de frase 'anders dan als aandeelhouder' ex art. 3.3, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001, betekenis.⁴⁸⁵ Het gaat daarbij niet om de aandeelhouder in een NV of BV.⁴⁸⁶ Het begrip 'aandeelhouder' beoogt tot uitdrukking te brengen dat sprake is van een medegerechtigdheid tot een voor de vennootschapsbelasting als zelfstandig aan te merken entiteit. Het begrip aandeel vervult daarbij een 'brugfunctie' tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Het gaat daarbij echter om de aanwezigheid van een kanaal dat aanleiding kan geven tot een medegerechtigdheid en niet zozeer om de precieze vormgeving van die gerechtigdheid in een 'aandeel'. Uiteindelijk is dan ook doorslaggevend of het achterliggende subject zijn gerechtigdheid – het kanaal tot de rechtsfi-

482 HR 24 november 1976, BNB 1978/13.

483 Van Brunshot 1970, blz. 14.

484 Van Brunshot 1970, blz. 15.

485 Zie ook Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 3.2.4.A.b.

486 Ibid.

guur – zonder toestemming van alle overige gerechtigden kan opgeven of beëindigen. Het kanaal – de (mede)gerechtigdheid – kan zonder bezwaar ‘participatie’ of ‘gerechtigdheid’ worden genoemd.⁴⁸⁷ Het gemeenschappelijk kapitaal hoeft daarvoor niet ‘in aandelen’ verdeeld te zijn. Het criterium van een ‘in aandelen verdeeld kapitaal’ kan mijns inziens in het kader van het kwalificatievraagstuk geacht worden op te gaan in de vraag naar de aanwezigheid van een medegerechtigdheid tot een intermediatie, waarbij dient te worden beoordeeld of vrije toe- en uittreding mogelijk is.

4.5.4.2 Vrije toe- en uittreding

Het criterium van ‘vrije toe- en uittreding’, dat dient ter bepaling van het ‘open karakter’ van een rechtsvorm, wordt ook wel aangeduid met de ‘vrije vervangbaarheid van (commanditaire) vennoten’ dan wel de ‘vrije overdraagbaarheid van participaties’.⁴⁸⁸ In die gevallen waarin de gerechtigdheid is belichaamd in een ‘participatie’, wordt de vervanging van een participant vormgegeven door middel van de overdracht van het ‘aandeel’. Bij (commanditaire) vennootschappen met een ‘in aandelen verdeeld kapitaal’ hebben beide uitdrukkingen dan ook dezelfde betekenis.⁴⁸⁹

Het kapitaal van een rechtsvorm is echter niet altijd ‘in aandelen verdeeld’ en in voorkomende gevallen ontbreekt daardoor de mogelijkheid om ‘participaties’ over te dragen. Het open karakter komt bij dergelijke entiteiten dan ook uitsluitend tot uitdrukking in de mogelijkheid voor (commanditaire) vennoten om ‘vrij toe en uit te treden’. In deze situatie wordt veelal de term ‘vrije vervangbaarheid van de vennoten’ gebezigd. Belangrijker dan dit woordenspel, dat overigens eenvoudig kan worden ondervangen door in alle gevallen te spreken van ‘vrije toe- en uittreding’,⁴⁹⁰ is bevestiging van de eerdere conclusie dat het kapitaal van een rechtsvorm niet noodzakelijkerwijs ‘in aandelen’ hoeft te zijn verdeeld om van een ‘open verhouding’ te kunnen spreken.

Bij de beantwoording van de vraag of een rechtsvorm een ‘open verhouding’ oplevert, worden in de belastingwet verschillende criteria aangehouden.⁴⁹¹ Zo wordt ingevolge art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR, een commanditaire vennootschap als ‘open commanditaire vennootschap’ aangemerkt, indien:

‘buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van commanditaire vennoten kan plaats hebben zonder toestemming van alle vennoten, behorende zowel als commanditaire.’

Enigszins afwijkend is de omschrijving die in art. 2, lid 2, Wet Vpb 1969 van het ‘open fonds voor gemene rekening’ wordt gegeven. Aldaar blijkt dat het open karakter van het

487 Overigens verschilt een ruime opvatting van het begrip ‘aandeel’ nauwelijks van het begrip ‘participatie’ of ‘gerechtigdheid’. Het komt mij echter voor dat deze begrippen geen verdere pretenties inhouden ten aanzien van zaken als zeggenschapsrechten, gerechtigdheid tot het winst- en liquidatiesaldo, alsmede aansprakelijkheidsbeperkingen en is om die reden neutraler dan het begrip ‘aandeel’.

488 Van Eijssden 1997, blz. 6.

489 Ibid. Daarbij wordt de (mede)gerechtigdheid van een commanditaire vennoot in een open commanditaire vennootschap bij wetsfictie tot ‘aandeel’ bestempeld, ex art. 2, lid 3, onderdeel f, AWR.

490 Overigens hanteert de staatssecretaris voor alle situaties het neutrale begrip ‘toestemmingsvereiste’ (zie de Besluiten van 11 januari 2007, nrs. CCP2006/1869M en CCP2006/1870M, V-N 2007/8.15 en V-N 2007/8.16).

491 Vergelijk het bepaalde in art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR (de open commanditaire vennootschap) en art. 2, lid 2, Wet Vpb 1969 (het open fonds voor gemene rekening). Daarnaast heeft de Hoge Raad in BNB 1978/13 ten aanzien van vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal de vrije verhandelbaarheid omschreven als: ‘voor de vervreemding waarvan niet de toestemming van alle vennoten is vereist’.

fonds voor gemene rekening afhankelijk is gesteld van de aanwezigheid van 'verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid'. Uit de laatste volzin van dit artikellid kan worden afgeleid dat hiervan sprake is:

'indien voor vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist, met dien verstande dat ingeval vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fonds voor gemene rekening of aan bloed- en aanverwanten in de rechte linie de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt.'

De precieze verschillen tussen beide omschrijvingen daargelaten,⁴⁹² is het open karakter bij beide rechtsvormen afhankelijk gesteld van de toestemming van de overige deelnemers. De bedrieglijke eenvoud waarmee het toestemmingsvereiste is geformuleerd, geeft – in het bijzonder ten aanzien van de open commanditaire vennootschap⁴⁹³ – aanleiding tot onduidelijkheden bij de interpretatie. De lastigheid gaat schuil in de woordcombinatie 'zonder toestemming van alle'. Deze frase, die een Neerlandicus tot wanhoop kan drijven, laat twee verschillende lezingen toe.

In de eerste plaats kan hierin worden gelezen dat een rechtsvorm 'open' is, indien niet alle vennoten voor toe- en uittreding hun toestemming hoeven te verlenen. De rechtsvorm is in deze lezing reeds 'open', indien één vennoot geen toestemming hoeft te verlenen (visie 1). Daartegenover kan worden volgehouden dat 'zonder toestemming van alle' betekent dat de rechtsvorm uitsluitend 'open' is, indien voor de toe- of uittreding van niemand toestemming hoeft te worden verkregen. In deze zienswijze is de entiteit 'besloten', indien toestemming van één van hen vereist is voor toetreding of vervanging (visie 2).

Niet eerder dan in het arrest van 27 februari 2009, BNB 2009/120⁴⁹⁴ heeft de Hoge Raad duidelijkheid gegeven ten aanzien van de juistheid van één van beide interpretaties. Daardoor heeft lange tijd rechtsonzekerheid bestaan op dit punt. Uitsluitend in Hof Arnhem 13 april 2000, V-N 2000/40.5 kon hieromtrent eerder een rechterlijk oordeel worden aangetroffen. In deze uitspraak oordeelde het Hof ten aanzien van een Duitse GmbH en Co KG in laatstbedoelde zin (visie 2).⁴⁹⁵ De staatssecretaris van Financiën heeft zich daarentegen uitgesproken voor de eerstgenoemde zienswijze, maar desalniettemin geen cassatie ingesteld tegen de hofuitspraak.⁴⁹⁶

In de literatuur werden beide opvattingen verdedigd. Daarbij leek, in navolging van het standpunt van de bewindsman, een lichte voorkeur te bestaan voor visie 1.⁴⁹⁷ In BNB 2009/120 is deze zienswijze door de Hoge Raad *en passant* aangenomen. Bij de beoordeling van het middel stelt de Hoge Raad het volgende voorop:⁴⁹⁸

'Per 1 oktober 2001 is de overeenkomst van commanditaire vennootschap gewijzigd in de zin dat voor toetreding en vervanging van vennoten, overdracht van het commanditaire kapitaal en wijziging van zeggenschap niet langer de toestemming van alle vennoten, maar

492 Zie omtrent deze verschillen Zwemmer 1979, Zuurmond 1978, De Jong 2001, h. 9, h. 12 en h. 14.

493 Ook ten aanzien van het open fonds voor gemene rekening wordt wel opgemerkt dat de omschrijving niet ondubbelzinnig is. Zie hieromtrent De Jong 2001, blz. 219-220.

494 HR 27 februari 2009, BNB 2009/120.

495 Zie r.o. 5.3: 'Het onder 5.2 weergegeven oordeel brengt mee dat de GmbH en Co KG niet is aan te merken als een open commanditaire vennootschap in de zin van de belastingwet. Op grond van het bepaalde in § 12 van het Gesellschaftsvertrag behoeft een vennoot immers om rechtsgeldig over zijn aandeel te kunnen beschikken toestemming van de andere vennoten (met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen).'

496 Zie de toelichting van de staatssecretaris in *Infobulletin* 2000/413 om geen cassatie in te stellen en de in voetnoot 490 genoemde besluiten.

497 Zie voor een uitgebreid overzicht van de pleitbezorgers van beide visies, Stevens 2002, blz. 248. Zelf is Stevens voorstander van de eerste visie en motiveert dit uitvoerig.

498 R.o. 3.1, mijn onderstreping.

slechts de toestemming van twee derde van alle vennoten is vereist. Tussen partijen is – terecht – niet in geschil dat belanghebbende met ingang van 1 oktober 2001 is aan te merken als een open commanditaire vennootschap als bedoeld in artikel 2, lid 3, aanhef en letter c, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen.'

Uit het tussengevoegde woord 'terecht' kan mijns inziens worden afgeleid dat de Hoge Raad de opvatting van partijen deelt.⁴⁹⁹ Deze uitleg stemt ook overeen met een strikt grammaticale uitleg van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR, die zonder meer in de richting van de eerstgenoemde visie wijst. Alleen al het feit dat de toevoeging 'buiten het geval van vererving, of legaat' in wezen betekenisloos is in visie 2,⁵⁰⁰ vormt een nauwelijks te weerleggen argument. Ook vanuit wettshistorisch en wetssystematisch perspectief is deze zienswijze het beste te verdedigen.⁵⁰¹ Het is naar mijn mening dan ook 'onvermijdelijk' om deze interpretatie van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR, voor juist te houden, waarbij met het arrest BNB 2009/120 de discussie omtrent 'de juiste interpretatie' van het toestemingsvereiste toch wel beslecht lijkt.

Het is in theoretisch opzicht overigens niet eenvoudig een oordeel te geven over de juistheid van één van beide zienswijzen. De merkwaardige situatie bestaat immers dat 'de uitersten' in beide opvattingen gelijk zijn.⁵⁰² De discussie wordt opgeroepen doordat in beide visies de 'voorruiterste positie' moeilijk aansluit bij de gedachte van de wetgever omtrent de zelfstandigheid van een 'open entiteit'. Anders gezegd, een overtuigende vergelijking met kapitaalvennootschappen, de 'corporate resemblance', ontbreekt in die gevallen. Zo doet het bij een commanditaire vennootschap met 1.000 participanten toch vreemd aan om van een open verhouding te spreken, daar waar één van hen geen toestemming hoeft te geven voor de toe- of uittreding van een vennoot (visie 1). Andersom is het *contrecoeur* om een commanditaire vennootschap van dezelfde omvang als besloten aan te merken, indien slechts één vennoot toestemming hoeft te geven, terwijl alle andere vennoten met een nieuwe toetredster kunnen worden geconfronteerd (visie 2).

Indien tussen beide visies in het kader van het kwalificatievraagstuk een keuze van wenselijk recht gemaakt zou moeten worden, daarmee voorbijgaande aan BNB 2009/120, dient binnen de vennootschapsbelastingbenadering te worden gezocht naar de 'corporate resemblance'. Alhoewel bij de afwezigheid van de toestemming van één der betrokken vennoten niet kan worden volgehouden dat het samenwerkingsverband voor iedereen met het oog op de onderlinge betrekkingen is aangegaan,⁵⁰³ is het omgekeerde daarmee nog niet waar. Zelfs als toestemming van alle vennoten benodigd is voor toe- of uittreding, hoeft van een op onderlinge samenwerking gerichte betrokkenheid geen sprake te zijn.⁵⁰⁴ Uitsluitend in het geval dat toe- en uittreding voor alle participanten volledig vrij is, lijkt de premisse van de wetgever – de gelijkheid met kapitaalvennootschappen – tot uitdrukking te komen. De participant kan dan immers op elk door hem gewenst moment zijn rechtsbetrekking ten aanzien van de rechtsfiguur opzeggen. Reeds eerder wees ik in dit verband op de feitelijke 'risicobeperking' ten aanzien van de toekomst die hierin kan worden onderkend.⁵⁰⁵ Hieruit volgt dat het 'open karakter' in deze benaderingswijze, anders

499 Zie ook de aantekening bij HR 27 februari 2009, V-N 2009/12.18.

500 Zwemmer 1979. Hij spreekt van 'practisch ondenkbaar' om voor die gevallen een uitzondering te maken.

501 Zie uitgebreid Stevens 2002, blz. 249-250 en de daar aangehaalde verwijzingen.

502 Indien alle vennoten toestemming moeten verlenen, is in beide visies sprake van een besloten verhouding (transparantie), terwijl bij afwezigheid van iedere toestemming in beide gevallen tot een open verhouding (non-transparantie) wordt geconcludeerd.

503 Zie punt 3 van de noot van Aardema bij FED 1996/772. Ook Stevens 2002, blz. 249, ziet hierin een argument dat pleit voor de uitleg van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR, in de zin van visie 1.

504 Bij de grotere beleggingsvehikels, die om fiscale reden besloten worden gehouden, kan toch niet van een op de onderlinge samenwerking gerichte betrokkenheid van de participanten worden gesproken. Zie ook Van Kempen 1999a, blz. 118-119.

505 Zie paragraaf 4.5.3.2

dan de thans geldende visie, het beste tot uitdrukking zou komen, indien *geen* van de gerechtigden toestemming hoeft te verlenen voor toe- en uittreding.⁵⁰⁶

De vraag in welke gevallen en op welke wijze binnen het huidige regime 'toestemming' dient te worden verleend, behoeft in het kader van deze verhandeling niet *in extenso* te worden behandeld. Ik beperk mij tot enkele hoofdlijnen.⁵⁰⁷ In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat bij de beoordeling van de 'openheid' van een rechtsvorm het toestemmingsvereiste op formele wijze wordt geïnterpreteerd. Uit het arrest HR 25 maart 1953, BNB 1953/142 kan worden afgeleid dat de statutaire verhoudingen doorslaggevend zijn. Ook uit het arrest HR 9 december 1992, BNB 1993/94 blijkt een formele interpretatie van het toestemmingsvereiste boven een materiële benadering daarvan te gaan. De staatssecretaris acht echter ook de feitelijke verhoudingen van belang,⁵⁰⁸ hetgeen mij binnen de eigen context van het belastingrecht niet onjuist voorkomt.

In de tweede plaats volgt uit de voorbeelden die de staatssecretaris in de besluiten van 11 januari 2007 geeft, dat in veel situaties toestemming voor 'toe- en uittreding' van alle vennoten wordt verlangd teneinde het besloten karakter te waarborgen.⁵⁰⁹ De stringente toepassing die de bewindsman voorstaat ten aanzien van het toestemmingsvereiste in zogeheten 'stapelstructuren' is hiervan een sprekend voorbeeld.⁵¹⁰ Uit HR 27 juni 1990, BNB 1990/254, blijkt dat het toestemmingsvereiste zowel voor de toetreding als de vervanging van vennoten afzonderlijk wordt gesteld. Ten slotte is de aanwezigheid van een aanbiedingsplicht niet voldoende om te spreken van het verlenen van toestemming.⁵¹¹

4.6 CONCLUSIE VENNOOTSCHAPSBELASTINGDIMENSIE VOOR HET KWALIFICATIEMODEL

Uit de voorgaande onderdelen kunnen enkele bouwstenen voor het kwalificatiemodel worden afgeleid. Binnen de vennootschapsbelastingbenadering van het kwalificatievraagstuk staat de 'verzelfstandiging' van rechtsvormen centraal. De civielrechtelijke origine van de rechtsfiguur, alsmede de aard van de activiteiten zijn hierbij in beginsel niet relevant voor het kwalificatiemodel. Uit een analyse van de parlementaire geschiedenis, het uitvoeringsbeleid, de jurisprudentie en de standpunten in de literatuur, kan ten aanzien van de fiscale kwalificatie van alle rechtsvormen een centrale tweedeling worden opge maakt.

In de eerste plaats leidt een juridische intermediatie tot een non-transparante entiteit, indien als gevolg van de intermediatie de resultaten *niet* 'voor rekening en risico' van de achterliggende gerechtigden komen. In de tweede plaats kan sprake zijn van non-transparantie ingeval de resultaten ondanks het bestaan van de rechtsfiguur *wel* voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen, maar de intermediatie een 'open karakter' heeft. De beoordeling van de juridische intermediatie dient telkens plaats te vinden vanuit het perspectief van de achterliggende gerechtigde. In die gevallen waarin de rechtspositie – en daarmee de intermediatie – van de verschillende achterliggende gerechtigden onderling afwijkend is, kan dezelfde rechtsfiguur tot verschillende fiscale kwalificaties leiden.

506 Verburg 2000, blz. 75, vindt dat de vrije vervangbaarheid als criterium zo 'beter tot zijn recht komt.' Deze invulling komt ook beter overeen met de aanbeveling van de Commissie Samenwerkingverbanden. Zie paragraaf 4.5.2.5.

507 Zie uitgebreid Stevens 2002, blz. 303-305 en Stevens 2006 voor een overzicht van de onduidelijkheden en knelpunten aangaande het toestemmingsvereiste. Zie ook De Jong 2001, h. 10.

508 Zie de in voetnoot 490 genoemde besluiten.

509 Zie Paardekooper en Jorritsma 2001, onderdeel 6.

510 Zie ten aanzien van de vorige versies van de stapelresolutie, Doets en Van der Starre 2001 en Jorritsma en Van Niekerk 2006.

511 HR 19 juni 1996, BNB 1996/306.

De resultaten komen niet voor rekening en risico van de achterliggende betrokkenen, indien de intermediatie tot gevolg heeft dat:

(1) zonder een daartoe strekkend ‘*uitdelingsbesluit*’ geen enkele persoon een gerechtigdheid tot het achterliggende vermogen/inkomen heeft verkregen.

Bij het ontbreken van iedere gerechtigdheid van de bij de rechtsvorm betrokken personen is de rechtsvorm als non-transparant aan te merken. Indien de achterliggende betrokkenen wel een gerechtigdheid hebben, dient te worden beoordeeld of de resultaten voor hun rekening en risico komen. De resultaten niet voor rekening en risico van de achterliggende betrokkenen, indien de intermediatie tot gevolg heeft dat:

(2a) niet de achterliggende gerechtigden, maar de rechtsfiguur de *civilrechtelijke eigendom* van de vermogensbestanddelen bezit; en

(2b) de achterliggende gerechtigden vanwege hun betrokkenheid bij de rechtsvorm niet verder *aansprakelijk* zijn dan tot het bedrag van hun inleg.

Beide voorwaarden geven het idee van ‘klassieke rechtspersoonlijkheid’ weer. De rechtsfiguur die tot gevolg heeft dat de eigendom op naam staat van de rechtsfiguur, althans niet op naam van de achterliggende gerechtigden én meebrengt dat de aansprakelijkheid wordt beperkt, is een non-transparante entiteit. De aard van de rechtsfiguur als ‘kapitaal-vennootschap’ is hierbij van ondergeschikt belang.

In het geval de resultaten wel voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen, is de rechtsfiguur in beginsel fiscaal transparant. In dat geval is alsnog sprake van non-transparantie, indien:

(3) *vrije toe- en uittreding* ten aanzien van deze rechtsfiguur mogelijk is in de zin van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR.

In dat geval is sprake van een ‘open rechtsvorm’ die als een zelfstandige entiteit kan worden aangemerkt. Vrije toe- en uittreding is naar stellig recht – in ieder geval na BNB 2009/120 – aan de orde, indien één van de participanten geen toestemming hoeft te verlenen voor toe- en uittreding. De verhouding tot de open rechtsvorm heeft doorgaans de kenmerken van een ‘aandeel’, dan wel wordt in voorkomende gevallen bij wetsfictie met een aandeel gelijk gesteld (art. 2, lid 3, onderdeel f, AWR).

In het geval van rechtsvormen waarbij de resultaten rechtstreeks ‘voor rekening en risico’ van de achterliggende gerechtigden komen, bestaat per definitie een rechtsband van de gerechtigde tot het achterliggende vermogen/inkomen. Deze rechtsband – (mede)gerechtigdheid – hoeft mijns inziens niet noodzakelijkerwijs het karakter van een ‘aandeel’ te bezitten ten behoeve van de kwalificatie van een rechtsvorm als non-transparante entiteit. Uiteraard is de aanwezigheid van een in aandelen verdeeld kapitaal van belang voor regelingen als de deelnemingsvrijstelling en het aanmerkelijkbelangregime, maar voor de fiscale kwalificatie als zodanig lijkt het criterium bij nadere beschouwing van ondergeschikte betekenis. De aanwezigheid van ‘aandelen’, ‘fracties’ en ‘participaties’ kan de vrije toe- en uittreding bevorderen, maar voor de beoordeling van de non-transparantie van een rechtsvorm volstaat de mogelijkheid van vrije toe- en uittreding ten aanzien van de (mede)gerechtigdheid in de rechtsvorm.

5 De inkomstenbelastingdimensie van het kwalificatieleerstuk

5.1 INLEIDING

De fiscale (non-)transparantie van een entiteit kan niet alleen worden beoordeeld door de tussenliggende rechtsvorm als mogelijk rechtssubject te kwalificeren (vennootschapsbelastingdimensie). Het transparantievraagstuk kan ook worden benaderd door vanuit het perspectief van het oorspronkelijke subject te beoordelen of toerekening van het object na de intermediatie nog steeds mogelijk is. Hierbij wordt de gerechtigdheid van het subject tot het achterliggende object geanalyseerd (inkomstenbelastingdimensie).

Binnen de ‘inkomstenbelastingdimensie’ van het kwalificatieleerstuk staat de (rechtstreekse) gerechtigdheid van het subject tot het object voorop. Het bestaan van een subject – een natuurlijke persoon – is in deze benadering een gegeven. De inkomstenbelastingdimensie kan worden voorgesteld als een analyse van ‘de lijn’ die aanwezig moet zijn om een subject en een object met elkaar te verbinden. Deze lijn is de rechtsband die de toerekening aan een subject verklaart en in het verlengde daarvan de belastingheffing op dat niveau rechtvaardigt. De noodzaak van een rechtsband die de toerekening van een ‘specifiek’ object aan een ‘specifiek’ subject tot gevolg heeft, kent een duidelijke relatie met het (abstracte) draagkrachtbeginsel.⁵¹² Bij een geïndividualiseerde belastingheffing, zoals die binnen het subjectgerichte fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen bestaat, heeft als uitgangspunt te gelden dat een subject voor zijn ‘eigen’ en niet voor ‘andermans’ inkomen wordt belast.⁵¹³

De aanwezigheid van een rechtsband tussen subject en object behoort tot de kern van een op het draagkrachtbeginsel geënt belastingstelsel. In het navolgende citaat uit de parlementaire behandeling bij de Wet IB 2001 wordt deze (rechts)band telkenmale als vanzelfsprekend aanwezig verondersteld bij een heffing naar draagkracht en komt tot uitdrukking in het gebruik van het woord ‘zijn’:⁵¹⁴

‘Deze keuze [de introductie van diverse analytische elementen, JPB] doet naar onze mening recht aan de doelstelling om de inkomstenbelasting als draagkrachtheffing zodanig te moderniseren dat van elke belastingplichtige – rekening houdend met de aard en de omvang van zijn inkomen en zijn persoonlijke omstandigheden en praktische overwegingen – een bijdrage kan worden gevraagd aan de algemene middelen die (...) is afgestemd op zijn feitelijke draagkracht.’

512 Uit paragraaf 4.2 volgt dat de wetgever de draagkracht van ondernemers in relatie tot het kwalificatievraagstuk heeft gebracht. Zie ook *Kamerstukken II 1959/60, 5380 & 6000*, nr. 9, blz. 16, Ikrk (nota) en *Kamerstukken II 1962/63, 5380*, nr. 19, blz. 22-23.

513 Zie in dit verband HR 15 november 1950, B. 8888, waarin de Hoge Raad ten aanzien van de echtgenoot van een in gemeenschap van goederen gehuwde ondernemer overwoog: ‘Wil een belastingsubject wegens de opbrengst van een bron van inkomen belastingplichtig zijn, dan moet die opbrengst hem rechtstreeks toevloeien.’ Uiteraard kunnen op grond van inkomenspolitieke overwegingen andere keuzes worden gemaakt, bijvoorbeeld bij de toedeling van (gemeenschap-pelijk) inkomen tussen partners of in gezinsverband. Ook dan gaat echter aan de latere toedeling een eerdere toerekening vooraf.

514 *Kamerstukken II 1998/99, 26 727*, nr. 3, blz. 4-5.

Tegelijkertijd is het abstracte denkbeeld vanuit de draagkrachtgedachte onvoldoende concreet om aan te geven aan welk subject een object kan worden toegerekend. De inkomstenbelastingdimensie van het kwalificatievraagstuk houdt dan ook een onderzoek in naar de gerechtigdheid van het subject tot het achterliggende object, indien zich een intermediatie voordoet. Het betreft een analyse van de eventuele verandering 'in de lijn' die ontstaat als gevolg van de tussenliggende rechtsvorm. Hierbij heeft als uitgangspunt te gelden, dat indien na de tussenkomst van een juridische intermediatie nog steeds toerekening van het achterliggende object aan het oorspronkelijke subject kan plaatsvinden, de intermediatie onvoldoende relevante verstoring teweeg brengt in de relatie van het subject met het object om tot non-transparantie te concluderen. In dat geval is de rechtsvorm fiscaal transparant en neemt de opgekomen rechtsfiguur niet de plaats in van het oorspronkelijke subject als 'toerekeningscentrum'.⁵¹⁵ Het kan echter ook zijn dat de intermediatie tot gevolg heeft dat de bestaande lijn tussen het subject en object wordt verbroken. In dat geval is non-transparantie van de rechtsvorm het uitgangspunt en wordt het object in beginsel toegerekend aan de tussengekomen rechtsvorm.

De inkomstenbelastingdimensie van het kwalificatievraagstuk is te zien als een aanvulling op de vennootschapsbelastingdimensie en fungeert als controlemiddel op de uitkomsten in het kader van de vennootschapsbelastingdimensie. Bij de benadering vanuit de vennootschapsbelasting staat de zelfstandigheid van de juridische intermediatie centraal, beoordeeld aan de hand van de civielrechtelijke karakteristieken van de rechtsvorm. Daarbij wordt beoordeeld of een rechtsvorm een rechtssubject is en daarmee een 'toerekeningscentrum' kan vormen.

In het kader van de inkomstenbelastingdimensie wordt daarentegen onderzocht welke invloed de juridische intermediatie heeft op de (rechts)band van het subject tot het object. Hierbij dient te worden vastgesteld of de gerechtigdheid, na het opkomen van de intermediatie, nog meebrengt dat het object aan hem kan worden toegerekend. Indien de resultaten rechtstreeks 'voor rekening' van het achterliggende subject komen, is fiscale transparantie van de intermediatie het uitgangspunt. Aldus beschouwd ligt de inkomstenbelastingdimensie in het verlengde van het 'voor rekening en risico van'-criterium van de vennootschapsbelastingdimensie. Voorts kan de aard van de gerechtigdheid als 'aandeel' worden gezien als een aansluiting van de inkomstenbelastingdimensie op de vennootschapsbelastingdimensie ten aanzien van 'open rechtsvormen'. Beide benaderingen van het kwalificatieleerstuk liggen ook voor wat betreft het begrip 'aandeel' in het verlengde van elkaar.

Hierna wordt de inkomstenbelastingdimensie geanalyseerd als aanvullende methode om de fiscale kwalificatie vanuit het perspectief van het subject te onderzoeken. In paragraaf 5.2 wordt de relevantie van de inkomstenbelastingdimensie, als benadering die zich richt op de (rechts)band tussen het subject en object, nader toegelicht. Vervolgens wordt aan de hand van de verschillende inkomensbronnen in de Wet IB 2001 onderzocht welke (rechts)verhouding dient te bestaan om tot toerekening te kunnen komen. Hierbij speelt het begrip 'genieten' een belangrijke rol. Achtereenvolgens komt het begrip 'genieten' aan de orde ten aanzien van winstgenieters (paragraaf 5.3), particulieren voor wie het kastelsel (paragraaf 5.4) geldt en ten slotte in het kader van de vermogensrendementsheffing (paragraaf 5.5). Voor deze situaties wordt onderzocht welke gerechtigdheid tot het object aanwezig dient te zijn om, niettegenstaande de intermediatie, tot rechtstreekse toerekening te komen. In paragraaf 5.6 wordt afgesloten met een conclusie. Ten slotte wordt in paragraaf 5.7 het kwalificatiemodel beschreven, zoals dat op grond van de inkomsten- en vennootschapsbelastingdimensie is ontwikkeld.

515 Hierbij wordt in eerste instantie geabstraheerd van de gevallen van 'afwijkende toerekening'. De omstandigheden waaronder een 'afwijkende toerekening' plaatsvindt, komen aan de orde in de paragrafen 5.5.2.2 en 8.4.

5.2 FISCALE TRANSPARANTIE BENADERD VANUIT HET SUBJECT

5.2.1 De inkomstenbelastingdimensie nader toegelicht

Bij een fiscaal transparante intermediatie blijft de rechtsband met het object ongewijzigd en kan nog steeds toerekening plaatsvinden aan het oorspronkelijke subject. De aanwezigheid van een non-transparante entiteit heeft daarentegen tot gevolg dat de oorspronkelijke relatie tussen het subject en object een verandering ondergaat en het object aan de tussengekomen rechtsvorm wordt toegerekend. De aanvankelijke, directe gerechtigdheid tot het object wordt door de tussenkomst van de non-transparante intermediatie beëindigd, dan wel geconverteerd in een andere rechtsverhouding. Het is afhankelijk van de aard van de intermediatie of sprake is van een beëindiging van de gerechtigdheid, dan wel conversie van die gerechtigdheid in een andere rechtsverhouding. Bij instellingen van de doode hand, zoals een stichting, ontbreekt na de intermediatie iedere gerechtigdheid bij de oorspronkelijke gerechtigde. In het geval van een besloten vennootschap daarentegen, is de oorspronkelijke gerechtigdheid verdwenen en heeft plaats gemaakt voor een nieuwe gerechtigdheid tot de rechtsvorm, in casu het aandeel. De intermediatie heeft in dergelijke gevallen tot gevolg dat op grond van de nadien ontstane rechtsverhoudingen het oorspronkelijke object niet langer kan worden toegerekend aan het oorspronkelijke subject. De beschreven varianten worden hierna schematisch weergegeven. De verschillende posities zijn als volgt te visualiseren:

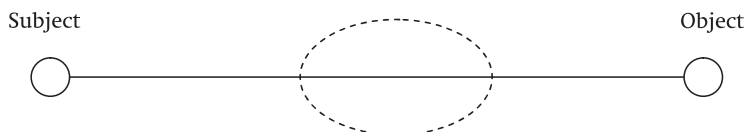
Als uitgangspositie kan de situatie worden aangehouden waarin het subject de volledige, ongedeelde en ongestoorde eigendom van een object heeft.

Figuur 1



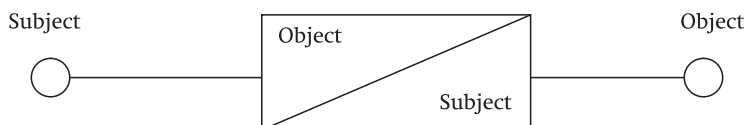
Indien zich een intermediatie voordoet, kunnen mijns inziens drie scenario's worden onderkend. In de eerste plaats kan de rechtsband tussen het subject en object ononderbroken blijven, ondanks de aanwezigheid van een tussenliggende rechtsvorm. In dat geval is sprake van fiscale transparantie. Het achterliggende subject blijft als 'toerekeningscentrum' dienen.

Figuur 2



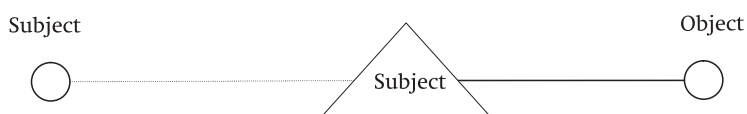
In de tweede plaats is het denkbaar dat het subject, ook nadat de intermediatie is opgetreden, nog steeds een (indirecte) relatie onderhoudt met het oorspronkelijke object, maar dat deze rechtsband niet langer de rechtstreekse toerekening aan het subject rechtvaardigt. In dat geval is sprake van een non-transparante intermediatie, waarbij de tussengekomen rechtsvorm het toerekeningscentrum wordt ten aanzien van het oorspronkelijke object. De rechtsband tot de tussengekomen rechtsvorm neemt bij het oorspronkelijke subject de hoedanigheid van een (nieuw) object aan.

Figuur 3



Ten slotte kan een intermediatie tot gevolg hebben dat de rechtsband tussen het oorspronkelijke subject en oorspronkelijke object in het geheel niet meer bestaat. Hierbij kan worden gedacht aan gevallen waarin het vermogen is afgezonderd in een instelling van de doode hand. In dat geval is toerekening aan het oorspronkelijke subject niet langer aan de orde. Toerekening aan een ander subject ligt in dat geval in de rede.

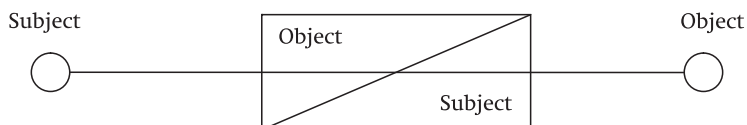
Figuur 4



Uit het voorgaande volgt dat de aanvankelijke rechtsband die de toerekening van het object aan het subject verklaarde, ophoudt te bestaan in geval van een non-transparante intermediatie. Afhankelijk van de juridische vormgeving van de intermediatie is de rechtsband met het object daarna ofwel 'vervangen' door een indirecte rechtsband, dan wel geheel doorbroken. In het eerste geval heeft het oorspronkelijke subject een gerechtigdheid tot een ander object gekregen, bestaande uit de rechtsverhouding tot de intermediatie. Weliswaar heeft het subject door middel van deze (rechts)band een indirecte relatie behouden met het oorspronkelijke object, maar het object komt niet langer rechtstreeks voor zijn rekening. In het tweede geval bestaat geen enkele rechtsband meer tussen het oorspronkelijke subject en de intermediatie. Het oorspronkelijke object is dan niet langer toerekenbaar aan het oorspronkelijke subject. Ook in indirecte zin is geen afgeleide relatie meer te onderkennen met het object. Het object wordt in een dergelijke situatie dan ook aan een ander subject toegerekend.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat non-transparante entiteiten met een 'open karakter' eigenlijk het midden houden tussen de figuren 2 en 3. Enerzijds komen bij een 'open rechtsvorm' de resultaten namelijk wél voor rekening van de achterliggende gerechtigden, zodat een 'doorlopende' gerechtigdheid tot het achterliggende object kan worden onderkend (zie figuur 2). Anderzijds heeft de wetgever in de mogelijkheid van vrije toe- en uittreding aanleiding gezien om de rechtsvorm als non-transparante entiteit te beschouwen. Grafisch kan het voorgaande als volgt worden weergegeven:

Figuur 5



Het voorgaande brengt mee dat vanuit de inkomstenbelastingdimensie de non-transparantie van open rechtsvormen niet zonder nadere toelichting kan worden verklaard. De

rechtstreekse gerechtigdheid tot het object is immers nog steeds zichtbaar bij een juridische intermediatie die als 'open rechtsvorm' kan worden aangemerkt. De nadere verklaring dient bij open rechtsvormen te worden gevonden in de aanduiding van de gerechtigdheid tot de open rechtsvorm als 'aandeel'. In dat geval wordt de toerekening op basis van de rechtstreekse gerechtigdheid doorbroken door de (her)kwalificatie daarvan in een 'aandeel'. Alhoewel in civielrechtelijke zin de lijn nog altijd als een rechtstreekse gerechtigdheid tot het object kan worden gezien, wordt deze in fiscale zin aangemerkt als 'aandeel' – nauwkeuriger: een 'overdraagbare gerechtigdheid' – en is rechtstreekse toerekening niet langer mogelijk.⁵¹⁶ De gerechtigdheid tot het object is dan vervangen door een ander object dat voortaan als bron van inkomen wordt beschouwd. Om deze laatste constatering nader te kunnen duiden, wordt hierna een nadere verduidelijking gegeven van het begrip 'object' en de gerechtigdheid tot het object.

5.2.2 De gerechtigdheid tot het object

Binnen de inkomstenbelastingdimensie dient een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen 'het object' en 'de gerechtigdheid' tot het object. In zijn algemeenheid is 'het object' hetgeen als 'bron van inkomen' kan worden aangemerkt.⁵¹⁷ De bron van inkomen dient hierbij in formele zin en niet in materiële zin te worden opgevat. Bij een formele duiding van het bronbegrip wordt *in abstracto* beoordeeld of een bron van inkomen aanwezig kan zijn, terwijl bij een materiële benadering van het bronbegrip – aan de hand van de algemene bronvoorwaarden – wordt getoetst of in het concrete geval een bron van inkomen aanwezig is. De vraag naar de aanwezigheid van een formele bron van inkomen is echter losgekoppeld van de algemene bronvoorwaarden.⁵¹⁸

Ter adstructie van het verschil tussen een formele en materiële bron noemt Creussen het voorbeeld van een bouwvallig pand dat wordt verhuurd, maar hoge onderhoudskosten vergt.⁵¹⁹ Alhoewel 'in formele zin' het pand – als vermogensbestanddeel – een potentiële bron van inkomen vormt,⁵²⁰ behoeft zulks 'in materiële zin' niet het geval te zijn. Indien de verhuur niet kan leiden tot een rendabele exploitatie van het vermogensbestanddeel in het economische verkeer waarbij voordeel kan worden beoogd en verwacht, is geen sprake van een materiële bron van inkomen, althans naar de maatstaven van de Wet IB 1964.⁵²¹ Weliswaar is deze toets voor de fiscale behandeling van de opbrengst als 'inkomst' essentieel, voor de toerekening als zodanig heeft de materiële brontoets geen betekenis.⁵²² In het kader van de inkomstenbelastingbenadering volstaat dan ook de aanwezigheid van 'een vermogensbestanddeel' als formele bron.

516 Zie nader paragraaf 5.3.1.2.

517 Overigens is dit binnen de vennootschapsbelastingen niet principieel anders. Het bronbegrip is echter vanwege de fictie van art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969 minder tot ontwikkeling gekomen. Zie Stevens 1990, blz. 627-643.

518 Een economisch georiënteerde omschrijving van het formele bronbegrip treft men aan bij Stevens 2001, blz. 73: 'Een bron geldt in feite als concretisering van een (objectieve) opbrengstpotentie. In economische termen uitgedrukt, is een bron de contante waarde van de toekomstige opbrengsten. Voor de contante waarde van toekomstige opbrengsten plegen economen de term 'vermogen' te gebruiken, zodat het fiscale bronbegrip gelijkenis vertoont met de term '(stam)vermogen'.

519 Creusen 1981, blz. 28.

520 Zie HR 11 april 2008, BNB 2008/167.

521 De introductie van box 3 betekent dat in de Wet IB 2001 een andere benadering wordt gevolgd. Zie het einde van deze paragraaf alsmede paragraaf 5.5.

522 Creusen 1981, blz. 33-34, merkt op 'dat het bronbegrip sterk aan erosie onderhevig is geweest ('bron' op te vatten als 'oorzaak') en dat datgene wat als de uitwerking van de bronnentheorie wordt beschouwd niet veel meer is dan een indelingsprincipe om de inkomensstroom aan belastingplichtigen te kunnen toerekenen.'

De 'bron in formele zin' wordt gevormd door hetgeen de wetgever als mogelijke bron van inkomen heeft willen aanmerken en betreft een grove afbakening van de algemene productiefactoren 'kapitaal en arbeid'.⁵²³ Uitgaande van de formele bron van inkomen – bijvoorbeeld een vermogensbestanddeel – als object, dient voor de fiscale kwalificatie te worden onderzocht in welke relatie het subject tot de bron dient te staan, alvorens van 'zijn' object kan worden gesproken. Deze gerechtigdheid vormt de (rechts)band die toerekening van het object aan het subject en de daarmee gepaard gaande belastingheffing dient te rechtvaardigen.

De verhouding tussen enerzijds 'het object' en anderzijds de gerechtigdheid van het subject daartoe, is beschreven door Schendstok in zijn openbare les 'Inkomensbestanddelen en hun bronnen'. Hij omschrijft deze verhouding als volgt:⁵²⁴

'Indien iemand inkomen geniet, dan geschiedt dat omdat er een verbinding is tusschen hem en bron van inkomen. Die verbinding wil ik bedding noemen. Zij voert de opbrengst van de bron naar een bepaald persoon en maakt die opbrengst aldus tot een bestanddeel van zijn inkomen. Het woord opbrengst wijst op iets objectiefs. Ook de bron heeft men zooveel mogelijk als iets objectiefs te denken. Eerst door de bedding wordt zij van bron van opbrengst tot bron van inkomen.'

In de benadering van Schendstok is de formele 'bron van opbrengst' het object. De bron van opbrengst fungeert als oorzaak van een bate die langs 'een bedding' bij het subject terechtkomt en eerst dan een 'bron van inkomen' wordt. Het is de bedding tussen subject en object, de gerechtigdheid tot de bron, die maakt dat een opbrengst die daaruit voortkomt als een bestanddeel van 'zijn' inkomen wordt gezien. In zijn algemeenheid kunnen volgens Schendstok als beddingen worden aangemerkt:⁵²⁵

'(...) zakelijke rechten, krachtens welke men eenige opbrengst geniet: rechten van eigendom, vruchtgebruik, erfpacht, opstal, beklemming, enz. zijn beddingen tusschen de bron – de zaak – en dengene die de opbrengst als inkomen geniet.'

Ondanks dat de bijdrage van Schendstok is opgesteld tegen de achtergrond van de Wet IB 1914 – welke wet een meer objectieve benadering van inkomensbegrip kende dan thans – is de door hem neergelegde zienswijze nog steeds accuraat. Niet alleen is de bronnen-theorie nog steeds de leidende opvatting ten aanzien van het inkomen uit een object,⁵²⁶ tevens dient tussen het subject en het object nog steeds een (rechts)band – een bedding – aanwezig dient te zijn op basis waarvan de belastingplichtige (het subject) het inkomen (het object) geniet. Uiteraard dient hierbij niet uit het oog te worden verloren dat de Wet IB 2001 op onderdelen fundamenteel anders in elkaar steekt dan het Wet IB 1914. Alvorens de gerechtigdheden die tot toerekening leiden onder de Wet IB 2001 te bespreken, wordt hierna ingegaan op de gerechtigdheid bij de verschillende bronnen van inkomen.

5.2.3 De gerechtigdheid bij verschillende bronnen van inkomen

In het kader van het kwalificatievraagstuk dient te worden onderzocht welke invloed een intermediatie heeft op de gerechtigdheid van het subject tot een bron van inkomen en de vermogensbestanddelen die daarvan deel uitmaken. Aangezien de kenmerken van een

523 Uiteraard kan ook sprake zijn van een mengvorm. Overigens levert toerekening van arbeid 'sec' aan een subject mijns inziens geen problemen op en is in het kader van de inkomstenbelasting-benadering ook nauwelijks relevant.

524 Schendstok 1971, blz. 98.

525 Schendstok 1971, blz. 99. Voorts noemt Schendstok nog het maritaal en wettelijk vruchtgenot als voorbeeld van een 'bedding'.

526 Zie bijvoorbeeld Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 0.0.2. en Stevens 2001, blz. 72-73.

bron van inkomen verschillend kunnen zijn, wordt beoordeeld welke implicaties dat heeft voor de gerechtigdheid van het subject tot het object. In de literatuur is voor de verschillende bronnen gewezen op het bestaan van diverse beddingen, alsmede de rol die de bedding bij de toerekening van het object vervult.

In de eerdergenoemde bijdrage onderscheidt Schendstok drie soorten bronnen.⁵²⁷ In de eerste plaats noemt hij de bronnen die bestaan uit een 'goed of een recht' en die voorwerp kunnen zijn van 'eigendom'. Hierbij kan worden gedacht aan inkomsten die uit een vermogensbestanddeel voortvloeien. Ten aanzien van de gerechtigdheid tot zulke bronnen schrijft Schendstok het volgende:⁵²⁸

'Indien de bron een goed of een recht is, dat voorwerp van eigendom kan zijn – dus een zaak in den zin van art. 555 B.W. – dan is het deel van de bedding, dat het dichtst bij de bron ligt, steeds een zakelijk recht. Die bedding kan haar verlenging slechts vinden in een voor de wet bestaande rechtsbetrekking tusschen de bron en den belastingplichtige.'

In de tweede plaats onderkent Schendstok de bronnen die voortkomen uit het (familie)recht. Bij die bronnen, zo concludeert hij, ontbreekt een scheiding tussen bron en bedding. In de derde plaats noemt hij de bronnen die noch voorwerp zijn van 'eigendom', noch voortkomen uit het recht. Hierbij heeft hij het oog op onder meer bedrijven, vrije beroepen, en dienstbetrekkingen. Bij deze bronnen zou een 'feitelijke verhouding'⁵²⁹ de dichtstbijzijnde bedding opleveren.

Het 'genieten' van inkomen

De aard van de relatie tussen het subject en object is ook onderzocht door Van Dijk. Anders dan Schendstok, analyseert Van Dijk de band tussen het subject en object aan de hand van het begrip 'genieten'. Alhoewel de term 'genieten' ook voorkwam in de Wet IB 1914, op welke wet Schendstok zijn analyse baseerde, heeft deze term in de Wet IB 1964 een prominenter positie gekregen.⁵³⁰ Het begrip 'genieten' is daarbij volgens Van Dijk dermate belangrijk dat 'er slechts één criterium is op grond waarvan een inkomensbestanddeel met een subject in verband gebracht kan worden, namelijk doordat hij het inkomensbestanddeel geniet.'⁵³¹

Aan het slot van zijn beschouwing komt Van Dijk tot een indeling van de verschillende inkomensbronnen in 'objectieve bronnen' en 'subjectieve bronnen'.⁵³² Onder de objectieve bronnen kunnen de 'inkomstenbronnen' worden verstaan.⁵³³ In die gevallen is de genietter – enigszins gechargeerd – de 'rechthebbende' tot de inkomst. Indien geen 'recht' op de inkomst bestaat is degene aan wie de inkomst ter beschikking wordt gesteld de genietter. Ten aanzien van de objectieve bronnen is, zo beargumenteert Van Dijk, ook onder de Wet IB 1964 het denkbeeld van Schendstok – bron, bedding, inkomst – toepasbaar.

De tweede categorie bestaat uit de 'subjectieve bronnen'. Hiertoe rekent Van Dijk de inkomenscategorieën 'winst uit onderneming' en 'winst uit aanmerkelijk belang'. Voor

527 Schendstok 1971, blz. 99-100.

528 Schendstok 1971, blz. 99.

529 Schendstok 1971, blz. 100, merkt op dat het geen zuiver feitelijke verhouding betreft.

530 Zie *Kamerstukken II* 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 32 lk, waar wordt opgemerkt dat art. 4 Wet IB 1964 'minder scherp objectief is geredigeerd' dan de voorganger onder het Besluit IB 1941 doordat het begrip genieten is opgenomen in de wetsbepaling met betrekking tot het onzuiver inkomen.

531 Van Dijk 1967, blz. 161.

532 Van Dijk 1967, blz. 189.

533 Daarmee zijn de bronnen loon uit dienstbetrekking, inkomsten uit andere arbeid, inkomsten uit vermogen en inkomsten uit periodieke uitkeringen en verstrekkingen bedoeld.

die bronnen is kenmerkend dat 'de winst' niet als objectieve grootheid kan worden gekend, maar 'in en door' de persoon van de gekwalificeerde genietster tot leven komt. Het objectieve element, de onderneming of het aandelenpakket, dient enkel om het daarbij behorende subject te vinden. Zodoende geniet uitsluitend degene 'voor wiens rekening' de onderneming wordt gedreven, winst uit onderneming. Ten aanzien van deze subjectieve bronnen is de benadering van Schendstok, waarin de relatie tussen objecten en subjecten 'zichtbaar' wordt gemaakt, volgens Van Dijck eigenlijk niet goed toepasbaar.⁵³⁴

Alhoewel Van Dijck moet worden toegegeven dat bij een subjectieve bron van inkomen het onderscheid tussen het object en het subject – in ieder geval voor wat betreft de inkomensvaststelling – vervaagt, is desalniettemin ook bij subjectieve bronnen een bedding te onderkennen. Anders dan bij een objectieve bron, is echter het bestaan van een voortdurende bedding van minder belang. Na de initiële toerekening van de bron aan het subject, is de aanwezigheid van een bedding niet langer relevant, en wordt de inkomst op het niveau van het subject vastgesteld.⁵³⁵

Het voorgaande betekent mijns inziens evenwel niet dat een bedding bij een subjectieve bron ontbreekt. Ook bij een subjectieve bron dient de opbrengst van het object naar het subject te worden geleid.⁵³⁶ De oorspronkelijke bedding, bestaande uit de gerechtigdheid tot het object die de bron naar het subject leidt, versmelt bij een subjectieve bron echter met het object. De functie van de gerechtigdheid tot het formele object komt daarna als zodanig te vervallen. Daarmee blijft de functie van 'de bedding' beperkt tot het toerekenen aan het subject van de vermogensbestanddelen die de bron constitueren. De opbrengsten die door het subject met deze vermogensbestanddelen worden behaald, zijn bij hem als opbrengst van die bron belastbaar.⁵³⁷

De bedding bij subjectieve en objectieve bronnen

De verschillende functies van 'de bedding' bij objectieve en subjectieve bronnen, is het beste te illustreren aan de hand van een vergelijking tussen het regime voor inkomsten uit vermogen in de Wet IB 1964 en de Wet 2001. Onder de vigour Wet IB 1964 dienden vermogensinkomsten langs een bedding van de bron naar het subject te worden getransporteerd om te kunnen spreken van inkomsten *uit* vermogen. De bedding heeft binnen deze objectieve bron de functie van 'transportband'. In de meer subjectieve bepaling van vermogensinkomsten onder de Wet 2001,⁵³⁸ dient 'de bedding' om het vermogensbestanddeel toe te rekenen aan het subject. De (forfaitaire) inkomsten die daarmee samenhangen worden vervolgens, zonder verdere toerekening, op het niveau van het desbetreffende subject bepaald. In deze systematiek is de bedding voor te stellen als 'de afleverbon' van het vermogensbestanddeel. Het vermogensbestanddeel wordt op basis van een (rechts)band toegerekend aan een specifiek subject ('afgeleverd') en daarmee staat ook de bestemming vast van de inkomsten die uit die bron opkomen.

Het voorgaande brengt naar mijn mening mee dat toerekening van een object aan een specifiek subject, ongeacht de soort bron, altijd 'een bedding' veronderstelt. Bij een objec-

534 Van Dijck 1967, blz. 170 en 187.

535 Van Dijck 1967, blz. 89, stelt om die reden voor bij subjectieve bronnen niet te spreken van winst 'uit', maar winst 'ter zake van'.

536 Waar bij een objectieve bron de inkomst wordt toegerekend, wordt bij een subjectieve bron de gehele bron – als inkomenspotentieel – toegerekend aan het subject.

537 Bij een subjectieve bron is 'de bedding' niet noodzakelijkerwijs bepalend voor de vaststelling of uit de toegerekende bron een 'inkomst' is opgekomen. Beslissend is of de inkomst is verkregen uit een vermogensbestanddeel dat is geëtiketteerd – bijvoorbeeld – als ondernemingsvermogen en daarmee tot de omvang van de toegerekende bron behoort. Uiteraard kunnen zich gevallen voordoen waarin een inkomst op andere gronden, bijvoorbeeld het 'milieucriterium', aan een (objectieve of subjectieve) bron wordt toegerekend.

538 Stevens 2001, blz. 69.

tieve bron vindt toerekening van de inkomst *uit* de bron aan het subject plaats. Daarbij leidt de bedding de inkomst van de bron naar het subject. Bij een subjectieve bron ligt 'de bedding' minder aan de oppervlakte. Deze is te zien als de (rechts)band die toerekening van de (objectieve) bron aan het gekwalificeerde subject rechtvaardigt. De bedding als transportband is dan eigenlijk niet meer nodig, omdat het vermogensbestanddeel al is 'afgeleverd'.

Hierna wordt ten behoeve van het kwalificatievraagstuk onderzocht welke (rechts)band bij de diverse bronnen tussen het subject en object dient te bestaan in de Wet IB 2001 om rechtstreekse toerekening aan de genietter daarvan tot stand te brengen.

5.3 HET GENIETEN VAN WINST EN INKOMEN

De Wet IB 2001 veronderstelt als uitvloeisel van het draagkrachtbeginsel een gerechtigdheid op basis waarvan een object kan worden toegerekend aan een subject. Indien de gerechtigdheid tot een object de toerekening daarvan aan een subject kan rechtvaardigen, dan is deze laatste daarmee de 'genietter' ten aanzien van de bron geworden. Het voorgaande is door Van Vijfeijken ten aanzien van de inkomsten uit vermogen onder de Wet IB 1964 als volgt verwoord:⁵³⁹

'Een vermogensbestanddeel is een potentiële bron van inkomen, het heeft de capaciteit om een bron van inkomen voor iemand te zijn. Zodra een opbrengstrelatie met een subject wordt vastgesteld, is er een genietter van de inkomst.'

In het kader van het kwalificatievraagstuk is van belang te onderzoeken in welke gevallen de intermediatie de oorspronkelijke gerechtigdheid doorbreekt en tot gevolg heeft dat het object niet langer aan het subject toerekenbaar is en het inkomen niet langer geniet.⁵⁴⁰ Uit de schematische weergave in paragraaf 5.2.1 volgt dat vanuit die toets in twee gevallen non-transparantie kan worden geconstateerd. Beide gevallen hebben met elkaar gemeen dat de inkomsten niet langer rechtstreeks door het oorspronkelijke subject worden genomen. Deze gevallen vormen de keerzijde van het 'voor rekening en risico van'-criterium uit de vennootschapsbelastingdimensie dat is terug te voeren op de primaire rechtsgrond van de vennootschapsbelasting. De non-transparante intermediatie heeft tot gevolg dat 'de bedding is verlegd',⁵⁴¹ waardoor hetgeen uit de bron opkomt niet langer aan het oorspronkelijke subject toevloeit.

In de eerste plaats wordt de rechtstreekse gerechtigdheid beëindigd ingeval de oorspronkelijke gerechtigdheid wordt vervangen door een andere gerechtigdheid (zie figuur 3 in paragraaf 5.2.1). Daarbij is sprake van 'object- en subjectmutatie'. De intermediatie vormt als 'toerekeningscentrum' het (nieuwe) subject voor het oorspronkelijke object ('subjectmutatie'). Belangrijk in deze variant is dat het oorspronkelijke subject een gerechtigdheid verkrijgt tot de intermediatie. De laatste vormt daarmee weer een object voor het oorspronkelijke subject ('objectmutatie').

In het tweede geval ontbreekt na tussenkomst van de intermediatie aan de zijde van het oorspronkelijke subject iedere gerechtigdheid (zie figuur 4 in paragraaf 5.2.1). Daarbij heeft een ander subject de positie van het oorspronkelijke subject overgenomen, terwijl de laatstgenoemde zijn gerechtigdheid heeft verloren of ten hoogste nog een 'blote verwachting' koestert. Hier is dus uitsluitend sprake van 'subjectmutatie', waarbij ten

539 Van Vijfeijken 1992, blz. 25. Van Vijfeijken hanteert hier overigens een 'formeel bronbegrip'.

540 De term 'genieten' kan in deze context zonder bezwaar worden vervangen door meer plastische termen als 'opkomen' en 'toevloeien' die in de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur worden gebezigd.

541 Ontleend aan Dits 1989, blz. 147.

opzichte van de het oorspronkelijke subject sprake is van 'objectverdwijning'. Zoals opgemerkt, doet deze situatie zich voor bij instellingen van de doode hand.

Voorts werd vastgesteld dat de verandering in de gerechtigdheid tot het object bij rechtsvormen met een 'open karakter' niet kan worden herkend vanuit een wijziging in de rechtstreekse gerechtigdheid als zodanig (zie figuur 5 paragraaf 5.2.1). De open rechtsvormen die als non-transparante entiteiten worden aangemerkt, verhinderen immers niet dat de resultaten 'voor rekening van' de achterliggende gerechtigden komen. Desalniettemin kan de inkomstenbelastingdimensie leiden tot een controle op het kwalificatieleerstuk door te beoordelen of de gerechtigdheid als gevolg van de intermediatie het karakter van een 'overdraagbare gerechtigdheid' heeft gekregen. Hiermee heeft dit onderdeel van de inkomstenbelastingdimensie een duidelijke relatie met de secundaire rechtsgrondslag van de vennootschapsbelasting, welke rechtsgrondslag is gebaseerd op de 'corporate resemblance' van open rechtsvormen.

Hierna wordt onderzocht in welke gevallen sprake is van het 'genieten van winst en inkomen' voor de heffingsgrondslagen als bedoeld in art. 2.3 Wet IB 2001.⁵⁴² Voor de drie genoemde inkomenscategorieën is het 'genieten van inkomen' essentieel.⁵⁴³

'Voor alle drie categorieën belastbaar inkomen is vastgelegd dat het gaat om door de belastingplichtige zelf genoten inkomen. Het woord 'genoten' geeft aan dat, wil inkomen of een inkomensbestanddeel bij de belastingplichtige belastbaar zijn, het bij hem moet zijn opgekomen of op grond van specifieke bepalingen geacht moet worden bij hem te zijn opgekomen. Het begrip genieten heeft daarmee dezelfde betekenis als onder het regime van de Wet op de inkomstenbelasting 1964.'

Hierna wordt onderscheid gemaakt naar de verschillende bepalingen omtrent de 'genieter' van het inkomen voor de verschillende inkomenscategorieën. Gelijkluidende regelingen voor verschillende inkomenscategorieën worden waar mogelijk gezamenlijk behandeld.

5.3.1 Het genieten van winst uit onderneming

Blijkens art. 3.2 en 3.3 Wet IB 2001 kunnen 'ondernemers' en 'medegerechtigden' winst uit onderneming genieten. Daarnaast geniet ingevolge art. 3.3, lid 1, onderdeel b, Wet IB 2001, ook de belastingplichtige met een 'bijzondere schuldvordering'⁵⁴⁴ op een ondernemer winst uit onderneming. De vermogensbestanddelen van de onderneming worden de schuldeiser/winstgenieter in dat geval echter niet toegerekend.⁵⁴⁵ Deze categorie blijft derhalve onbesproken. Hierna wordt de gerechtigdheid onderzocht die meebrengt dat de objectieve onderneming aan deze winstgenieters kan worden toegerekend, waarbij achtereenvolgens de 'ondernemer' (paragraaf 5.3.1.1) en 'medegerechtigde' (paragraaf 5.3.1.2) worden besproken.

5.3.1.1 De ondernemer

Ingevolge art. 3.4 Wet IB 2001 'wordt verstaan onder ondernemer: de belastingplichtige voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming.' Aldus dient onderscheid te

542 De wettelijke basis van het begrip 'genieten' in de vennootschapsbelasting is voor binnenlandse belastingplichtigen art. 2 jo. art. 7, lid 2, Wet Vpb 1969. Voor buitenlandse belastingplichtigen is dat art. 3 jo. art. 17, lid 2, Wet Vpb 1969.

543 Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 3, blz. 78-79.

544 Zie voor de voorwaarden van een dergelijke bijzondere schuldvordering art. 3.3, lid 3, Wet IB 2001.

545 De voordelen uit hoofde van de vordering worden ingevolge art. 3.3, lid 6, Wet IB 2001, bepaald alsof de schuldvordering een onderneming vormt.

worden gemaakt tussen de voorwaarde dat de onderneming 'voor rekening van' de belastingplichtige wordt gedreven en de eis dat de belastingplichtige wordt verbonden voor de verbintenissen betreffende de onderneming. Beide voorwaarden worden separaat besproken, uitgaande van de aanwezigheid van een materiële onderneming als bron.

5.3.1.1.a 'Voor rekening van'-criterium

De voorwaarde dat de onderneming 'voor rekening van' de belastingplichtige dient te worden gedreven, vindt zijn oorsprong in het Besluit IB 1941⁵⁴⁶ en kwam ook onder de Wet IB 1964 terug.⁵⁴⁷ Desalniettemin is de exacte reikwijdte van dit criterium niet uit de wet, noch uit de wetsgeschiedenis af te leiden.⁵⁴⁸ Ook Groeneveld en Niessen merken in het kader van het subjectieve ondernemerschap op dat de wetgever omtrent 'de gerechtigdheid' tot het ondernemingsvermogen geen klare wijn heeft geschonken.⁵⁴⁹ Weliswaar heeft de wetgever bepaald dat de gerechtigdheid niet de vorm van een aandeel mag hebben, maar voorts is onduidelijk.⁵⁵⁰

'hoe de gerechtigdheid dan wél moet worden vormgegeven, noch wat 'gerechtigdheid' inhoudt, noch wat het 'vermogen' van de onderneming is. Het is wel duidelijk, alhoewel niet expressis verbis gezegd, dat het gaat om een participatie in het eigen vermogen van de onderneming, maar welke kapitaalvormen aan die eis voldoen, moet in de praktijk en rechtspraak worden ingevuld.'

Vervolgens merken Groeneveld en Niessen op dat – in ieder geval – kan worden vastgesteld dat de wetgever 'het leiding geven' aan de onderneming en evenmin 'de aansprakelijkheid' doorslaggevend heeft geacht. Uiteindelijk komen zij tot de slotsom dat de wetgever voor de vraag naar de gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen heeft willen aansluiten bij het burgerlijk recht.⁵⁵¹

De rechtstreekse gerechtigdheid tot de onderneming

De gerechtigdheid dient een rechtstreekse gerechtigdheid in te houden.⁵⁵² Hierdoor kunnen in ieder geval de 'eigenaren' van een eenmanszaak, de firmanten in een vennootschap onder firma en de maten in een maatschap als 'stereotype ondernemers' tot de winstgenieters worden gerekend.⁵⁵³ Daarbij is de juridische gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen voldoende aanleiding om een 'rechtstreekse gerechtigdheid' aan te nemen. Hierbij kan worden opgemerkt dat de eigendomspositie van de 'stereotype ondernemer' gepaard gaat met een onbeperkte aansprakelijkheid van de ondernemer. De voorwaarde van een 'rechtstreekse gerechtigdheid' tot de onderneming brengt mee dat de aanspraak van de echtgenoot van de ondernemer over de band van het huwelijksvermogensregime niet tot ondernemerschap leidt. In een aantal arresten heeft de Hoge Raad dit onomwonden beslist.⁵⁵⁴ Uitsluitend de echtgenoot die de onderneming drijft, is als ondernemer aan te merken en de vermogensbestanddelen vormen bij diegene het onderne-

546 Zie het drieluik van Nijman 1964.

547 Zie Van Dijk 1967, blz. 165 e.v., voor een bespreking van de verschillen tussen art. 17 Besluit IB 1941 en art. 6, lid 1, Wet IB 1964.

548 Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), 3.2.3.A.a.

549 Groeneveld en Niessen 1999, blz. 49.

550 Groeneveld en Niessen 1999, blz. 49-50.

551 Groeneveld en Niessen 1999, blz. 51.

552 Groeneveld en Niessen 1999, blz. 52. In vergelijkbare zin Nijman 1964b: 'Het vereiste van het rechtstreeks toevoelen, in verband gebracht met de opbrengst van een bedrijf, kan niet anders betekenen dan een nadere omlijning van het begrip 'voor rekening van'. Er moet een directe relatie zijn tot de opbrengst van het bedrijf, hetgeen inhoudt, dat er een directe relatie moet zijn tot de uitoefening van het bedrijf, hetzij doordat men zelf exploiteert (...).

553 Vgl. Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 92-93.

554 Zie bijvoorbeeld HR 9 december 1953, BNB 1954/9, HR 29 september 1954, BNB 1954/333, HR 27 oktober 1954, BNB 1955/2 en HR 20 maart 1963, BNB 1963/205.

mingsvermogen.⁵⁵⁵ Indien de echtgenoten samen een onderneming uitoefenen, dan vindt toerekening van het buitenvennootschappelijke vermogen plaats aan degene die de bestuursbevoegdheid heeft.⁵⁵⁶

Het voorgaande wordt echter lastiger naarmate de gerechtigdheid verder afstaat van de '(mede)eigendom' van de onderneming.⁵⁵⁷ Hierbij komt nog dat uit de rechtspraak volgt dat de zakenrechtelijke verhoudingen ondergeschikt zijn aan de economische gerechtigdheid tot de onderneming.⁵⁵⁸ Het is dan ook niet verwonderlijk dat onduidelijkheden ontstaan ten aanzien van de 'rechtstreekse gerechtigdheid' nu de aard van de gerechtigdheid tot de onderneming vele hoedanigheden kan aannemen. Hoe dient te worden geoordeeld ten aanzien van beperkt zakelijke rechten en de blote eigendom van een onderneming? In hoeverre dient de gerechtigdheid zich uit te strekken tot het (vennootschappelijke) ondernemingsvermogen, de winst en/of het liquidatiesaldo? Welke eisen dienen te worden gesteld aan de gerechtigdheid van commanditaire vennoten? Het begrip 'rechtstreekse gerechtigdheid' heeft aan de hand van deze vragen invulling gekregen in de literatuur en rechtspraak.

Ten aanzien van de 'vruchtgebruiker' en 'blote eigenaar' wordt aangenomen dat zij medegerechtigd zijn tot de onderneming en dat deze 'voor hun rekening' wordt gedreven.⁵⁵⁹ De juridische gerechtigdheid is voldoende rechtstreeks om de onderneming, dan wel de resultaten daaruit, aan de blote eigenaar respectievelijk vruchtgebruiker toe te rekenen. Voorts komt de onderneming die voorheen door de belastingplichtige als ondernemer werd gedreven en nadien door hem wordt verhuurd, nog steeds voor zijn rekening.⁵⁶⁰ Hierbij acht de Hoge Raad van belang dat de oorspronkelijke ondernemer, ook nadat deze de exploitatie heeft overgedragen, de eigendom van het bedrijf heeft behouden.⁵⁶¹ Hetzelfde heeft te gelden voor de huurverkoper van een onderneming.

De resultaten komen in ieder geval 'voor rekening van' de belastingplichtige indien deze (gedeeltelijk) gerechtigd is tot de winst en tevens deelt in de stille reserves, zo kan worden afgeleid uit de rechtspraak.⁵⁶² Daarentegen heeft de Hoge Raad omtrent de gerechtigdheid tot de stille reserves en goodwill alsmede het liquidatiesaldo bij een beherend vennoot die uitsluitend deelde in de reguliere jaarwinst, geoordeeld dat het ontbreken daarvan nog niet betekent dat de onderneming niet voor zijn rekening wordt gedreven.⁵⁶³ Het is vermoedelijk de civielrechtelijke gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen die maakt

555 HR 24 augustus 1995, *BNB* 1995/320.

556 HR 9 mei 2003, *BNB* 2003/288. In zijn noot spreekt Essers van de fiscale eigendom van 'goederen die niet tot de vennootschapsgemeenschap als zodanig behoren, maar waarvan slechts het gebruik is ingebracht'.

557 Zie de verschillende vormen van betrokkenheid bij een onderneming in het schema van Nobel 1970, blz. 25.

558 Zie HR 26 juni 1957, *BNB* 1957/267.

559 Zie *Cursus Belastingrecht* (Inkomstenbelasting), onderdeel 3.2.3.C.e. en Groeneveld en Niessen 1999, blz. 63. Hiermee is uiteraard nog niets gezegd over de verbondenheid voor de verbintenissen betreffende de onderneming.

560 HR 26 januari 1955, *BNB* 1955/216 en HR 7 september 1977, *BNB* 1977/235. Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat deze jurisprudentie ook voor de Wet IB 2001 van belang blijft en tot ondernemerschap leidt. Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 7, blz. 127 en *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 17, blz. 61. Het is overigens de vraag of daarbij een juiste invulling is gegeven aan verbondenheidscriterium.

561 HR 26 januari 1955, *BNB* 1955/216.

562 HR 18 april 1990, *BNB* 1990/236: 'Nu belanghebbende niet gerechtigd is in de stille reserves van de apotheek, wordt deze onderneming echter niet voor haar rekening gedreven.' Zie ook *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 17, blz. 60-61.

563 HR 16 december 1998, *BNB* 1999/147-148 en HR 18 maart 1998, *BNB* 1998/230.

dat de Hoge Raad deze ruime benadering voorstaat.⁵⁶⁴ Ook lijkt de aansprakelijkheidspositie van de beheerend vennoot het verschil met de commanditaire vennoot te kunnen verklaren.⁵⁶⁵ Commanditaire vennoten dienden onder de Wet IB 1964 immers wél gerechtigd te zijn tot het liquidatiesaldo om te kunnen oordelen dat de onderneming voor hun rekening werd gedreven.⁵⁶⁶ Deze invulling van de term 'medegerechtigd tot het vermogen van een onderneming' was gebaseerd op art. 17 Besluit IB 1941 en de toelichting daarop in de Leidraad bij het Besluit.⁵⁶⁷

Het wetsvoorstel rechtspersoonlijkheid personenvennootschappen

Aanvankelijk is in de literatuur gediscussieerd over de vraag welke gevolgen de rechtspersoonlijkheid van personenvennootschappen op grond van het wetsvoorstel tot aanpassing van titel 7.13 BW heeft voor de rechtstreekse gerechtigdheid.⁵⁶⁸ Brengt deze rechtspersoonlijkheid nu mee dat voor toepassing van de inkomstenbelastingdimensie geen sprake meer is van het 'rechtstreeks toekomen'? In zijn onderzoek verdedigt A.J.A. Stevens dat, niettegenstaande de rechtspersoonlijkheid van een OVR, de 'economische (mede-)eigendom' bij de achterliggende vennoten berust. Voor een rechtstreekse gerechtigdheid is dat naar zijn mening voldoende, zodat een wijziging van art. 3.4 Wet IB 2001 niet noodzakelijk is. Van Kempen is daarentegen van mening dat niet alleen de juridische eigendom, maar ook de economische eigendom bij de OVR berust. Een wetswijziging is volgens haar dan ook noodzakelijk. Inmiddels lijkt deze discussie beslecht en heeft de wetgever in het wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW gevolg gegeven aan de oproep van Van Kempen. In het voorgestelde art. 3.7 Wet IB 2001 wordt de toerekening aan de vennoten wettelijk geregeld.⁵⁶⁹

'Artikel 3.7. Openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid

1. Voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen worden bij een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid en bij daarmee vergelijkbare buitenlandse rechtsvormen, de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven toegerekend aan de vennoten als bij een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.
2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing bij een commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid. De eerste volzin vindt geen toepassing bij een open commanditaire vennootschap voor zover het betreft de commanditaire vennoten.'

Het komt mij voor dat de wetgever het voorstel van Van Kempen terecht heeft gevolgd om de mogelijke twijfel op dit punt weg te nemen. Het begrip 'rechtstreekse gerechtigdheid' biedt op zichzelf onvoldoende houvast om de door A.J.A. Stevens ingenomen stelling met zekerheid te kunnen schragen. Als gevolg van de rechtspersoonlijkheid van de OVR zijn de vennoten niet 'rechtstreeks gerechtigd' tot de onderneming en dient de toerekening wettelijk te worden geregeld.

Uit het voorgaande volgt dat in veel gevallen een civielrechtelijke benadering wordt gevolgd ten aanzien van het toerekeningsvraagstuk. In voorkomende gevallen kan echter ook een ander dan de civielrechtelijke eigenaar als 'fiscale eigenaar' worden aangemerkt.

564 Groeneveld en Niessen 1999, blz. 54-55, merken op dat: 'Eenieder die op de wijze als voorzien in het burgerlijk recht als vennoot of maat in een personenassociatie is gestapt, is daarmee naar de aard van die overeenkomst gerechtigd tot het vermogen van de onderneming: deze wordt alsdan *per definitionem* voor zijn rekening gedreven.'

565 Zie ook de annotatie van Essers bij HR 16 december 1998, BNB 1999/147.

566 Zie bijvoorbeeld HR 12 februari 1997, BNB 1997/176. Thans hoeft de medegerechtigdheid zich op grond van art. 3.3, lid 2, Wet IB 2001, niet tot het liquidatiesaldo uit te strekken.

567 In paragraaf 26 van de Leidraad werd opgemerkt: 'Uit art. 17 blijkt, dat ook de commanditaire vennoot, indien hij medegerechtigd is tot het bedrijfsvermogen – en dus ook tot datgene wat, van het standpunt der vennootschap bezien, tot de stille reserves behoort – winst geniet.'

568 Van Kempen 2003, onderdeel 3.2. Daarin reageert Van Kempen op het standpunt van Stevens 2002.

569 Kamerstukken I 2009/10, 31 065, A.

Het gaat in dat geval om de toerekening van afzonderlijke vermogensbestanddelen van de onderneming aan een ander dan de juridische eigenaar.⁵⁷⁰ In BNB 1958/84 heeft de Hoge Raad opgemerkt:

‘dat, wil iemand als “economisch eigenaar” van een zaak, waarvan de eigendom naar burgerlijk recht aan een ander toebehoort, kunnen worden aangemerkt, vereist is, dat economisch het belang bij die zaak geheel aan hem toekomt, hetgeen insluit, dat het risico van de waardeveranderingen en het eventuele tenietgaan van de zaak ten volle door hem wordt gedragen;’

De strekking van deze rechtsregel is ook te vinden in de arresten die betrekking hebben op de vraag ‘wie’ bij leasing als eigenaar kan worden gezien.⁵⁷¹ Alhoewel die rechtspraak veel pennen in beweging heeft gebracht, met name ten aanzien van de invulling van het gehele ‘economische belang’, is volgens de Hoge Raad de juridische eigendom in beginsel maatgevend voor de toerekening.⁵⁷² De uitzondering wordt gevormd door de situatie waarin het risico van alle waardeveranderingen en het risico van tenietgaan bij de lessee berusten. In die situatie moet de toerekening op juridische gronden wijken voor toerekening op basis van de economische realiteit.

Aansprakelijkheid

Ten slotte kan worden opgemerkt dat het ter bepaling van het ‘rechtstreeks genieten’ niet noodzakelijk is dat de ondernemer een deel van de verliezen draagt, dan wel aansprakelijkheidsrisico loopt. De rechtspraak is op dat punt duidelijk.⁵⁷³ In de literatuur is op dit uitgangspunt wel kritiek geuit.⁵⁷⁴ De achtergrond van deze kritiek is mijns inziens niet alleen gelegen in de veronderstelde betrokkenheid van de ‘aansprakelijke’ ondernemer, maar wordt bevestigd door het beeld dat ‘de stereotype ondernemers’ voor de inkomstenbelasting – de eigenaar van een eenmanszaak en vennoot in een vennootschap onder firma – aansprakelijk zijn. Ook het verschil in fiscale benadering bij behorende en commanditaire vennoten – zowel bij open als besloten commanditaire vennootschappen – lijkt zijn verklaring te vinden in de verschillende aansprakelijkheidsposities van de vennoten.

Ik vind de kritiek in de literatuur dan ook begrijpelijk. Indien de relatie met het ‘voor rekening en risico van’-criterium uit de vennootschapsbelastingdimensie in ogenschouw wordt genomen, had het aanleggen van een aansprakelijkheids criterium in de inkomstenbelastingdimensie ook in de lijn der verwachtingen gelegen.⁵⁷⁵ Als de intermediatie immers niet tot gevolg heeft dat het aansprakelijkheidsrisico wordt verlegd, is – open rechtsvormen daargelaten – geen ruimte voor het aannemen van fiscale zelfstandigheid. Omgekeerd had het dan logisch geleken om te onderzoeken of het achterliggende subject nog steeds aansprakelijk is ten aanzien van de onderneming en daaraan het gevolg van fiscale transparantie te verbinden.

Het ontbreken van het aansprakelijkheids criterium laat onverlet dat de aanwezigheid van enig ondernemersrisico in de jurisprudentie wel essentieel wordt geacht.⁵⁷⁶ Het lopen van risico wordt gezien als onderdeel van het voor ‘eigen rekening’ drijven van een onderne-

570 Zie o.a. HR 19 oktober 1955, BNB 1955/377 en HR 24 december 1957, BNB 1958/84.

571 Zie HR 8 mei 1985, BNB 1986/75 en HR 7 mei 1997, BNB 1997/194. Zie uitgebreid Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, ‘Fiscale aspecten van leasing’, nr. 217, Kluwer Deventer: 2001 en Bruins Slot 2006.

572 Zie o.a. Bruins Slot 2007 en De Gunst 2003.

573 Zie o.a. HR 17 november 1948, B. 8552 en HR 11 mei 1960, BNB 1960/171.

574 Zie Nobel 1970, blz. 27, die het verliesrisico een ‘ondergewaardeerd criterium’ noemt.

575 Zie ook paragraaf 5.3.1.1.b.

576 Hof Arnhem 17 juli 1969, BNB 1970/172, HR 16 september 1992, BNB 1992/370 en HR 21 april 1993, BNB 1993/187.

ming en benadrukt de relatie van de ondernemer met het ondernemingsvermogen. Het risico dient voor rekening van de belastingplichtige te komen, ongeacht of het risico zich feitelijk heeft gemanifesteerd.⁵⁷⁷ Het lopen van 'risico' kan overigens ook bestaan uit de mogelijkheid van wisselende (jaar)opbrengsten,⁵⁷⁸ en houdt niet noodzakelijkerwijs in dat de ondernemer ook verliezen moet dragen. Het hier beschreven 'ondernemersrisico' valt dan ook niet samen met het 'aansprakelijkheidsrisico' uit de vennootschapsbelastingdimensie.

5.3.1.1.b *Het verbondenheidscriterium*

In art. 6 Wet IB 1964, de voorganger van art. 3.4 Wet IB 2001, werd naast de ondernemer, ook degene die 'anders dan als aandeelhouder, medegerechtigd is tot het vermogen van een onderneming' als ondernemer aangemerkt.⁵⁷⁹ Op grond hiervan werd (onder meer) de commanditaire vennoot, indien deze aanspraak maakte op het liquidatiesaldo,⁵⁸⁰ als 'ondernemer' beschouwd. Als gevolg daarvan deelde de commanditaire vennoot ook in de ondernemersfaciliteiten. Aan deze situatie is met de introductie van het verbondenheidscriterium in art. 3.4 Wet IB 2001 per 1 januari 2001 een einde gemaakt.⁵⁸¹ Sindsdien geldt de aanvullende voorwaarde dat de belastingplichtige slechts als 'ondernemer' wordt aangemerkt, indien hij 'rechtstreeks wordt verbonden voor de verbintenissen betreffende de onderneming'. Bedoeling van de wetgever is om met deze aanvullende voorwaarde het fiscale ondernemersbegrip beter te laten aansluiten bij de maatschappelijke en economische realiteit.⁵⁸²

De voorwaarde omtrent de rechtstreekse verbondenheid voor ondernemingschulden dient naar de bedoeling van de wetgever civielrechtelijk te worden geïnterpreteerd.⁵⁸³ Daarbij is van belang dat de ondernemer 'rechtstreeks' kan worden aangesproken voor de ondernemingsschulden. De mogelijkheid dat intern tot het bedrag van de inbreng een verlies wordt geleden, is hierbij niet van belang.⁵⁸⁴ Daarnaast is een rechtstreekse verbondenheid niet aan de orde ten aanzien van een stille maatschap.⁵⁸⁵ Voorts dient de verbondenheid zich niet alleen uit te strekken tot bestaande verbintenissen, maar dient ook toekomstige verbintenissen te omvatten. Deze punten uit de wetsgeschiedenis zijn door de staatssecretaris van Financiën in een beleidsbesluit herhaald.⁵⁸⁶

Uit het voorgaande volgt dat het verbondenheidscriterium in beginsel in de wet is opgenomen om een nadere differentiatie – ondernemer of medegerechtigde – aan te brengen binnen de groep 'winstgenieters'. Hiermee is als zodanig niet beoogd een 'aansprakelijkheidstoets' als kwalificatiecriterium te introduceren. De aanvullende voorwaarde van de rechtstreekse verbondenheid heeft als zodanig dan ook geen invloed op 'de toerekening' van het ondernemingsvermogen aan het subject. Immers, ook in het geval de rechtstreekse verbondenheid voor verbintenissen betreffende de onderneming ontbreekt, kan sprake zijn van fiscale transparantie, zolang een medegerechtigdheid bestaat tot het

577 HR 16 september 1992, BNB 1992/370.

578 Zie onder meer HR 27 augustus 1997, BNB 97/398. Zie tevens enkele van de ondernemersrisico's die worden genoemd in de uitspraak Hof Amsterdam 16 januari 1998, V-N 1998/20.10, r.o. 5.2.

579 art. 6, lid 1, Wet IB 1964.

580 Daarbij hoefde de gerechtigdheid zich volgens HR 19 juni 1996, BNB 1996/305, niet uit te strekken tot het gehele liquidatiesaldo.

581 Voor commanditaire vennoten die het beheersverbod overtreden geldt een aansprakelijkheid op grond van art. 21 WvK die ook als 'rechtstreekse verbondenheid' wordt gezien. Zie HR 23 januari 2009, BNB 2009/99. Voor de toekomstige positie van commanditaire vennoten onder titel 7.13 BW, zie Van Kempen 2004.

582 Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 97.

583 Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 97-98. Inmiddels heeft de Hoge Raad deze zienswijze gevolgd in HR 14 juli 2006, BNB 2006/32.

584 Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 97.

585 HR 14 november 2008, BNB 2009/98.

586 Besluit van 6 februari 2010, nr. DGB2010/671M, BNB 2010/159.

ondernemingsvermogen. De voorwaarde van de rechtstreekse verbondenheid dient naar mijn mening dan ook te worden gezien in het licht van de doelstelling om een nadere afbakening aan te brengen binnen de groep 'winstgenieters' en heeft geen zelfstandige betekenis als criterium binnen het kwalificatieleerstuk.

Het verbondenheidscriterium brengt daarentegen specifiek voor ondernemers mee dat de onderneming niet alleen voor hun rekening dient te komen, maar dat zij tevens een 'aansprakelijkheidsrisico' dienen te lopen. Hierdoor is de dispariteit tussen het 'voor rekening van'-criterium in de inkomstenbelastingbenadering en het 'voor rekening en risico van'-criterium in de vennootschapsbelastingbenadering weggenomen. Het 'voor rekening van'-criterium leidt in combinatie met het verbondenheidscriterium tot een logische aansluiting met de 'voor rekening en risico van'-toets uit de vennootschapsbelastingbenadering. Daarbinnen werd de aansprakelijkheid van de achterliggende participanten als criterium aangelegd om tot transparantie van een entiteit, en derhalve tot rechtstreekse toerekening te concluderen. De criteria die aan de ondernemer als 'gekwalificeerde winstgenieter' worden gesteld, bewerkstelligen *de facto* een aansluiting tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting, ook al heeft het verbondenheidscriterium op de kwalificatie van de intermediatie naar stellig recht geen invloed. De medegerechtigden, die hierna worden besproken, genieten immers eveneens winst uit onderneming, zonder dat sprake is van verbondenheid voor de verbintenissen betreffende de onderneming.

5.3.1.2 Medegerechtigden

De commanditaire vennoot is onder de Wet IB 2001 niet langer 'ondernemer', maar 'medegerechtigde'.⁵⁸⁷ Ingevolge art. 6 Wet IB 1964 was ook de commanditaire vennoot ondernemer.⁵⁸⁸ Thans wordt de commanditaire vennoot ingevolge art. 3.3, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001, als winstgenieter/medegerechtigde aangemerkt. Daarbij is degene geïsoleerd die 'anders dan als ondernemer of aandeelhouder, als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming' winst uit een onderneming geniet. Hij geniet als 'medegerechtigde' tot het vermogen van een onderneming nog steeds 'winst uit onderneming', maar hem is de toegang tot de 'ondernemersfaciliteiten' ontzegd.⁵⁸⁹

De bijzondere positie van de medegerechtigde is gelegen in de wens van de wetgever om het (fiscale) ondernemersbegrip in overeenstemming te brengen met de maatschappelijke opvattingen daaromtrent. Opvallend is dat de medegerechtigde met deze bedoeling aanvankelijk in box 3 was geplaatst. Toentertijd was al wel een bijzondere plaats ingeruimd voor medegerechtigden in box 1, indien de medegerechtigdheid was ontstaan als gevolg van de omzetting van een VOF in een CV.⁵⁹⁰ Niet eerder dan bij de tweede nota van wijziging zijn alle medegerechtigden in een besloten CV in box 1 geplaatst. Met de introductie van het begrip 'medegerechtigde' is de commanditaire vennoot in volle omvang als winstgenieter binnen de reikwijdte van box 1 gebracht. De plaatsing in box 1 is niet alleen gepaard gegaan met het 'kortwieken' van de aanspraak op ondernemersfaciliteiten, maar heeft eveneens geleid tot een andere beschrijving van 'de bedding' tussen de medegerechtigde en de onderneming.

Anders dan als aandeelhouder

De medegerechtigde dient thans, evenals onder de Wet IB 1964, 'anders dan als ondernemer of aandeelhouder', te zijn gerechtigd tot het vermogen van een onderneming. De tussenvoeging 'anders dan als ondernemer' dient te worden gezien in samenhang met de later in de wet – in art. 3.4 Wet IB 2001 – opgevoerde figuur van de 'ondernemer'. In de

587 Hetzelfde geldt voor de stille (onder)maat. Hierna wordt echter telkens van 'commanditaire vennoot' gesproken.

588 Overigens drijft een commanditaire vennoot/stichting op grond van HR 11 juni 1965, BNB 1965/155 als zodanig nog geen onderneming.

589 Daarnaast geldt voor medegerechtigden de verliesbeperkingsregel van art. 3.9 Wet IB 2001.

590 art. 3.2.1.1a Wet IB 2001 van het eerste wetsvoorstel (zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 2).

tussenvoeging 'anders dan als aandeelhouder' komt de relatie van de Wet IB 2001 met de Wet Vpb 1969 tot uitdrukking. Het gaat hierbij niet zozeer om de aandeelhouder van een NV of BV; deze aandeelhouders zijn immers niet medegerechtigd tot het vermogen van de onderneming. Het betreft de 'aandeelhouders' die betrokken zijn bij een '(open) rechtsvorm', welke rechtsvorm de resultaten niet voor 'eigen' rekening en risico geniet. Het begrip aandeelhouder dient in het licht van de definitie van art. 2, lid 3, onderdeel f, AWR, en het arrest BNB 1978/13 te worden opgevat. Hierbij is de vrije verhandelbaarheid van de participaties van doorslaggevende betekenis.⁵⁹¹ De vrije verhandelbaarheid dient te worden opgevat als de mogelijkheid van vrije toe- en uittreding. In dat geval kan de gerechtigdheid als 'aandeel' worden gezien.⁵⁹²

In de uitleg van het begrip 'aandeel' is duidelijk de relatie met de vennootschapsbelasting te herkennen. Indien de rechtstreekse gerechtigdheid – de bedding – de vorm aanneemt van een 'aandeel' dan wordt de relatie met het achterliggende vermogen verbroken. De aandeelhouder is niet 'medegerechtigd' tot het vermogen van de onderneming; dat is de entiteit. De entiteit die achter het 'aandeel' schuilgaat, is een zelfstandige en non-transparante entiteit, waaraan de toerekening van het vermogen en de resultaten plaatsvindt.⁵⁹³ Niettegenstaande de civielrechtelijke gerechtigdheid tot het vermogen van de entiteit, wordt de rechtsvorm als zelfstandige entiteit aangemerkt en is de 'rechtstreekse gerechtigdheid' omgebogen tot een 'aandeel'. In paragraaf 5.2.1 werd opgemerkt, dat de gerechtigdheid bij een open rechtsvorm in juridische zin niet is veranderd. Binnen de inkomstenbelastingdimensie van het kwalificatievraagstuk kan dan ook uitsluitend de non-transparantie van een open rechtsvorm worden vastgesteld, indien de rechtstreekse (mede)gerechtigdheid de vorm van een 'aandeel' heeft aangenomen.

Voor rekening van

Anders dan onder de Wet IB 1964, is de medegerechtigdheid thans niet langer vormgegeven als onderdeel van het 'voor rekening van'-criterium. Uit het tekstdeel 'daaronder begrepen hij die', zoals opgenomen in art. 6 Wet IB 1964, viel op te maken dat de medegerechtigdheid als species van het genus 'voor rekening van' werd beschouwd.⁵⁹⁴ Thans kan die gevolgtrekking niet meer op de letterlijke wettekst worden gebaseerd. In art. 3.3, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001, wordt niet langer gerefereerd aan dit criterium. Voorts gaat deze bepaling wetssystematisch vooraf aan het in art. 3.4 Wet IB 2001 genoemde 'voor rekening van'-criterium. Daarnaast kan nog worden gewezen op art. 8, lid 3, Wet Vpb 1969:

'Indien een onderneming niet voor rekening van de belastingplichtige wordt gedreven, maar de belastingplichtige, anders dan als aandeelhouder, medegerechtigd is tot het vermogen van die onderneming, wordt de winst van die onderneming rechtstreeks door de belastingplichtige genoten.'

Ook deze bepaling, die na invoering van de Wet IB 2001 de transparantiegedachte voor commanditaire vennoten/lichamen in een besloten CV voor de Wet Vpb 1969 moet verwoorden, lijkt de gedachte te ondersteunen dat de resultaten bij een medegerechtigde niet op basis van het 'voor rekening van'-criterium in aanmerking worden genomen.⁵⁹⁵

Het is dan ook niet uitgesloten dat tevens winst uit onderneming kan worden genoten, indien de onderneming niet 'voor rekening van' de belastingplichtige wordt gedreven, maar de belastingplichtige 'slechts' medegerechtigd is tot een deel van het ondernemings-

591 Zie ook Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 3.2.4.A.b.

592 Zie de paragrafen 4.5.4.1 en 4.5.4.2.

593 Zwemmer 1978 en Van Brunschot 1970. Het moge duidelijk zijn dat in deze zienswijze de nadruk ligt op de invulling van het begrip 'aandeel'.

594 Zie bijvoorbeeld Nijman 1964a, Van Dijk 1967, blz. 159 en Essers 1993.

595 Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr. 3, blz. 7.

vermogen.⁵⁹⁶ Hierbij dient te worden opgemerkt dat het criterium dat de medegerechtigde ook aanspraak dient te maken op het liquidatieoverschot, zoals dat onder de Wet IB 1964 gold,⁵⁹⁷ per 1 januari 2001 is komen te vervallen. In art. 3.3, lid 2, Wet IB 2001, is expliciet opgenomen dat de medegerechtigdheid zich niet hoeft uit te strekken tot het liquidatiesaldo.

Ook uit de wetsgeschiedenis volgt dat het begrip ‘medegerechtigdheid’ een bijzonder ruime strekking heeft en dat ook bij het ontbreken van aanspraken op (alle) vermogenswinsten van de onderneming sprake kan zijn van een medegerechtigdheid.⁵⁹⁸ Ook in de uitvoeringspraktijk wordt een ruime invulling gegeven aan het begrip ‘medegerechtigdheid’, waarbij de relatie met het liquidatieoverschot en zelfs het vennootschapsvermogen wordt losgelaten.⁵⁹⁹ Van Kempen, die het begrip ‘medegerechtigdheid’ op economische wijze interpreteert, benadrukt mijns inziens terecht dat de economische gerechtigdheid nog wel een relatie tot het vennootschapsvermogen dient te bezitten.⁶⁰⁰ Een winstrecht alleen kan weliswaar in bijzondere gevallen leiden tot het genieten van winst uit onderneming,⁶⁰¹ maar is naar mijn mening onvoldoende om van een ‘medegerechtigdheid’ en de daarmee verband houdende fiscale transparantie te kunnen spreken. In die gevallen ontbreekt immers een (rechts)band ten opzichte van de vermogensbestanddelen van de onderneming.

Onder het huidige regime lijkt derhalve eerder sprake van een medegerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen dan onder de vigueur van de Wet IB 1964. In ieder geval is de wettekst evident ruimer geformuleerd en blijft de categorie ‘medegerechtigden’ niet tot commanditaire vennoten beperkt.⁶⁰² Desalniettemin ben ik van mening dat de reikwijdte van het begrip ‘medegerechtigdheid’ zo veel mogelijk langs de lijnen van de Wet IB 1964 en de daarbij behorende jurisprudentie dient te worden uitgelegd.⁶⁰³ Het begrip ‘medegerechtigdheid’ dient te worden opgevat in het verlengde van het ‘voor rekening van’-criterium, waarbij ten minste een rechtstreekse (economische) gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen dient te bestaan dan wel een recht op het overschot bij liquidatie. Deze uitleg van het begrip ‘medegerechtigdheid’ leidt voor wat betreft de bedding ten aanzien van het object en de daaruit voortvloeiende fiscale transparantie ook tot een consistent beeld. Deze invulling van het begrip ‘medegerechtigdheid’ kan op de volgende gronden worden verdedigd.

Invulling van het begrip medegerechtigdheid in de Wet IB 2001

In de eerste plaats kan worden beargumenteerd dat het genoemde art. 8, lid 3, Wet Vpb 1969 eigenlijk zonder betekenis is. Belangrijker dan het argument dat thans een wetsvoorstel aanhangig is tot afschaffing van art. 8, lid 3, Wet Vpb 1969,⁶⁰⁴ is dat het genoemde artikel eigenlijk nooit enig bestaansrecht heeft gehad.⁶⁰⁵ De gedachte dat een wetsbepaling nodig zou zijn om de transparantie van de besloten CV te waarborgen indien de commanditaire vennoot in box 3 zou worden betrokken,⁶⁰⁶ berust op een principiële denk-

596 Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 3.2.4.A.c.

597 Zie o.a. HR 1 juli 1964, BNB 1964/259 en HR 12 februari 1997, BNB 1997/176.

598 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 466, nr. 6, blz. 95 en *Kamerstukken I* 2000/01, 27 209, nr. 89c, blz. 5.

599 Besluit van 13 februari 2001, nr. CPP2000/3210M, BNB 2001/187 (vraag B.3.2.h. Medegerechtigd tot het vermogen van een onderneming).

600 Van Kempen 2000. Van Kempen verwijst hierbij naar het arrest HR 3 mei 1968, NJ 1968, 267 (Otten-Otten).

601 Zie paragraaf 5.3.1.1.a.

602 Stevens 2001, blz. 185-186.

603 Uiteraard geldt dat op grond van art. 3.3, lid 2, Wet IB 2001 niet voor de eis dat de gerechtigdheid zich dient uit te strekken tot het liquidatiesaldo.

604 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 065, nr. A (art. 4B).

605 Zie ook Van Eijdsen 2002.

606 Na de tweede nota van wijziging, waarbij de commanditaire vennoot naar box 1 is verhuisd, is uiteraard ook deze quasigrondslag aan art. 8, lid 3, Wet Vpb 1969 komen te ontvallen.

fout. Ook in het geval de commanditaire vennoot in box 3 zou zijn gepositioneerd, zou de besloten CV transparant zijn. In dat geval zou een *pro rata parte* gedeelte van de bezittingen en schulden van de rechtsfiguur aan de rendementsgrondslag van de participant moeten worden toegerekend. Dat is heden ten dage ook de enige juiste methode ten aanzien van de commanditaire vennoot in een besloten CV die geen materiële onderneming drijft.⁶⁰⁷ De transparantie van de besloten commanditaire vennootschap is bij het in stand laten van de uitgangspunten van het fiscale stelsel nimmer 'in gevaar' geweest, en art. 8, lid 3, Wet Vpb 1969 is daarmee overbodig.⁶⁰⁸

In de tweede plaats valt uit de parlementaire behandeling niet af te leiden dat de wetgever ten aanzien van de bedding van belastingplichtigen in een transparante entiteit een koerswijziging heeft beoogd. Sterker nog, ten aanzien van de aanvankelijk opgenomen (beperkte) groep medegerechtigden, heeft de wetgever expliciet aangegeven dat voor de uitleg van het begrip 'medegerechtigd tot het vermogen van een onderneming' aansluiting dient te worden gezocht bij art. 6 Wet IB 1964 en de daarop gebaseerde jurisprudentie.⁶⁰⁹ Behoudens de aanpassing van art. 3.3, lid 2, Wet IB 2001, ligt het ook niet in de lijn der verwachting dat de wetgever een dergelijke principiële wijziging tot stand heeft willen brengen. De toelichtende passages uit de tweede nota van wijziging wekken ook niet de indruk van een majeure wijziging.⁶¹⁰ Al is het theoretisch niet mogelijk een sluitende conclusie te verbinden aan het uitblijven van een andersluidende opmerking; bij een principiële wijziging ten aanzien van de (mede)gerechtigdheid die aanleiding geeft tot transparantie van een rechtsfiguur had een nadere motivering van de wetgever voor de hand gelegen. Een opmerking van die strekking is in de parlementaire geschiedenis evenwel niet te vinden.⁶¹¹ In de literatuur wordt, mede om die reden, benadrukt dat het eigenlijk alleen de bedoeling van de wetgever is geweest om bepaalde winstgenieters ex art. 6 Wet IB 1964 – de beleggende commanditaire vennoten – de toegang tot de ondernemersfaciliteiten te onttrekken.⁶¹² Die conclusie lijkt mij juist en maakt dat de medegerechtigdheid nog steeds als gemodificeerde uitwerking van het 'voor rekening van'-criterium dient te worden gezien.

5.3.1.3 Conclusie ten aanzien van winstgenieters

Algemene conclusies ten aanzien van de gerechtigdheid die de toerekening van een objectieve onderneming aan een 'winstgenieter' rechtvaardigt, zijn moeilijk te trekken. Wel kan worden gezegd dat, ongeacht het nadere onderscheid tussen ondernemers en medegerechtigden, voor alle winstgenieters geldt dat de objectieve onderneming op basis van het 'voor rekening van'-criterium aan hen wordt toegerekend. Het nadere onderscheid tussen 'ondernemers' en 'medegerechtigden', dat wordt gemaakt aan de hand van het 'verbondenheidscriterium', is voor de toerekening van het object aan het subject – als zodanig – in beginsel irrelevant. Ook bij het ontbreken van een rechtstreekse verbondenheid voor de verbintenissen betreffende de onderneming, kan namelijk sprake zijn van fiscale transparantie voor de medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming, aangezien de onderneming ook dan voor zijn rekening wordt gedreven.

Het 'voor rekening van'-criterium brengt de (rechts)band tot het object – de bedding – bij transparante rechtsfiguren in de inkomstenbelastingbenadering tot uitdrukking. Opvallend is dat hiermee uitsluitend de 'positieve dimensie' van het 'voor rekening en risico

607 HR 26 januari 2007, BNB 2007/174.

608 Zie ook Van Eijdsen 2002.

609 Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 96.

610 Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 19, blz. 28-29.

611 In Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 96, is opgemerkt dat voor de uitleg van het begrip 'medegerechtigdheid' wordt aangesloten bij de jurisprudentie van de Wet IB 1964. Aangezien de positie van de medegerechtigde na de tweede nota van wijziging ingrijpend is gewijzigd, komt aan deze opmerking in dit verband geen betekenis toe.

612 Vgl. Essers 2008, Stevens 2002, blz. 25-26, Van Kempen 2000 en Meussen 2000.

van'-criterium uit de vennootschapsbelastingdimensie terugkomt bij de benadering vanuit de inkomstenbelasting. De 'negatieve dimensie', die bestaat uit het aansprakelijkheidsrisico, komt minder evident terug in het kader van de toerekening van de objectieve onderneming. Wel kan in de rechtspraak ten aanzien van de beheerend vennoot die uitsluitend tot de jaarwinst is gerechtigd het aansprakelijkheidsrisico als wezenlijk verschil met de commanditaire vennoot worden gezien.

Het is niet duidelijk waarom het 'voor rekening en risico van'-criterium niet volledig tot ontwikkeling is gekomen binnen de inkomstenbelastingdimensie. Wellicht vindt dit zijn oorzaak in het feit dat de 'stereotype ondernemers' per definitie aansprakelijk kunnen worden gesteld in het verlengde van hun rechtstreekse gerechtigdheid tot de onderneming. Ten aanzien van de eigenaar van een eenmanszaak, de vennoot in een vennootschap onder firma en de maat in een maatschap geldt dat naast de goederenrechtelijke positie op grond waarvan de resultaten voor hun rekening komen, tevens sprake is van een onbegrensde aansprakelijkheid. Voor commanditaire vennoten gold deze aansprakelijkheid niet als vanzelfsprekendheid en werd de aanvullende voorwaarde van de gerechtigdheid tot het liquidatiesaldo gesteld.

Als gevolg van het per 1 januari 2001 geldende 'verbondenheidscriterium' bestaat ten aanzien van ondernemers in materiële zin een betere aansluiting met de vennootschapsbelastingdimensie. Voor de overige winstgenieters, die niet aansprakelijk zijn voor de verbintenissen betreffende de onderneming, is nog steeds uitsluitend het 'voor rekening van'-criterium bepalend.

Uit de parlementaire behandeling, jurisprudentie en literatuur volgt dat de invulling van het criterium dat de onderneming voor rekening van het subject dient te worden gedreven niet geheel eenduidig is. Als uitgangspunt geldt dat een goederenrechtelijke gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen meebrengt dat de onderneming voor rekening van het subject wordt gedreven. In die gevallen waarin de onderneming in juridische zin op naam van het samenwerkingsverband wordt gedreven, bestaat in beginsel geen rechtstreekse gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen. Toch wordt vanuit de vennootschapsbelastingdimensie ook fiscale transparantie aangenomen, indien de achterliggende subjecten desalniettemin onbegrensd aansprakelijk zijn. Het aansprakelijkheidscriterium heeft een dominante(re) rol binnen de vennootschapsbelastingdimensie van het kwalificatieleerstuk. Deze rol van het aansprakelijkheidscriterium is in de sfeer van de inkomstenbelastingdimensie niet op gelijke wijze tot ontwikkeling gekomen, behoudens dan de uitwerking van deze gedachte in het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 BW en de daarbij behorende Invoeringswet.

Naast een civielrechtelijke gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen kan ook een economische (mede)gerechtigdheid ten aanzien van het ondernemingsvermogen meebrengen dat de onderneming voor rekening van het subject wordt gedreven. De economische (mede)gerechtigdheid dient zich in dat geval ten minste uit te strekken tot het ondernemingsvermogen dan wel de winstreserves. Uitsluitend een gerechtigdheid tot de stille reserves over de band van de jaarwinst lijkt onvoldoende om van een 'economische medegerechtigdheid' tot het vermogen te kunnen spreken. De staatssecretaris van Financiën neemt een ruim standpunt in en acht een medegerechtigdheid ook mogelijk, indien uitsluitend sprake is van een recht tot de jaarwinst. Zoals uiteengezet, acht ik die opvatting onjuist. Ten slotte geldt ten aanzien van de categorie medegerechtigden dat de medegerechtigdheid zich niet langer hoeft uit te strekken tot het liquidatiesaldo.

5.4 GENIETEN VOLGENS HET KASSTELSEL VOOR PARTICULIEREN

Voor het antwoord op de vraag aan 'wie' een inkomst dient te worden toegerekend buiten de winstfeer, moet worden teruggevallen op de regeling rond 'genietingstijdstip'. Het

gaat daarbij om de inkomenscategorïeën waarvoor het kasstelsel voor ‘particulieren’ geldt,⁶¹³ zoals bij de niet-ondernemingswinstgerelateerde inkomensbronnen in box 1,⁶¹⁴ en het inkomen in box 2. Overigens doet het leerstuk van de fiscale kwalificatie zich niet bij al deze inkomenscategorïeën in volle omvang voor. Discussies over fiscale (non-)transparantie verlangen immers de aanwezigheid van een juridische intermediatie. Bij een aantal inkomenscategorïeën, zoals de belastbare inkomsten uit eigen woning, zal een juridische intermediatie zich zelden voordoen.⁶¹⁵

Het genietingstijdstip en de genierter

Alhoewel het kasstelsel voornamelijk wordt geassocieerd met het vaststellen van het ‘genietingstijdstip’, kan daaruit ook worden afgeleid ‘wie’ in de ogen van de wetgever de genierter van het inkomen is. Degene die geacht wordt de inkomst te genieten, is immers het subject waaraan het inkomen in fiscale zin – met uitsluiting van een ieder ander – wordt toegerekend. Ook al omschrijft de Wet IB 2001 niet met zo veel woorden ‘wie’ deze genierter is en welke bedding hem met het object verbindt, kan uit het bepaalde omtrent het ‘genietingstijdstip’ indirect worden afgeleid in welke (rechts)verhouding toerekening van een inkomst aan de orde is.

In art. 3.146, lid 1, Wet IB 2001, is bepaald dat inkomsten geacht worden te zijn genoten op het tijdstip waarop zij zijn.⁶¹⁶

- a) ontvangen;
- b) verrekend;
- c) ter beschikking gesteld;
- d) rentedragend geworden; of
- e) vorderbaar en tevens inbaar geworden.

Daarbij geldt dat de inkomst op het eerst voorkomende tijdstip wordt ‘genoten’. Veelal is dat het moment waarop een inkomst ‘vorderbaar en tevens inbaar’ is geworden. Het laatstgenoemde genietingstijdstip is daarmee dan ook het meest voorkomende genietingsmoment.⁶¹⁷ Rensema omschrijft de ‘genierter’ als ‘degene die op grond van de bestaande rechtsverhouding daadwerkelijk het genot heeft’.⁶¹⁸ In beginsel is dit degene.⁶¹⁹

‘die krachtens een volledig of beperkt recht (zoals het eigendomsrecht, het erfpachtsrecht, het recht van vruchtgebruik, het recht van opstal en het appartementsrecht) gerechtigd is tot de inkomsten (...)’. Het goederenrechtelijke recht doet een relatie ontstaan tussen het subject en de bron (...).’

Hiermee verschilt de inkomst op grond van een zakelijk recht in civielrechtelijke zin van de inkomst op grond van een persoonlijk genotsrecht. Bij een persoonlijk genotsrecht wordt de inkomst genoten op grond van een rechtsbetrekking tussen twee subjecten.

613 Het begrip wordt gehanteerd ter onderscheiding van het kasstelsel in de winstsfeer. Het toepassingsbereik daarvan is overigens aanzienlijk geminimaliseerd in de arresten HR 20 april 1955, BNB 1955/204 en HR 24 februari 1960, BNB 1960/84.

614 De bron ‘resultaat uit overige werkzaamheden’ lijkt bij deze tweedeling een soort middenpositie in te nemen. Vanaf 1 januari 2001 geldt ook daar het winstregime als berekeningsmethodiek (art. 3.94 jo. art. 3.95 Wet IB 2001) van het resultaat uit overige werkzaamheden. In het kader van het transparantievraagstuk speelt deze afwijkende methode van winstbepaling echter geen rol.

615 Bijvoorbeeld als gevolg van het in art. 3.111, lid 1, Wet IB 2001 opgenomen ‘eigendomsvereiste’.

616 Het genietingstijdstip voor reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang is in art. 4.43 Wet IB 2001 op vergelijkbare wijze geregeld.

617 ‘Materieel geldt daarmee eigenlijk als enige voorwaarde voor de belastbaarheid van inkomsten het ‘vorderbaar en inbaar’ zijn.’ Van Soest 2007, blz. 269. Zie ook Van Dijck 2002, blz. 102.

618 Zie de noot van Rensema bij HR 3 december 1986, FED 1987/116.

619 Van Vijfeijken in haar annotatie bij BNB 1997/360 ten aanzien van inkomsten uit een onroerende zaak.

Daarbij geniet subject A de inkomst uit het vermogensbestanddeel zelve en subject B de inkomst op grond van zijn rechtsverhouding met subject A. De heersende opvatting in de literatuur is evenwel dat aan het verschil tussen zakelijke en persoonlijke genotsrechten voor het belastingrecht geen wezenlijke betekenis toekomt.⁶²⁰ Hierbij dient overigens wel onderscheid te worden gemaakt met het recht op afgifte van een inkomst. In dat geval wordt de inkomst eerst genoten door de rechthebbende en daarna op basis van een andere rechtsverhouding doorbetaald.

De gedachte dat het inkomen rechtstreeks aan de genotgerechtigde toevloeit en het vermogensbestanddeel de 'bron van inkomen' vormt, is reeds terug te vinden in het Besluit IB 1941. Aldaar is met betrekking tot de inkomsten uit vermogen in art. 29 Besluit IB 1941 het volgende bepaald:

'Opbrengst van vermogen geniet degene die, krachtens zakelijk recht of persoonlijk recht van vruchtgenot, inkomsten trekt uit goederen of uit roerend kapitaal.'

In par. 34 van de Leidraad bij het Besluit IB 1941 wordt hieromtrent opgemerkt dat het inkomen niet wordt genoten uit 'de rechtsband tusschen het opbrengstgevend goed of recht eenerzijds en een bepaalden persoon anderzijds', maar uit het achterliggende goed. Niet alleen een zakelijk recht tot gebruik en genot kan leiden tot het genieten van de inkomst, maar tevens een persoonlijk recht van vruchtgenot.⁶²¹ Ook de gerechtigde op grond van een persoonlijk genotsrecht geniet de inkomst.

Op grond van de bepaling omtrent het genietingsstijdstip komt Van Dijck tot een ruwe, enigszins voor de hand liggende omschrijving van 'de genierter'.⁶²²

'De genierter is degene, die ontvangt, degene wiens vordering verrekend wordt, degene aan wie ter beschikking is gesteld, degene wiens vordering rentedragend geworden is en degene, die een vorderbare en tevens inbare vordering heeft.'

In de literatuur is opgemerkt dat de inkomst niet eerder wordt genoten dan wanneer de belastingplichtige daarover 'de beschikkingsmacht' heeft verkregen.⁶²³ Deze opmerking vertolkt de generale gedachte ten aanzien van het 'genieten van inkomen' als zodanig. Overigens is het enkele feit dat een belastingplichtige feitelijk over een inkomst kan beschikken, onvoldoende om van hem een 'genierter' te maken. Het genietingsmoment kan niet eerder worden aangenomen dan nadat zich één van de eerder genoemde genietingsstijdstippen heeft voorgedaan.⁶²⁴

Feitelijke en juridische aspecten van genieten

De verschillende genietingsmomenten hebben soms een meer juridische en soms een meer feitelijke dimensie. Bij enkele genietingsstijdstippen lijkt het accent op de 'feitelijke component' te liggen (ontvangen/ter beschikking gesteld),⁶²⁵ terwijl in andere gevallen de 'juridische component' (verrekend/rentedragend/vorderbaar en tevens inbaar) voorop lijkt te staan.⁶²⁶ Het is mijns inziens niet goed mogelijk om een scherp onderscheid aan

620 Zie Zwemmer 1975, blz. 55-56.

621 Blijkens de Leidraad werd bij een persoonlijk genotsrecht gedacht aan het wettelijk vruchtgenot van ouders van het vermogen van hun minderjarige kinderen en het kosteloos gebruik van een woning.

622 Van Dijck 1967, blz. 172.

623 Van Soest 2007, blz. 268.

624 Zie bijvoorbeeld HR 10 maart 2006, BNB 2007/15.

625 In zijn noot onder HR 3 december 1986, FED 1987/116, merkt Rensema op dat de rechtsverhouding – hij noemt het voorbeeld van een 'kraker' – tot het object soms 'minimaal mag zijn, of vrijwel kan ontbreken' om toch te kunnen genieten.

626 Van Dijck 1967, blz. 173-174 en Stevens 2001, blz. 107.

te brengen tussen de 'feitelijke en juridische genietingstijdstippen'; het genieten is een hybride begrip. Aan een 'feitelijk genietingstijdstip' ligt namelijk altijd een juridische basis ten grondslag, terwijl omgekeerd bij een 'juridisch genietingstijdstip' ook de feitelijke gang van zaken in overeenstemming dient te zijn met deze juridische basis.

Het samenspel tussen feitelijke en juridische elementen blijkt onder meer uit het belang van de bestuursbevoegdheid bij in algehele gemeenschap van goederen gehuwde, maar duurzaam gescheiden levende echtgenoten. In BNB 2007/15 overwoog de Hoge Raad:⁶²⁷

'Voorzover de belastingheffing met betrekking tot inkomsten uit vermogen is gebaseerd op het bepaalde in artikel 33 van de Wet kan de civielrechtelijke gerechtigdheid van deze echtgenoten tot de gemeenschap geen aanknopingspunt bieden voor de heffing. Weliswaar zijn de echtgenoten gezamenlijk gerechtigd tot het geheel van de goederen die tot die gemeenschap behoren, doch aan die omstandigheid is geen argument te ontleen ter beantwoording van de vraag wie van de echtgenoten de eventuele inkomsten uit die goederen geniet. Bij de beoordeling of inkomsten zijn genoten in de zin van voornoemd wetsartikel is doorslaggevend of daadwerkelijk over de inkomsten kan worden beschikt. In de regel zal dit criterium aansluiten bij de bestuursbevoegdheid ter zake van de goederen die deze inkomsten opleveren.'

De aanwezigheid van een gerechtigdheid via het huwelijkgoederenregime tot een vermogensbestanddeel is onvoldoende om te kunnen concluderen dat de inkomst daaruit ook daadwerkelijk wordt genoten door de echtgenoot.⁶²⁸ De inkomst wordt door die echtgenoot niet genoten, aldus de Hoge Raad, omdat daarover niet feitelijk kan worden 'beschikt'. Het kunnen beschikken wordt daarbij beoordeeld aan de hand van de regels omtrent de bestuursbevoegdheid. De arresten met betrekking tot de toerekening van inkomen uit een ter beschikking gesteld vermogensbestanddeel in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001 bevestigen dit beeld.⁶²⁹ Ook in deze uitspraken oordeelde de Hoge Raad dat niet de gerechtigdheid over de band van het huwelijkgoederenregime, maar de bestuursbevoegdheid ten aanzien van het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel beslissend is voor het antwoord op de vraag 'wie' de inkomst heeft genoten.⁶³⁰

Uit het arrest BNB 2007/15 volgt overigens dat ten aanzien van vermogenswinsten, in casu een vervreemdingsvoordeel uit aanmerkelijk belang, het 'kunnen beschikken' niet doorslaggevend is.⁶³¹ Het daadwerkelijk kunnen beschikken over een vermogenswinst is binnen het wettelijke begrippenkader van de aanmerkelijkbelangregeling volgens de Hoge Raad niet relevant bij de bepaling van het genietingsmoment. Uit de Wet IB 1964 vloeit immers voort dat de vervreemdingswinst wordt belast bij de aanmerkelijkbelanghouder. Het is dan ook uitsluitend relevant 'wie' als houder van het aanmerkelijk belang kan worden aangemerkt. De invulling van het fiscaalrechtelijke begrip 'aanmerkelijkbelanghouder' maakt dat de meer algemene vraag naar de bestuursbevoegdheid niet langer wordt gesteld.

627 Zie HR 10 maart 2006, BNB 2007/15.

628 Uit het arrest volgt overigens dat voor vermogenswinsten, in casu een vervreemdingsvoordeel uit aanmerkelijk belang, het 'kunnen beschikken' niet is vereist.

629 Zie HR 18 december 2009, BNB 2010/99 en HR 15 januari 2010, BNB 2010/100.

630 Ik realiseer mij dat het niet goed mogelijk is aan deze arresten gevolgen te verbinden ten aanzien van het voor particulieren geldende kasstelsel, nu in het kader van de terbeschikkingstellingsregelingen het winstregime van overeenkomstige toepassing is verklaard (art. 3.94 jo. art. 3.95 Wet IB 2001).

631 De Hoge Raad merkt in r.o. 3.3.3 op: 'Ook de echtgenoot die niet over de aandelen kan beschikken wordt derhalve geacht – voor de helft – aanmerkelijkbelanghouder te zijn en voor de helft gerechtigd te zijn in de verkoopopbrengst van de aandelen.' Overigens wordt door de Hoge Raad opgemerkt dat het aanmerkelijkbelangregime op dat punt een geheel eigen 'wettelijk fiscaalrechtelijk begrip' hanteert.

Bij de meer juridisch getinte vormen van genieten wordt de inkomst – wederrechtelijk verkregen inkomen daargelaten⁶³² – door ‘de rechthebbende’ in civielrechtelijke zin genoten.⁶³³ De rechthebbende heeft een zelfstandig recht op het vermogensbestanddeel en daarmee op de inkomst.⁶³⁴ Onder de rechthebbenden zijn allereerst de eigenaar en de zakelijke (genots)gerechtigden te begrijpen.⁶³⁵ Hierbij dient te worden opgemerkt dat op grond van het arrest *BNB 1964/213* de vruchtgebruiker de inkomst geniet uit het vermogensbestanddeel en dat niet het zakelijke recht de bron van inkomen vormt.⁶³⁶ Overigens dient deze uitspraak duidelijk te worden gezien tegen de achtergrond van het bronnenstelsel van de Wet IB 1964 ten aanzien van inkomsten uit vermogen;⁶³⁷ in zoverre lijkt de uitspraak met de invoering van box 3 – waar genotsrechten als vermogensbestanddeel worden aangemerkt – aan belang te hebben ingeboet. Het genotsrecht wordt thans als zelfstandig (beperkt) recht in aanmerking genomen als een bezitting – als bron – voor toepassing van box 3. Voorts dient de economische eigenaar van een vermogensbestanddeel als genieter te worden beschouwd van het daaruit voortvloeiende inkomen. Ten slotte is degene die krachtens een ‘persoonlijk genotsrecht’ civielrechtelijk gerechtigd is tot een inkomst de fiscale genieter daarvan.⁶³⁸ Het gaat daarbij om een persoonlijke gerechtigdheid tot het inkomen uit een vermogensbestanddeel dat een ander subject in eigendom toebehoort.⁶³⁹

Juridische basis voor toerekening

Ik ben van mening dat een rechtsverhouding weliswaar marginaal kan zijn, maar dat desalniettemin in iedere situatie een juridische basis dient te bestaan om tot toerekening te komen. Deze gedachte is in de meer juridisch getinte genietingsstijdstippen evident aanwezig; bij de meer feitelijke varianten is de rechtsverhouding als impliciete voorwaarde te onderkennen. Uitgaande van een meer feitelijke vorm van genieten, zoals het ‘ontvangen’ van inkomen, is de veronderstelling dat de genieter de inkomst terecht heeft ontvangen. In dit verband noemt Van Dijck onder meer de werknemer, de rechthebbende op de vermogensinkomst en de rechthebbende op een uitkering.⁶⁴⁰ Ontvangen houdt hier dan ook in ‘het rechtmatig voor eigen rekening ontvangen’. Het is de rechthebbende die op basis van ‘zijn recht’ de inkomst geniet.⁶⁴¹

632 Ook inkomsten uit wederrechtelijke activiteiten zijn belast bij degenen door wie zij worden ‘genoten’ Zie HR 24 juni 1992, *BNB 1993/18-19*. Uiteraard is dan geen sprake van rechtmatig verkregen bezit.

633 Vgl. o.a. Van Soest 2007, blz. 268, Van Dijck 2002, blz. 68 en de annotatie van Kavelaars bij *BNB 1998/290*.

634 Het recht op een inkomst moet worden onderscheiden van het recht op afgifte van een inkomst. In dat laatste geval wordt de inkomst eerst door de oorspronkelijke rechthebbende genoten. Zie o.a. HR 16 april 1969, *BNB 1969/115* en HR 17 december 1980, *BNB 1981/27*.

635 HR 28 juni 1995, *BNB 1995/280*.

636 HR 15 april 1964, *BNB 1964/213*. De Hoge Raad overwoog dat: ‘als bron van inkomen niet geldt het zakelijk recht krachtens hetwelk de inkomsten of opbrengsten van de aan het recht onderworpen vermogensbestanddelen worden genoten, doch elk van die vermogensbestanddelen afzonderlijk’.

637 In zijn bespreking van het proefschrift van J. Ganzeveld, merkt Herreveld met betrekking tot dit arrest mijns inziens terecht het volgende op: ‘Vestiging van een genotsrecht is een immateriële aantasting van de bron, een uitholling van het eigendomsrecht, waardoor de bron zelf niet in waarde daalt, maar het recht krachtens hetwelk men tot de bron is gerechtigd. Deze theoretisch juiste benadering is echter door de jurisprudentie min of meer opzij gezet.’ Zie Herreveld 1995.

638 Het betreft een uitwerking art. 29 Besluit IB 1941. Zie o.a. Hof Leeuwarden 1 april 1968, *BNB 1969/131*.

639 Roemers en Spek 2000 en Van de Ven 1998, blz. 18. Zie ook Hof Leeuwarden 1 april 1968, *BNB 1969/131*.

640 Van Dijck 1998, blz. 67.

641 HR 22 februari 1989, *BNB 1989/124*.

Het is niet anders in de situatie waarin de belastingplichtige een inkomst geniet daar waar deze hem 'ter beschikking is gesteld'. In dit geval verlangt het genietingsstijdstip dat een ander de inkomst ter beschikking heeft gesteld aan de genietster. Hierin ligt de impliciete veronderstelling van een rechtmatige overdracht besloten. De derde heeft de inkomst ter beschikking gesteld en zal dat niet zonder reden – de veronderstelde juridische grondslag – hebben gedaan. Ook hier ligt naar mijn mening in het feitelijke genieten een juridische rechtsgrond opgesloten. Daarbij dient niet uit het oog te worden verloren dat het aannemen van een privaatrechtelijke basis op verschillende feitenconstellaties kan zijn gebaseerd. Het feitelijke toestaan, gedogen of het anderszins laten voortbestaan van een feitelijke situatie kan in voorkomende gevallen als een rechtsbasis worden gezien.⁶⁴² Uiteindelijk geldt dat de genietster een *eigen* inkomst dient te verkrijgen en niet *andermans* inkomst.

Het genieten van een 'eigen' inkomst

Indien een rechthebbende zijn inkomst afstaat en bijvoorbeeld zijn debiteur verzoekt betaling daarvan aan een derde over te maken, dan geniet de rechthebbende nog steeds de inkomst.⁶⁴³ Het is zijn inkomst waarover de rechthebbende heeft beschikt, alvorens deze aan een ander toe te laten komen. Ook in het geval een werknemer aan zijn werkgever vraagt het loon aan een derde over te maken, wordt het eerst door de werknemer genoten.⁶⁴⁴ Als laatste voorbeeld kan worden genoemd dat de inkomsten die door een stroman ten behoeve van een economische gerechtigde worden ontvangen niet kan verhinderen dat de inkomsten bij de gerechtigde belastbaar zijn.⁶⁴⁵

In het geval een derde krachtens een rechtsverhouding – bijvoorbeeld als vertegenwoordiger, bewaarnemer of gemachtigde – namens of ten behoeve van de gerechtigde de inkomst ontvangt, blijft de gerechtigde de 'genietster' van het inkomen. Het optreden van de tussenpersoon kan niet worden beschouwd als het genieten van een *eigen* inkomst en laat daarmee onverlet dat de inkomst – indirect – door de rechthebbende wordt genoten.⁶⁴⁶

Uiteindelijk is ten aanzien van alle genietingsmomenten maatgevend dat de inkomst 'voor rekening' van de rechthebbende is gekomen.⁶⁴⁷ Anders gezegd, de genietster is de 'rechthebbende' van 'de eigen' inkomst, zodat de lijn toerekening van het object wordt gerechtvaardigd door een 'gerechtigdheid voor zichzelf'. Het civiele recht en de bestuursbevoegdheid zijn hierbij doorslaggevend. Het is niet van belang dat de rechthebbende reeds op voorhand een bestemming aan de inkomst heeft gegeven. Evenmin is van belang dat de rechthebbende zijn gerechtigdheid ontleent aan het (voort)bestaan van een feitelijke verhouding op basis van een (impliciet) recht. Ten slotte ontleent de omstandigheid dat een ander de inkomst ten behoeve van de rechthebbende in ontvangst neemt hem niet de hoedanigheid van 'genietster'. Indien dat het geval is, treedt de ander op als verlengstuk van de rechthebbende/genietster en geniet de inkomst niet voor zichzelf. Wel dient de rechthebbende over 'zijn' inkomst te kunnen beschikken. Zou de ander een eigen recht op de inkomst hebben, dan is de derde de genietster, niettegenstaande dat hij op basis van een separate rechtsverhouding de inkomst aan een achterliggende rechthebbende moet doorgeven.

642 Hierbij kan onder meer worden gedacht aan privaatrechtelijke leerstukken als 'bezit', verkrijgende en bevrijdende verjaring.

643 HR 17 september 1980, BNB 1981/71.

644 HR 3 april 1968, BNB 1968/133 en Rb. Breda 4 december 2006, NTFR 2007/146.

645 Zie o.a. HR 18 december 1991, BNB 1992/112 en HR 7 december 1983, BNB 1984/49.

646 Zie o.a. Hof's-Gravenhage 31 maart 1977, BNB 1978/215 en de verschillende voorbeelden die Van Dijk 2002, blz. 70, bespreekt.

647 Van Dijk 2002, onderdeel 4.2, spreekt op een groot aantal plaatsen van 'voor rekening en risico'. Naar mijn mening is 'voor rekening van' voldoende.

Binnen het systeem van de vermogensrendementsheffing, waarin belastingplichtigen worden belast voor een forfaitair rendement, komt de vraag naar 'het genieten van inkomsten' als zodanig niet terug. Zowel de daadwerkelijke aard en omvang van de inkomst, evenals het reële genieten daarvan, zijn binnen het regime van box 3 irrelevant. De doctrine omtrent het genietingsstijdstip kan om die reden geen licht werpen op de vraag 'wie' als subject ten aanzien van een inkomst wordt aangemerkt.

De heffingssystematiek ten aanzien van vermogensinkomsten maakt niet alleen de aanwezigheid van een genietingsstijdstip overbodig, aanvankelijk leidde het tot onduidelijkheid ten aanzien van de vraag bij 'wie' het forfaitaire rendement opkomt. In de memorie van toelichting bij de Tweede Veegwet, waarin art. 2.17 Wet IB 2001, op dit punt is aangepast, merkte de staatssecretaris van Financiën op:⁶⁴⁸

'dat (...) inkomensbestanddelen van de belastingplichtige en zijn partner in aanmerking worden genomen bij degene door wie die bestanddelen zijn genoten of op wie deze drukken. Voor bestanddelen van de rendementsgrondslag is dat niet geregeld. Daarom is voor die bestanddelen thans opgenomen dat die in aanmerking worden genomen bij degene tot wiens bezit die bestanddelen behoren.'

Sindsdien kan omtrent de (juridische) aanknopingspunten voor toerekening van vermogensinkomsten aan een belastingplichtige aansluiting worden gezocht bij hetgeen in art. 2.17, lid 1, Wet IB 2001, is opgemerkt. Daaruit blijkt dat de (fictieve) inkomsten uit vermogen worden toegerekend aan de belastingplichtige tot wiens 'bezit' een bestanddeel van de rendementsgrondslag – een bezitting of een schuld – behoort.

L.G.M. Stevens merkt dienaangaande het volgende op:⁶⁴⁹

'Daarbij wordt er in de systematiek van de Wet IB 2001 van uitgegaan dat als een belastingplichtige de eigendom (een gerechtigdheid waarbij geen zakelijk of persoonlijk recht voor anderen op die zaak is gevestigd) van een zaak heeft, hij als eigenaar van de zaak zelf de voordelen ontvangt.'

Overigens is het naar mijn mening binnen de systematiek van box 3 – anders dan in het citaat tussen haakjes wordt aangegeven – niet van belang of een zakelijk of persoonlijk genotsrecht is gevestigd op het in eigendom zijnde vermogensbestanddeel. Ook dan is sprake van een 'bezitting', maar wordt bij de waardering rekening gehouden met de aanwezigheid van het (genots)recht. Het is derhalve niet van belang dat de eigenaar geen inkomst ontvangt. De toets ten aanzien van de toerekening van een vermogensinkomst vindt derhalve plaats op een 'ander niveau', namelijk door in de context van het begrip 'bezitting' te bepalen wie de 'bezitter' is van een zaak en wie gerechtigd is ten aanzien van een vermogensrecht. Hierna wordt nader ingegaan op deze begrippen

5.5.1 Bezitting; zaak en vermogensrecht

De term 'bezit' ex art. 2.17 Wet IB 2001 is tijdens de parlementaire behandeling niet nader toegelicht, zodat voor de uitleg daarvan dient te worden teruggevallen op het civiele recht.⁶⁵⁰ Bezit is te omschrijven als een goederenrechtelijke verhouding.⁶⁵¹ De juridische positie van de bezitter bevindt zich tussen die van de rechthebbende (eigenaar, beperkt gerechtigde en crediteur) en de houder (bijvoorbeeld: huurder, bruiklenner, reparateur)

648 *Kamerstukken II 2000/01, 27 746, nr. 3, blz. 3-4.*

649 Stevens 2001, blz. 787.

650 Gezien de aansluiting die tijdens de parlementaire behandeling is gezocht bij het civiele recht ligt dit ook voor de hand. Zie *Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 3, blz. 227.*

651 Hijma en Olthof 2010, nr. 102.

in.⁶⁵² De goederenrechtelijke verhouding 'bezit' is een hybride; bezit wordt gekenmerkt door zowel feitelijke als juridische elementen.⁶⁵³

Bezit in het civiel recht

In art. 3:107, lid 1, BW, is bepaald dat bezit het houden van een goed – zijnde een zaak of een recht – voor zichzelf betekent.⁶⁵⁴ Bezit is derhalve een gekwalificeerde vorm van 'houden'. Of iemand voor zichzelf of voor een ander houdt, wordt beoordeeld naar de verkeersopvattingen (art. 3:108 BW).⁶⁵⁵ De bezitter van een goed wordt geacht rechthebbende van dat goed te zijn (art. 3:119, lid 1, BW).⁶⁵⁶ Het bezit van een goed kan worden verkregen door inbezitneming, overdracht of opvolging onder algemene titel (art. 3:112 BW). Van inbezitneming is sprake, indien men zich over een goed de feitelijke macht verschafft (art. 3:113, lid 1, BW). Hierbij is overigens van belang dat het bezit ook 'middellijk' kan worden verkregen en gehouden (art. 3:107, lid 3, BW). Ten aanzien van één goed kan uitsluitend één iemand het bezit hebben.⁶⁵⁷

De bezitter benadert, in het bijzonder vanwege de daaraan verbonden processuele functie, in civielrechtelijke zin de positie van de rechthebbende.⁶⁵⁸ De bezitter is doorgaans ook rechthebbende van het goed, alhoewel uitzonderingen denkbaar zijn. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij een bezitter die, ondanks dat hij te goeder trouw is, de eigendom van het goed om niet heeft verkregen, terwijl de overdrager beschikkingsonbevoegd was. Ook de dief is wel bezitter, maar geen eigenaar.

Telkens dient naar verkeersopvattingen te worden beoordeeld in welke mate de 'feitelijke heerschappij' en 'juridische macht' maken dat iemand als bezitter kan worden aangemerkt. In Asser-Mijnssen-Ploeger is dit als volgt verwoord.⁶⁵⁹

'De feitelijke verhoudingen moeten zo zijn dat zij wijzen op een toebehoren van de zaak aan de bezitter. Anders gezegd de feitelijke verhouding tussen persoon en zaak moet een weerspiegeling zijn van de machtsuitoefening waarop het recht aanspraak geeft.'

Deze invulling van het begrip 'bezit' dient ook voor fiscale doeleinden te worden gevolgd. Hierbij wordt in zekere zin aangesloten bij de feitelijke en juridische dimensie die ook het hybride-begrip 'genieten' in zich heeft. Interessant is dat de gedachte van de 'lijn' die in fiscale zin de toerekening van het object aan het subject rechtvaardigt, ook (impliciet) terugkomt in de civielrechtelijke benadering van het begrip 'bezitting'. Het gaat immers om de constatering van een feitelijke situatie ten aanzien van een goed die op zijn beurt een rechtsverhouding weergeeft, althans het vermoeden daarvan. In die (veronderstelde) rechtsverhouding ligt de grond voor toerekening van het object aan het subject besloten.

Degene die in civielrechtelijke zin bezitter is, wordt voor fiscale doeleinden geacht inkomsten uit dat vermogensbestanddeel te hebben 'genoten'. De vraag naar de toerekening van een 'inkomst' is daarmee vervangen door de vraag naar de aanwezigheid van een 'bezitting'. Het is daarbij overigens niet van belang of de bezitting daadwerkelijk inkomsten heeft voortgebracht en zelfs niet of deze inkomsten kan voortbrengen. Onder bezittingen

652 Hijma en Olthof 2010, nr. 169.

653 Snijders en Rank-Berenschot 2007, nr. 144.

654 Zie Asser e.a., nr. 101.

655 Zie uitgebreid Asser e.a., nr. 116, e.v.

656 Dit wordt ook wel de 'processuele functie' van bezit genoemd.

657 Uiteraard behoudens gevallen van 'medebezit'. Zie HR 11 december 1924, NJ 1925, 194.

658 Zie uitgebreid Asser e.a., nrs. 176-180.

659 Asser e.a., nr. 118.

met 'een waarde in het economische verkeer'⁶⁶⁰ worden immers ook vermogensbestanddelen begrepen die geen inkomsten kunnen genereren, maar uitsluitend een (opbrengst)waarde vertegenwoordigen.⁶⁶¹

Bezitting per definitie een bron

Het tekstdeel 'met een waarde in het economische verkeer' aan het slot van art. 5.3, lid 2, Wet IB 2001, heeft niet tot gevolg dat de 'bronnenleer' van toepassing is ten aanzien van het bezittingenbegrip.⁶⁶² Het begrip 'met een waarde in het economische verkeer' wordt uitgelegd overeenkomstig de doctrine en jurisprudentie die onder de Wet VB 1964 aan dit begrip is toegekend. De betekenis van het begrip bezitting als 'bron' is aanzienlijk ruimer dan volgens het eerder besproken 'formele bronbegrip', aangezien ieder vermogensbestanddeel – ongeacht de capaciteit om vruchten af te werpen – als bezitting wordt aangemerkt. De wetgever heeft dit tijdens de parlementaire behandeling als volgt verwoord:⁶⁶³

'Onder de werking van de Wet inkomstenbelasting 2001 is het, in tegenstelling tot bij de Wet op de inkomstenbelasting 1964, voor de bepaling van de voordelen uit sparen en beleggen niet meer van belang of er belastbare vruchten loskomen van de bron. Het vermogensbestanddeel wordt per definitie als fiscale bron aangewezen.'

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de aanwezigheid van een bezitting *sec* voldoende is om de – gefingeerde – inkomsten daaruit bij de bezitter in aanmerking te nemen. Daarbij wordt aan een bezitting, afgezien van de onderverdeling in rubrieken, geen andere eis gesteld dan dat deze een 'zaak' of 'vermogensrecht' vormt met een waarde in het economische verkeer.

Alhoewel voor wat betreft de invulling van het begrip 'bezitting' ex art. 5.3, lid 2, Wet IB 2001, kan worden aangesloten bij het privaatrecht,⁶⁶⁴ is de categorie 'vermogensrechten'⁶⁶⁵ voor fiscale doeleinden klaarblijkelijk zeer ruim bedoeld.⁶⁶⁶ Voor toepassing van box 3 worden niet alleen vermogensrechten die gebruiks- en genotsmogelijkheden bieden in aanmerking genomen, maar ook vermogensrechten die uitsluitend waardemutaties kunnen ondergaan.⁶⁶⁷ Ook de afbakening tussen het begrip 'zaak' en 'vermogensrecht' is op eigen, fiscale leest geschoeid. Civielrechtelijk is het onderscheidende criterium tussen beide soorten goederen gelegen in de vraag of het object al dan niet voor menselijke beheersing vatbaar is.⁶⁶⁸ In de memorie van toelichting is omtrent het fiscaalrechtelijke onderscheid tussen zaken en rechten het volgende opgemerkt:⁶⁶⁹

660 Zie art. 5.3, lid 2, slot, Wet IB 2001. Het begrip wordt gebruikt om zaken die louter een affectiewaarde bezitten buiten de inkomstenbelasting te houden. Zie Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.B. en Geppaart 1995, blz. 68-70.

661 Zie uitgebreid Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.B. Bekende voorbeelden van dergelijke bezittingen zijn diamanten en goudstaven.

662 De opmerking van de Raad van State dat het tekstdeel meebrengt dat '[v]an "bezittingen" en "schulden" eerst gesproken [kan] worden indien zij de waarde in het economische verkeer hebben; eerst dan zijn zij "bronnen" is technisch dan ook niet juist. Zie Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. A, blz. 84.

663 Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 3, blz. 229.

664 De wetgever heeft zich bij de indeling van de bezittingen in verschillende categorieën ook expliciet laten leiden door het civielrechtelijke onderscheid tussen zaken en vermogensrechten. Zie Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 227-228.

665 In het bijzonder de categorie 'overige vermogensrechten' ex art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001.

666 Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 227. Opvallend is overigens dat de vraag 'wie' bezitter is van hetgeen in civielrechtelijk opzicht geen bezitting vormt, niet aan de orde is gesteld.

667 Zie Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 229.

668 art. 3:2 BW.

669 Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 229.

‘Met het begrip “zaak” is dus enkel bedoeld de situatie dat de belastingplichtige het volledige gebruiks- en genotsrecht én het gehele belang bij de waardemutatie van een goed heeft. Met “rechten” zijn bedoeld al die situaties die niet onder het begrip “zaak” vallen.’

Het begrip ‘zaak’ is sterker civielrechtelijk georiënteerd dan het begrip ‘vermogensrecht’.⁶⁷⁰ Laatstgenoemd begrip is vooral als restcategorie te beschouwen. Indien het subject niet het volledige genot én belang heeft bij een zaak, dan is voor hem sprake van een ‘vermogensrecht’. In dat geval vormt het belang bij de zaak – het ‘vermogensrecht’ – als bezitting toegerekend, niet het achterliggende object zelve. Het achterliggende vermogensbestanddeel – dat overigens ook een ‘(vermogens)recht’ kan zijn – wordt uitsluitend als zodanig toegerekend, indien het subject daarvan het volledige gebruiks- en genotsrecht heeft alsmede het gehele belang bij de waardemutatie. De staatssecretaris heeft in het kader van de vrijstellingen ook wel gesproken van de ‘volle eigendom’ van een object.⁶⁷¹

‘De vrijstelling voor voorwerpen van kunst en wetenschap is alleen van toepassing wanneer een belastingplichtige de volle eigendom heeft van het voorwerp van kunst of wetenschap. Van volle eigendom is sprake als men het volledige gebruiks- en genotsrecht en het gehele belang bij de waardemutatie van het voorwerp van kunst of wetenschap heeft.’

Het komt mij voor dat op basis van het aangehaalde citaat, bij het ontbreken van de volledige ‘gebruiks- en genotsmogelijkheden’ dan wel het ‘gehele belang bij de waardemutatie’ de gerechtigdheid als een vermogensrecht dient te worden aangemerkt.⁶⁷² Tijdens de parlementaire behandeling is overigens niet duidelijk geworden of hier sprake is van een trendbreuk met de rechtspraak onder de Wet VB 1964.⁶⁷³ Op basis van die rechtspraak werd geconcludeerd dat de figuur van ‘de economische eigendom’ voor de Wet VB 1964 als zodanig niet bestond.⁶⁷⁴ Aangezien de oude jurisprudentie van de Wet VB 1964 voor toepassing van de Wet IB 2001 expliciet is bestendigd,⁶⁷⁵ kan worden verdedigd dat het begrip ‘economische eigendom’ voor toepassing van de vermogensrendementsheffing evenmin bestaat.⁶⁷⁶ In dat geval dient een ‘vermogensrecht’ te worden aangenomen.

Ondergrens van het bezittingenbegrip

De ondergrens van het bezittingenbegrip wordt, zo volgt uit de parlementaire behandeling, gevormd door de tegenhanger van een ‘recht’, namelijk een ‘blote verwachting’. Indien de belastingplichtige uitsluitend een ‘blote verwachting’ heeft, kan niet worden gesproken van een ‘bezitting met een waarde in het economische verkeer’. Tijdens de parlementaire behandeling – die niet toevalligerwijs betrekking heeft op Anglo-Amerikaanse trusts – is dit als volgt verwoord:⁶⁷⁷

‘Zolang iemand geen enkel recht op een uitkering uit het trustvermogen heeft, juridisch noch feitelijk, ook geen voorwaardelijk recht, maar slechts een blote verwachting bestaat dat hij op enig moment een uitkering uit het trustvermogen zou kunnen ontvangen, zal deze persoon (nog) niet als rechthebbende op het trustvermogen kunnen worden aangemerkt aangezien voor hem een op geld waardeerbaar belang bij dat vermogen ontbreekt.’

670 Zie o.a. Stevens 2001, blz. 787 en Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.A.c1.

671 Kamerstukken II 2005/06, 30 375, nr. 3, blz. 5.

672 Vgl. Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.F.b.

673 Het gaat daarbij in het bijzonder om de civielrechtelijke benadering die voortvloeit uit de arresten HR 10 juni 1953, BNB 1953/206, HR 5 december 1962, BNB 1963/23 en HR 6 december 1967, BNB 1968/35.

674 Geppaart 1995, blz. 69-70 en 79 e.v.

675 Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. A, blz. 84-85.

676 Het onderscheid tussen zaken en vermogensrechten kan met name in de sfeer van de buitenlandse belastingplicht van belang zijn. Zie uitgebreid Nielke en Kuijper 2009.

677 Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 17, blz. 115.

Anders gezegd, een blote verwachting is onvoldoende om tot een vermogensrecht met een waarde in het economische verkeer te kunnen concluderen. Het vormt als zodanig geen grond om een object aan te nemen en 'iets' toe te rekenen aan een subject. In dergelijke gevallen is toerekening van het onderliggende object aan het subject niet mogelijk. Indien geen enkele natuurlijke persoon een recht heeft ten aanzien van een object, is het vermogen vanuit de inkomstenbelastingbenadering bezien aan niemand toerekenbaar.

5.5.2 Het begrip 'blote verwachting'

Uit het voorgaande volgt dat geen bezitting kan worden aangenomen en toegerekend aan een subject, indien deze slechts beschikt over een 'blote verwachting'. De louter blote verwachting is onvoldoende om een gerechtigdheid – een lijn – tot het achterliggende vermogensbestanddeel te onderkennen. Het subject bezit in een dergelijk geval evenmin een 'vermogensrecht' dat als zodanig een zelfstandig object kan vormen. Het subject heeft – hoe dan ook – geen 'bezitting', indien hij uitsluitend een blote verwachting koestert.

In welke situaties uitsluitend 'een blote verwachting' bestaat, is niet volledig uitgekristalliseerd. Weliswaar komt deze term op verschillende plaatsen terug in de parlementaire behandeling,⁶⁷⁸ rechtspraak⁶⁷⁹ en literatuur,⁶⁸⁰ maar de criteria die in dat verband worden aangelegd bij de beoordeling van een feitenconstellatie is niet duidelijk. Het is evenmin duidelijk wat een belastingplichtige nu eigenlijk wél heeft, indien zijn rechtspositie het niveau van een 'blote verwachting' ontstijgt. Is dan sprake van een 'recht' en daarmee een 'bezitting', of is hetgeen als 'meer dan een blote verwachting' kan worden aangemerkt (nog) onvoldoende om van een 'bezitting' te kunnen spreken? Beide vraagpunten worden hierna onderzocht.

5.5.2.1 Meer dan een blote verwachting

Anders dan het begrip 'een blote verwachting', is de term 'meer dan een blote verwachting' niet terug te vinden in de parlementaire geschiedenis.⁶⁸¹ Hetzelfde geldt – één uitzondering daargelaten – voor de rechtspraak.⁶⁸² Daarentegen wordt deze term wel regelmatig aangetroffen in de literatuur.⁶⁸³ Daarbij wordt de term veelal ingevuld door een a contrario-redenering: als een blote verwachting onvoldoende is om een bezitting aan te kunnen nemen, dan is 'meer dan een blote verwachting' voldoende. Het is echter de vraag of de begrippen 'meer dan een blote verwachting' en 'een recht' volledig samenvallen. Indien dat het geval is, gebiedt de logica dat 'een verwachting' naadloos overgaat in 'een recht', zodra sprake is van 'meer dan een blote verwachting'. De term 'meer dan een blote verwachting' heeft in dat geval geen onderscheidend vermogen ten opzichte van het begrip 'recht'.

678 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 516, nr. 30, blz. 30, *Kamerstukken I* 1979/80, 15 516, nr. 42b, blz. 16-17 en *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 17, blz. 115.

679 In de sfeer van de (on)herroepelijke begunstiging van een levensverzekering kan bijvoorbeeld worden verwezen naar HR 29 december 1954, *BNB* 1955/53 en HR 6 juni 1990, *BNB* 1990/209. Zie met betrekking tot een niet opengevallen nalatenschap HR 24 maart 1937, *B.* 6380 en HR 11 april 1956, *BNB* 1956/174 met betrekking tot een 'fidei commissachtige' rechtsverhouding. Het begrip 'een verwachting' is ook te vinden in een aantal zaken met betrekking tot de Anglo-Amerikaanse trust. Zie o.a. Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, *BNB* 1963/119, Hof Arnhem 20 december 1963, *BNB* 1964/117 en Rb. Haarlem 18 december 2006, *V-N* 2007/36.13.

680 Zie o.a. Van der Molen 1990, Nobel 1991 en De Vries 2001.

681 In parlementaire stukken kan wel worden gelezen dat een beneficiary meer moet hebben dan een blote verwachting, maar dat is iets anders dan het hebben van 'meer dan een blote verwachting'. Zie *Kamerstukken II* 1979/80, 15 516, nr. 11, blz. 30 en *Kamerstukken I* 1979/80, 15 516, nr. 42b, blz. 16-17.

682 De enige uitzondering is de uitspraak van Rb. Haarlem 19 januari 2009, *FED* 2009/37. Zie ook Hoelen en Van den Oord 2009, blz. 15-20.

683 Zie o.a. Van der Molen 1990, Nobel 1991, Rapport Stichtingen, blz. 76.

Meer dan een blote verwachting versus een vermogensrecht

Het belang van deze interpretatiekwestie is gelegen in het feit dat het begrip 'meer dan een blote verwachting' in de vorengenoemde benadering geen zelfstandige tussencategorie vormt en eigenlijk synoniem is voor het begrip 'recht'. Alhoewel tegen het gebruik van synoniemen voor 'recht' – zoals 'belang', 'aanspraak' en zelfs 'meer dan een blote verwachting' – op zichzelf geen bezwaar bestaat, mag zulks natuurlijk niet leiden tot een inhoudelijke inflatie van het begrip 'recht'.

In sommige gevallen wordt het begrip 'meer dan een blote verwachting' daarentegen als zelfstandige tussencategorie gezien.⁶⁸⁴ Op de schaal tussen 'blote verwachting' enerzijds, en 'recht' anderzijds, bevindt zich dan de tussencategorie 'meer dan een blote verwachting'. Nauwkeuriger geformuleerd zou deze categorie 'meer dan een blote verwachting/minder dan een recht' kunnen worden genoemd. In die zienswijze is de rechtspositie van de belastingplichtige nog onvoldoende om een 'afdwingbaar recht' aan te kunnen nemen, maar klaarblijkelijk wel voldoende om als 'overig vermogensrecht' in de zin van box 3 – meer specifiek art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001 – te kunnen worden aangemerkt.

Benadering in de rechtspraak

Ik betwijfel echter of deze tussencategorie als zodanig wel bestaat. Naar mijn mening dient ook een 'overig vermogensrecht' voor toepassing van box 3 toch ten minste een 'recht' te zijn.⁶⁸⁵ In de oudere rechtspraak komt de term 'meer dan een blote verwachting' niet voor. Integendeel, telkens wordt uitdrukkelijk gesproken van 'rechten'. In BNB 1963/119 merkt Hof 's-Gravenhage op:

*'dat deze regeling de kinderen meer geeft dan een nog geheel onzekere verwachting zonder juridische betekenis;
dat integendeel hier sprake is van rechten, zij het onder de voorwaarde van in leven zijn op een bepaald tijdstip en, voor wat betreft de uitkeringen tijdens het bestaan van de trust, tot bedragen als de Trustee naar zijn redelijk inzicht zal vaststellen;'*

In BNB 1964/117, waarin anders dan in BNB 1963/119 overduidelijk rechten waren toegekend aan de beneficiaries verwoordde Hof Arnhem het als volgt:

*'dat naar 's Hofs oordeel deze aanspraken van belangh. meer geven dan een nog geheel onzekere verwachting zonder juridische betekenis;
dat integendeel moet worden aangenomen dat hier sprake is van rechten, welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn en mitsdien moeten worden aangemerkt als zaken in de zin van genoemd art. 3;'*

In beide hofuitspraken wordt afstand genomen van het begrip 'een nog geheel onzekere verwachting zonder juridische betekenis' door te overwegen dat 'integendeel' sprake is van 'rechten'. Ook in de zogeheten 'novemberarresten' – die voor wat betreft de vaststelling van de rechtsverhoudingen ook voor de Wet IB 2001 kan worden gevolgd – wordt aangesloten bij het begrip 'recht'.⁶⁸⁶ In die arresten overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.7 omtrent de rechtspositie van de betrokkenen bij een irrevocable discretionary trust dat:

'door het instellen van de trusts met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen geen der bij de trusts betrokken personen in een positie is komen te verkeren dat hij naar Nederlands recht daaraan enig recht met een vermogenswaarde kan ontleenen.'

684 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 19 januari, FED 2009/37, r.o. 4.3 en 4.4.

685 Zie ook Heithuis 1999 en De Vries 2001.

686 HR 18 november 1998, BNB 1999/35-37. Aangezien de rechtsoverwegingen in deze zaken niet volledig parallel lopen, worden voor de duidelijkheid telkens de rechtsoverwegingen uit BNB 1999/35 aangehaald.

Aan dat oordeel lag ten grondslag dat – enigszins geparafraseerd (zie r.o. 3.6) – de settlor ter gelegenheid van het instellen van de trustverhouding onherroepelijk afstand heeft gedaan van de ingebrachte vermogensbestanddelen, terwijl de trustee(s) noch de protector een recht met enige vermogenswaarde konden ontleenen aan de trustverhouding. De Hoge Raad besliste voorts ten aanzien van de beneficiaries dat deze slechts beschikken over:

‘een verwachting (...) dat te eniger tijd (...) een uitkering uit het trustvermogen zal worden gedaan. Enig recht op een uitkering hebben de beneficiaries niet, ook niet een voorwaardelijk recht, nog daargelaten de bevoegdheid van de protector een beneficiary zijn hoedanigheid te ontnemen.’

Opvallend aan de terminologie is dat het begrip ‘meer dan een blote verwachting’ niet terugkomt in de oudere rechtspraak. Deze term heeft niet eerder zijn intrede gedaan in de jurisprudentie dan met de uitspraak van Rb. Haarlem 19 januari 2009, *FED* 2009/37. In r.o. 4.1. van de uitspraak wordt verwezen naar het eerder aangehaalde citaat uit de nota naar aanleiding van het nader verslag bij de Wet IB 2001.⁶⁸⁷ De Rechtbank leidt hieruit a contrario af dat ‘meer dan een blote verwachting’ voldoende is om tot een bezitting te kunnen concluderen.

Benadering in het trustbesluit

Hiermee komt de zienswijze van de Rechtbank overeen met de opvatting van de staatssecretaris van Financiën in het zogeheten ‘trustbesluit’. Aldaar is het navolgende opgemerkt:⁶⁸⁸

‘Van belang is dat sprake is van (voorwaardelijke) rechten op een uitkering uit het trustvermogen en niet van een enkele “blote verwachting”. Een blote verwachting is er eigenlijk alleen zolang iemand geen enkel juridisch of feitelijk (voorwaardelijk) recht op een uitkering uit het trustvermogen heeft. Ik merk op dat in de praktijk blijkt dat meestal sprake is van meer dan een blote verwachting.’

De oplettende lezer herkent in dit tekstdeel een eigen interpretatie van de staatssecretaris van Financiën van de eerder aangehaalde passage uit de nota naar aanleiding van het nader verslag (zie einde paragraaf 5.5.1). Daarbij is in het besluit het tekstdeel ‘juridisch noch feitelijk, ook geen voorwaardelijk recht’ vervangen door ‘geen enkel juridisch of feitelijk (voorwaardelijk) recht’. Deze samentrekking is op zijn zachtst gezegd onzuiver.⁶⁸⁹

Ook acht ik de ongemotiveerde toevoeging dat ‘in de praktijk meestal blijkt dat sprake is van meer dan een blote verwachting’ van opportunistische aard.⁶⁹⁰ Vooral ook, omdat wordt gesuggereerd dat ‘meer dan een blote verwachting’ voldoende is om te concluderen tot belastingheffing in box 3. Nogmaals, een ‘blote verwachting’ is onvoldoende om een bezitting met een waarde in het economische verkeer aan te nemen, ‘een recht’ is voldoende. Het begrip ‘meer dan een blote verwachting’ was tot de uitspraak van Rb. Haarlem nog niet aan de orde geweest in de jurisprudentie. Enige terughoudendheid van de zijde van de staatssecretaris van Financiën zou dan ook op zijn plaats zijn geweest.

Het is naar mijn mening overigens niet aannemelijk dat de uitspraak van Rb. Haarlem als een koerswijziging in de rechtspraak kan worden gezien. Ook thans dient de aanwezigheid van een ‘recht’ het uitgangspunt te zijn om een overig vermogensrecht met een

687 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 17, blz. 115, zoals weergegeven in paragraaf 5.5.1 (slot).

688 Besluit 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, *BNB* 2006/139, onderdeel 5.

689 In alle eerlijkheid, daarvan is geen chocolade te maken. Wat moet nu worden voorgesteld bij een feitelijk (voorwaardelijk) recht? Is dat een recht dat in feite voorwaardelijk is, of in feite een recht, dat tevens voorwaardelijk is, of een feitelijk én voorwaardelijk recht?

690 Auerbach 2009b, spreekt van ‘een omineuze volzin’.

waarde in het economische verkeer in de zin van box 3 aan te nemen. In de eerste plaats spreekt de tekst van art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001 over 'overige vermogensrechten'. Hierin ligt de eis van juridische afdwingbaarheid door de gerechtigde besloten.⁶⁹¹ De juridische afdwingbaarheid stelt de gerechtigde in staat om over de geldswaarde die het recht vertegenwoordigt te kunnen beschikken. Hierin verschillen de 'crediteur' en de 'verwachter' van elkaar. Uitsluitend in het geval de 'meer dan een blote verwachting' ook een juridisch afdwingbaar recht inhoudt, lopen beide begrippen synchroon. In dat geval kan het begrip 'meer dan een blote verwachting' worden gemist. In het verlengde hiervan is het mijns inziens ook beter om niet langer te spreken van een 'blote verwachting', maar gewoon van 'een verwachting' als tegenhanger van 'een recht'.⁶⁹²

Juridisch afdwingbare verplichting

De strekking van het voorgaande komt ook terug in de vijfde stelling bij het fiscale deel van het Preadvies met betrekking tot 'De inpassing van de *family trust* in het Nederlandse civiele en fiscale recht'. Aldaar wordt omtrent de blote verwachting het volgende opgemerkt:⁶⁹³

'Het begrip blote verwachting dient juridisch geïnterpreteerd te worden in die zin dat dient te worden nagegaan of er al dan niet sprake is van enige afdwingbaarheid aan de zijde van de beneficiary. Er dient geen invulling aan gegeven te worden op basis van waarschijnlijkheids-overwegingen. Wat dat betreft is de tegenstelling blote verwachting-meer dan een blote verwachting, een kwestie van zwart-wit, waarbinnen geen grijsnuances zijn waar te nemen.'

In het citaat wordt naar mijn mening terecht de juridische afdwingbaarheid als onderscheidend kenmerk tussen een 'verwachting' en een 'recht' benadrukt.

In de tweede plaats kan worden gewezen op de mogelijkheid dat een 'recht' ook voorwaardelijk, betwist of gebrekkig kan zijn.⁶⁹⁴ Hierdoor lijkt mij nauwelijks nog ruimte te bestaan voor het begrip 'meer dan een blote verwachting'. De onzekerheid die kleeft aan een voorwaardelijk, betwist of gebrekkig recht dient overigens tot uitdrukking te komen bij de inschatting van de waarde in het economische verkeer van het recht; niet bij de beantwoording van de vraag of het – bij vervulling van de voorwaarde(n) – om een recht gaat of tot een recht zou komen.⁶⁹⁵ Bij die inschatting komen aan de objectieve feiten en de maatschappelijke verhoudingen een belangrijke rol toe.⁶⁹⁶ Uiteraard kan het recht ook een eigen karakter hebben (een recht *sui generis*), zolang het in elke situatie maar om 'een gerechtigdheid' gaat. Hierbij is het bestaan van een rudimentaire rechtsverhouding essentieel.⁶⁹⁷ Het subject wordt immers op basis van zijn juridische relatie met een object in de heffing betrokken.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat moeilijkheden bij de feitelijke bewijsvergaring geen afbreuk mogen doen aan de inhoud van het bezittingenbegrip. Ook al is het denkbaar dat in voorkomende gevallen de gerechtigdheid van een belastingplichtige moeilijk kan worden aangetoond – dat probleem is overigens niet exclusief voorbehouden aan trustaangelegenheden – dient dat niet in de discussie omtrent de reikwijdte van het

691 Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.A.c7 en Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, *Vermogensbelasting*, Rapport van de Commissie voor de Vermogensbelasting, nr. 102 (hierna: Rapport Vermogensbelasting), blz. 23-25.

692 In het Rapport Vermogensbelasting, blz. 24, wordt een verwachting, anders dan een voorwaardelijk recht, omschreven als 'niet meer dan een door het recht niet beschermde kans.'

693 Zie stelling 5 bij Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, *De inpassing van de family trust in het Nederlandse civiele en fiscale recht*, nr. 201, (hierna: Rapport Family Trust), blz. 6.

694 Geppaart 1995, blz. 76-86 en Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.D.

695 Zie Cursus Belastingrecht (Vermogensbelasting), onderdeel 2.3.4.

696 Zie de navolgende paragraaf.

697 Geppaart 1995, blz. 87 en Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.C.b2.

begrip 'bezitting' te worden verdisconteerd. Deze kwestie behoort in de latere waarde-ringsdiscussie tot uitdrukking te komen, maar dan moet reeds zijn vastgesteld dat sprake is van een bezitting.⁶⁹⁸ Het begrip 'meer dan een blote verwachting' mag dan ook geen substituuut zijn van het begrip 'recht' om problemen van bewijstechnische aard te onder-vangen.

5.5.2.2 Beoordeling rechtsverhouding: verwachting of gerechtigdheid

Bij de beoordeling van een rechtsverhouding dient te worden vastgesteld of deze voor belastingplichtigen uitsluitend tot 'een verwachting' leidt of dat hieraan 'een recht' kan worden ontleend. De analyse geschiedt vanuit het gezichtspunt van het subject; het gaat immers om 'zijn' (rechts)band met het object. Uitgaande van de conclusie dat uitsluitend een 'recht' kan leiden tot een bezitting, is het van belang om te onderzoeken of het sub-ject ook daadwerkelijk zijn rechten kan uitoefenen ten aanzien van het object. Hierbij staat de juridische afdwingbaarheid van het recht centraal.

De beoordeling of sprake is van een 'recht' of een 'verwachting' is een digitale en geen analoge beoordeling. Het gaat niet om een inschatting op basis van waarschijnlijkheids-overwegingen, maar om de vaststelling of een 'recht' bestaat. Het essentiële criterium is de juridische afdwingbaarheid van de gerechtigdheid ten aanzien van het object. Het is belangrijk te onderkennen dat het hier bedoelde onderscheid voornamelijk in praktische zin complicaties kan opleveren. Het onderscheid tussen een 'recht' en 'een verwachting' kan in theorie lastig zijn, de praktische beoordeling daarvan is aanzienlijk complexer.⁶⁹⁹ Hierbij is met name de afdwingbaarheid van een 'economische gerechtigdheid' in bewijs-technisch opzicht soms lastig vast te stellen. Het gaat in het bijzonder om gevallen waarin het subject zich feitelijk als gerechtigde tot het object gedraagt, maar in juridische zin een dergelijke gerechtigdheid tot het object niet lijkt te hebben.

Objectivering van de rechtsverhouding

Zoals opgemerkt, vindt de beoordeling van een rechtsverhouding plaats vanuit het perspec-tief van het subject. De positie waarin het subject zich bevindt, wordt daarbij wel enigszins geobjectiveerd.⁷⁰⁰ Het (veronderstelde) gedrag van het subject, alsmede de verifieerbare fei-ten en omstandigheden worden getoetst aan de 'maatschappelijke verhoudingen'. In het zogeheten 'boetebeding-arrest' bracht de Hoge Raad het belang van de maatschappelijke verhoudingen bij het niet-uitoefenen van rechten als volgt tot uitdrukking:⁷⁰¹

'O. dat aanspraken als de onderhavige, welke doorgaans alleen door het instellen van rechtsvorderingen kunnen worden gerealiseerd, in het vermogen van een schuldeiser, die niet van zins is zodanige vordering in te stellen, geen geldswaarde vertegenwoordigen, ten-zij het niet instellen van de vordering berust op overwegingen, afwijkende van die, welke een naar normaal maatschappelijk inzicht handelend en oordelend schuldeiser op grond van juridische, morele of zuiver zakelijke overwegingen ten opzichte van zodanige aanspraak zou kunnen doen gelden;'

De rechtspraak met betrekking tot de toetsing aan de maatschappelijke verhoudingen geldt niet alleen ten aanzien van het onbenut laten van rechten,⁷⁰² maar is van overeen-komstige toepassing bij het niet-inroepen van juridische gebreken en het niet-uitoefenen van wilsrechten.⁷⁰³ Ook dan wordt de handelwijze van het subject getoetst aan de maat-

698 Zie ook de annotatie van R.M. Freudenthal onder BNB 2008/122.

699 Zie Rapport Vermogensbelasting, blz. 23-25, voor een aantal complexe situaties.

700 Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.E.

701 HR 13 oktober 1954, BNB 1954/337.

702 Zie in dit verband onder meer HR 17 mei 1950, B. 8830 (het studiegenoten-arrest), HR 14 april 1954, BNB 1954/182 (het kleimodderschip-arrest) en HR 25 maart 1953, BNB 1953/130 (het graf recht-arrest).

703 Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.F. en Van Soest 2007, blz. 350-354.

schappelijke verhoudingen. Het betreft overigens een marginale toets die ten doel heeft een dam op te werpen tegen al te lichtvaardige pogingen van belastingplichtigen om een bestaand 'recht' te maskeren of te marginaliseren. Hiermee wordt voor de 'fiscale werkelijkheid' aangesloten bij de maatschappelijke verhoudingen.⁷⁰⁴

De suggestie van een recht

In dit kader is het van belang om vast te stellen dat bij een objectieve benadering in de aanwezigheid van 'feitelijke beschikkingsmacht' de suggestie van een 'afdwingbaar recht' besloten kan liggen. In gevallen waarin een subject inspraak, zeggenschap of bemoeienis onderhoudt ten aanzien van vermogensbestanddelen, kan daarin de aanwezigheid van een fiscaal relevante gerechtigdheid worden vermoed. Het gaat in dat geval om een kwestie van fiscaal bewijsrecht, waarbij de feiten en omstandigheden – in uitzonderlijke gevallen – de conclusie kunnen staven dat het aannemelijk is dat iemand over een juridische afdwingbaar recht moet beschikken. Ook daarbij lijkt – impliciet – aansluiting te worden gezocht bij de maatschappelijke verhoudingen.

Het is hoogstwaarschijnlijk deze situatie die door de staatssecretaris van Financiën in de trustbesluiten is bedoeld met de term 'feitelijk recht'.⁷⁰⁵ Indien een ander dan de juridische gerechtigde de feitelijke beschikkingsmacht uitoefent ten aanzien van een vermogensbestanddeel kan voor fiscale doeleinden mogelijk worden aangenomen dat die ander over een afdwingbaar recht beschikt ten aanzien van dat vermogensbestanddeel. De beschikkingsmachtjurisprudentie op grond waarvan het vermogen/inkomen van een stichting wordt toegerekend aan een bestuurder, indien deze 'kan beschikken over het in de stichting aanwezige vermogen als ware het zijn eigen vermogen', is een vergaand voorbeeld van dit vermoeden.⁷⁰⁶ Het gaat in die gevallen niet alleen om het aannemen van een 'recht', maar om de toerekening van inkomen en vermogen aan een ander dan de juridische rechthebbende. In de hier bedoelde gevallen staat het aannemen van een juridisch afdwingbaar recht centraal.

Voorbeelden uit de lagere rechtspraak

In de lagere rechtspraak kunnen enkele voorbeelden worden aangetroffen van situaties waarin de vermeende aanwezigheid van een 'afdwingbaar recht' aan de orde kwam. Hierbij wordt belang toegekend aan de verschillende, specifieke omstandigheden van het geval. Opvallend is dat rechters in de vergelijkbare feitencomplexen verschillende gevolgen verbinden aan het bestaan van een eventuele 'feitelijke gerechtigdheid'.

In de eerste plaats kan de uitspraak van Rb. Haarlem worden genoemd, waarin 'meer dan een blote verwachting' werd aangenomen ten aanzien van een irrevocable discretionary trust.⁷⁰⁷ Gezien de aard van de trustverhouding heeft eiser in juridische zin geen afdwingbaar recht. De Rechtbank stelt evenwel de juridische vormgeving ter discussie,⁷⁰⁸ en neemt de volgende feiten en omstandigheden in aanmerking om tot de aanwezigheid van een 'overig vermogensrecht' ex art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001, te concluderen:

Rb. Haarlem 19 januari 2009

- Eiser heeft in 2003 en 2006 verzocht om uitkeringen, welke verzoeken ook zijn ingewilligd;
- Eiser heeft begunstigden aangewezen;

704 Vgl. Van Soest 1956.

705 Auerbach 2009b, merkt op dat de worsteling met de materie voelbaar tot uitdrukking komt in deze term.

706 Zie o.a. HR 22 juli 1981, BNB 1982/42, HR 30 oktober 1985, BNB 1986/16 en HR 8 januari 1986, BNB 1986/87. Zie ook paragraaf 8.4.

707 Rb. Haarlem 19 januari 2009, FED 2009/37.

708 Zie ook het commentaar van Lucas Luijckx in NTFR 2009/577.

- Eiser heeft bedoeld om over het onder trustverband gestelde vermogen te blijven beschikken, aangezien:
 - eiser insteller en eerste begunstigde is;
 - eiser tegen verweerder heeft gezegd: 'Uiteraard ga je geen trust oprichten als je er niets uit mag halen, dat spreekt voor zich';
- Het is niet aannemelijk dat eiser geen beschikking heeft over het trustvermogen, gezien:
 - de letter of instructions (op andere plaatsen wordt van een letter of wishes gesproken);
 - de trustakte (van 18 oktober 2001);
 - de diverse aan de protector toegezonden wensen.

Alhoewel uit de opgesomde omstandigheden een vergaande bemoeienis van eiser met de trustverhouding kan worden afgeleid, kan op basis van de feiten – in onderlinge samenhang bezien – naar mijn mening nog niet worden geconcludeerd dat deze de suggestie van een feitelijk 'afdwingbaar recht' aannemelijk maken.⁷⁰⁹ Het is niet uit te sluiten dat de Rechtbank deze indruk wel uit het rommelige optreden van belanghebbende – zo volgt uit de rechtsoverwegingen onder meer dat veel stukken ontbreken – heeft gekregen. Uit de vastgestelde feiten kan die conclusie echter niet zonder meer worden getrokken.

Rb. Haarlem 17 december 2009

In een andere zaak oordeelde Rb. Haarlem met betrekking tot een Stichting Particulier Fonds (hierna: SPF) dat eiser – ondanks het ontbreken van een juridische gerechtigdheid – over het vermogen van de SPF 'kon blijven beschikken en ook heeft beschikt'.⁷¹⁰ Het vermogen van de SPF diende volgens de Rechtbank dan ook aan de rendementsgrondslag van eiser te worden toegerekend. Hiertoe achtte de Rechtbank, in navolging van de inspecteur, de volgende feiten van belang:

- De SPF kent geen uitkeringenverbod;
- Bij gebrek aan een Raad van Toezicht zijn de oprichtersbevoegdheden (uiteindelijk) toegekomen aan eiser;
- De oprichtersbevoegdheden stelde eiser in staat het bestuur van de SPF te benoemen en te ontslaan;
- Eiser heeft zijn wensen kenbaar gemaakt aan het bestuur;
- Het bestuur heeft zich lijdelijk gedragen en eiser ging ook uit van de medewerking van het bestuur; en
- De SPF is op verzoek van eiser ontbonden.

In deze zaak heeft eiser enkele oprichtersbevoegdheden van formele aard behouden. In zekere zin stond de aanwezigheid van een 'recht' dan ook niet ter discussie. De vraag is evenwel of een zeggenschap ook als een 'vermogensrechten' kan worden geduid. De Rechtbank had in dat kader naar mijn mening dan ook moeten onderzoeken of de rechtspositie van eiser aanleiding gaf om een 'economische gerechtigdheid' aan te nemen. Vervolgens had moeten worden beoordeeld in hoeverre aan die gerechtigdheid een waarde in het economische verkeer kan worden toegekend. De toerekening van de vermogensbestanddelen van de SPF aan eiser, gaat mijns inziens veel te ver. In deze zaak is immers niet komen vast te staan dat het volledige gebruik en genot, alsmede de waardeveranderingen van de bezittingen eiser aangingen. Het toerekenen van de achterliggende vermogensbestanddelen als 'zaken', kan gezien de achtergrond van het bezittingenbegrip naar mijn mening niet aan de orde zijn. Voorts miskent de toerekening van de vermogensbestanddelen de eigen juridische positie van de SPF als rechtspersoon. De Rechtbank had naar mijn mening dan ook in het uiterste geval tot de aanwezigheid van een 'overig vermo-

709 Zie ook mijn commentaar bij de uitspraak in *FED* 2009/37.

710 Rb. Haarlem 17 december 2009, *NTR* 2010/659.

gensrecht' kunnen concluderen, maar niet tot een afwijkende toerekening van het vermogen.

Rb. 's-Gravenhage 16 december 2009

Ten slotte noem ik de uitspraak van Rb. 's-Gravenhage 16 december 2009, *NTFR* 2010/658. In die zaak betrof het eveneens een irrevocable discretionary trust, waarbij eiser niet over een juridisch afdwingbaar recht beschikte. De Rechtbank analyseert nauwkeurig of sprake is van een 'recht'. Hiertoe acht het rechtscollège van belang dat:

- de 'memoranda of wishes' niet bindend zijn;
- de omstandigheid dat een peetzoon als contactpersoon is genoemd in de 'memoranda of wishes' bewijst niet dat sprake is van beschikkingsmacht;
- de omstandigheid dat een peetzoon als beleggingsadviseur optreedt namens de trustees niet betekent dat eiser kan beslissen ten aanzien van het doen van uitkeringen; en
- het feit dat de trustee niet in strijd met de 'memoranda of wishes' heeft gehandeld, eenvoudigweg omdat hij geen uitkeringen heeft gedaan, betekent nog niet dat eiser de beschikkingsmacht heeft gehad ten aanzien van het vermogen.

Uit deze analyse trekt de Rechtbank de mijns inziens terechte conclusie dat geen 'juridisch of feitelijk recht' heeft bestaan dat eiser had kunnen afdwingen (r.o. 4.9). Het belangrijkste kenmerk van een vermogensrecht, de mogelijke afdwingbaarheid van de gerechtigdheid tot het object, ontbreekt immers. De Rechtbank oordeelt dat geen vermogensrecht kan worden aangenomen. In hoger beroep komt het Hof na een integrale herbeoordeling van de zaak tot dezelfde conclusie en laat de uitspraak van de Rechtbank in stand.⁷¹¹

Naar mijn mening dient te worden gesteld dat de aanwezigheid van een juridische gerechtigdheid in alle gevallen het leidende uitgangspunt is. Zonder juridische afdwingbaarheid bestaat geen vermogensrecht, maar slechts een verwachting en kan geen bezitting in aanmerking worden genomen. Uitsluitend in die gevallen waarin het bestaan van een 'afdwingbaar recht' moet worden aangenomen, omdat de feiten aanleiding geven aan te nemen dat belastingplichtige een daadwerkelijk bestaand 'afdwingbaar recht' probeert te maskeren, kan een gerechtigdheid worden aangenomen. In deze gevallen dient naar mijn mening geen concessie te worden onderkend ten aanzien van de eis van de juridische afdwingbaarheid. Het betreft een bewijstechnische beoordeling waarin het bestaan van een afdwingbaar vermogensrecht aanwezig wordt geacht. Hiertoe worden verschillende factoren relevant geacht om een 'vermogensrecht' aan te nemen. In die gevallen dient naar mijn mening geen toerekening van de achterliggende vermogensbestanddelen plaats te vinden, maar behoort uitsluitend het aannemen van een overig vermogensrecht tot de mogelijkheden.

5.6 CONCLUSIE TEN AANZIEN VAN DE INKOMSTENBELASTINGDIMENSIE

In de inkomstenbelastingdimensie van het kwalificatievraagstuk staat een analyse van de gerechtigdheid tot het object voorop. Het subject is in deze benadering, anders dan in de vennootschapsbelastingdimensie, een gegeven. Het gaat om een beschrijving van 'de lijn' die het subject met het object verbindt en de toerekening daarvan aan het subject rechtvaardigt. De gerechtigdheid tot het object kan worden voorgesteld als een 'bedding' die leidt naar de bron van inkomen. Hierbij dient het begrip 'bron van inkomen' in formele zin te worden opgevat, waarbij de bedding het subject in staat stelt de inkomst uit de bron te genieten.

711 Hof 's-Gravenhage 3 november 2010, *NTFR* 2011/110.

Bij de tussenkomst van een juridische intermediatie kan deze lijn wijziging ondergaan en ontstaat de vraag naar de non-transparantie van de rechtsverhouding. Hierbij zijn drie variaties denkbaar. Allereerst kan de gerechtigdheid tot het object, ondanks de aanwezigheid van een intermediatie, ongewijzigd blijven. In dat geval is de rechtsvorm, gezien vanuit de inkomstenbelastingbenadering, in beginsel fiscaal transparant. Overigens kan in deze situatie alsnog sprake zijn van een non-transparante entiteit indien de rechtstreekse gerechtigdheid het karakter van 'een aandeel' heeft aangenomen. In de tweede plaats kan de rechtsvorm tot gevolg hebben dat het subject nog steeds een indirecte gerechtigdheid onderhoudt met het object, maar niet langer 'rechtstreeks gerechtigd' is tot het object. Het object kan dan niet langer worden toegerekend aan het oorspronkelijke subject en de intermediatie is fiscaal non-transparant. Als derde situatie kan het geval worden onderkend waarin het subject na tussenkomst van de intermediatie geen enkele relatie meer onderhoudt tot het oorspronkelijke object. In dat geval is het object niet meer aan hem toerekenbaar vanwege het ontbreken van iedere gerechtigdheid. De intermediatie is ook dan non-transparant in de inkomstenbelastingbenadering.

Voor de verschillende inkomenscategorieën heb ik aan de hand van het begrip 'genieten' onderzocht welke rechtsband de toerekening van het object aan het subject tot gevolg heeft. Voor de bron winst uit onderneming is geconcludeerd dat de aanwezigheid van een bedding wordt bepaald op basis van het 'voor rekening van'-criterium. In de eerste plaats leidt een civielrechtelijke (mede)gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen ertoe dat de onderneming voor rekening van het subject wordt gedreven. Hierbij is ook de civielrechtelijke bestuursbevoegdheid van belang. In de tweede plaats kan ook een economische (mede)gerechtigdheid ten aanzien van het ondernemingsvermogen tot transparantie leiden. De economische (mede)gerechtigdheid dient zich daarbij uit te strekken tot het ondernemingsvermogen dan wel de winstreserves. Voorts is geconcludeerd dat het aansprakelijkheids criterium een beperkte rol speelt in de inkomstenbelastingdimensie van het kwalificatieleerstuk.

Bij inkomensbronnen waarvoor het voor particulieren geldende kasstelsel geldt, is de 'genieter' de rechthebbende van de 'eigen inkomst'. Hierbij is het genieten van de inkomst afhankelijk van de mogelijkheid om daadwerkelijk over de 'eigen' inkomst te kunnen beschikken. Daartoe wordt de civielrechtelijke rechtspositie als uitgangspunt genomen en tevens de bestuursbevoegdheid leidend geacht met betrekking tot de daadwerkelijke beschikkingsmacht. Bij vermogenswinsten, in ieder geval waar het de aanmerkelijkbelangregeling betreft, wordt deze aanvullende voorwaarde niet gesteld. In die gevallen lijkt een zakenrechtelijke of economische gerechtigdheid tot het vermogensbestanddeel voldoende.

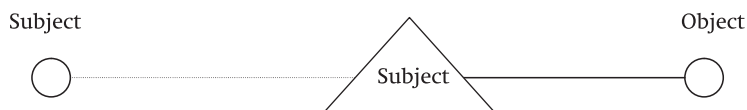
Ten slotte is de rechtsband onderzocht die de toerekening van vermogensinkomsten binnen het systeem van de vermogensrendementsheffing tot gevolg heeft. De gekozen techniek van box 3 brengt mee dat het zwaartepunt ligt bij de aanwezigheid van een 'bezitting'. Het begrip 'bezitting' wordt uitgelegd overeenkomstig de civielrechtelijke interpretatie daarvan en betekent 'het houden van een goed voor zichzelf'. Het begrip bezitting, dat bestaat uit zaken en vermogensrechten, wordt voor fiscale doeleinden anders geïnterpreteerd dan voor het civiele recht. Uitsluitend in het geval dat de belastingplichtige het volledige gebruiks- en genotsrecht én het gehele belang bij de waardemutaties heeft van een zaak, wordt voor fiscale doeleinden 'een zaak' toegerekend. In alle andere gevallen is sprake van een '(vermogens)recht'. Voor een vermogensrecht is de eis van juridische afdwingbaarheid essentieel. Een verwachting is onvoldoende om van een 'recht' te kunnen spreken en ook bij meer dan een blote verwachting dient te worden getoetst of een afdwingbaar recht bestaat. Hierbij dient te worden beoordeeld of de feitelijke beschikkingsmacht leidt tot het vermoeden van een afdwingbaar recht.

5.7 MODEL VOOR DE KWALIFICATIE VAN RECHTSVORMEN

Het kwalificatiemodel dat ik heb opgebouwd aan de hand van een theoretische ontleding van het kwalificatievraagstuk, is hierna schematisch weergegeven. Het theoretische kader ten aanzien van juridische intermediaties is ingevuld met de veronderstellingen van de wetgever bij de opzet van het Nederlandse fiscale stelsel en de opvattingen ten aanzien van de kwalificatiecriteria in de jurisprudentie en literatuur. Het kwalificatiemodel dat is ontwikkeld, kan ten aanzien van alle rechtsvormen worden gehanteerd. Anders dan het kwalificatiebesluit kan het ook worden gebruikt voor de kwalificatie van doelvermogens. Hiermee is het dus mogelijk geworden ook de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust te bepalen.

In het kwalificatiemodel is de inkomstenbelastingdimensie in relatie gebracht met de vennootschapsbelastingdimensie van het kwalificatievraagstuk. Voor de kwalificatie van rechtsfiguren dienen de volgende stappen te worden doorlopen:

- (i) Indien de intermediatie tot gevolg heeft dat het subject niet langer over een gerechtigdheid beschikt ten opzichte van het achterliggende object, kan dat object niet langer aan hem worden toegerekend. De intermediatie heeft de rechtsband doorbroken en het subject koestert hoogstens een verwachting. Het subject beschikt dan niet over een afdwingbaar recht, ook niet in feitelijke zin. Deze situatie sluit aan op onderdeel (1) van de vennootschapsbelastingbenadering, waarbij de intermediatie tot gevolg heeft dat geen van de betrokkenen over een gerechtigdheid beschikt, alvorens een 'uitdelingsbesluit' is genomen. Deze situatie komt overeen met figuur 1.



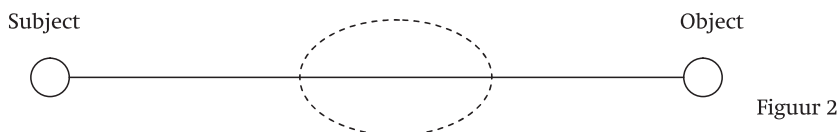
Figuur 1

- (ii) Indien het subject wel beschikt over een gerechtigdheid dient te worden beoordeeld of de resultaten van het achterliggende object op basis daarvan rechtstreeks aan hem kunnen worden toegerekend. Hierbij dient binnen de inkomstenbelastingdimensie onderscheid te worden gemaakt tussen de verschillende bronnen van inkomen.
- (iii) Voor toepassing van de bron winst uit onderneming worden de resultaten uit een objectieve onderneming toegerekend, indien deze 'voor rekening van' het subject wordt gedreven. De onderneming komt voor rekening van het subject, indien deze
 - a. in civielrechtelijke zin (mede-)eigenaar is van het vermogen van de onderneming; en
 - b. in juridische of economische zin medegerechtigd is tot het vermogen van de onderneming, anders dan als aandeelhouder.

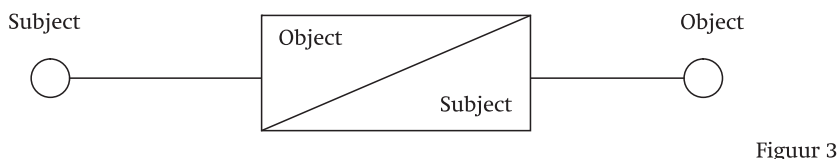
Bij de (mede-)eigenaar van de onderneming komt het aansprakelijkheidsrisico – impliciet – tot uitdrukking. In die gevallen waarin de juridische eigendom van het vermogen van de onderneming ontbreekt, maar desalniettemin aansprakelijkheid bestaat voor de verbintenissen van de onderneming, is eveneens sprake van fiscale transparantie. Binnen de vennootschapsbelastingdimensie komen deze uitgangspunten terug in de onderdelen (2a) en (2b). Uitsluitend bij de medegerechtigdheid tot het vermogen van de onderneming komt het aansprakelijkheidsvraagstuk in eigenlijke zin niet aan de orde. In dat geval wordt de fiscale transparantie ten aanzien van de niet-aansprakelijke vennoot uitsluitend gebaseerd op de juridische of economische medegerechtigdheid tot het vermogen van de onderneming en sluiten de inkomsten- en vennootschapsbelastingdimensie niet volledig op elkaar aan.

Voor toepassing van het voor particulieren geldende kasstelsel dient te worden beoordeeld of het subject na de intermediatie nog steeds de rechthebbende tot de eigen inkomst is. Indien dat niet het geval is vormt de intermediatie een non-transparante entiteit. Voor toepassing van de vermogensrendementsheffing dient te worden beoordeeld of aan het subject het volledige gebruik en genot toekomt alsmede het recht op alle waardeveranderingen van het object. In dat geval wordt het object zelve hem toegerekend, anders een gerechtigdheid tot het object dat als zodanig aan de non-transparante intermediatie wordt toegerekend.

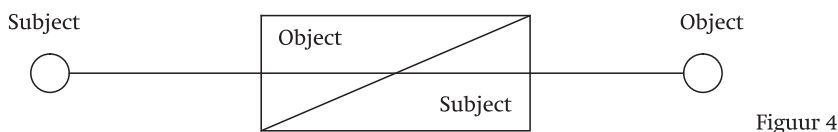
Deze hier beschreven situaties komen overeen met figuur 2 in het geval van transparantie:



en figuur 3 in het geval van non-transparantie:



(iv) Ten slotte dient bij een 'rechtstreekse gerechtigdheid' als bedoeld in figuur 2 te worden beoordeeld of de gerechtigdheid de vorm van een aandeel heeft aangenomen. Hierbij staat de vraag naar de vrije toe- en uittreding ten aanzien van de betrokkenheid bij de rechtsvorm centraal. Niettegenstaande de 'rechtstreekse gerechtigdheid' tot het achterliggende object wordt in dat geval toch een non-transparante entiteit aangenomen, indien sprake is van een 'aandeel'. Grafisch kan deze situatie als volgt worden weergegeven (figuur 4):



Het kwalificatiemodel is opgetrokken vanuit de basis van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. Hierdoor kan het model worden gebruikt voor de fiscale kwalificatie van alle rechtsvormen en heeft daarmee een ruimere reikwijdte dan de zogeheten 'kwalificatiebesluiten'. Ook kan het kwalificatiemodel worden gebruikt bij de inpassing van toekomstige (buitenlandse) rechtsvormen en leent zich daarmee voor vervolgonderzoek ten aanzien van de fiscale kwalificatie van rechtsvormen in Nederland. In hoofdstuk 8 wordt de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust bepaald op grond van het kwalificatiemodel.

Aangezien de civielrechtelijke kenmerken van een rechtsfiguur van groot belang zijn voor de fiscale kwalificatie, wordt in hoofdstuk 6 een civielrechtelijke profielschets gegeven van de Anglo-Amerikaanse trust. Vervolgens wordt in hoofdstuk 7 ingegaan op het erken-

ningsvraagstuk. Het gaat daarbij om de vraag op welke wijze de civielrechtelijke kenmerken van de Anglo-Amerikaanse trust worden 'vertaald' naar het Nederlandse belastingrecht. Na de vaststelling van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trusts in hoofdstuk 8, wordt aan de hand van de uitkomst van het kwalificatiemodel in hoofdstuk 9 onderzocht welke knelpunten optreden indien het Nederlandse fiscale stelsel wordt geconfronteerd met een Anglo-Amerikaanse trust. Daarbij wordt tevens een voorstel gedaan om de Anglo-Amerikaanse trust in te passen in het Nederlandse fiscale stelsel. In dat kader wordt tevens het APV-regime geanalyseerd.

Deel II

6 *Civielrechtelijke profielschets van de Anglo-Amerikaanse trust*

6.1 INLEIDING

De vele, uiteenlopende verschijningsvormen maken het onmogelijk om een omschrijving te geven van 'de' Anglo-Amerikaanse trust. Zoals hiervóór werd opgemerkt, is het Anglo-Amerikaanse trustrecht 'nationaal' recht dat per land – en zelfs per federale staat – kan verschillen. De vele verschillen en nuances ten spijt, is de grondstructuur van een trust-verhouding eenvoudig te herkennen. Hayton heeft deze ogenschijnlijke tegenstrijdigheid verwoord met de opmerking:⁷¹²

'Like an elephant, a trust is difficult to describe but easy to recognize.'

Ondanks de enorme diversiteit in trustfiguren zijn in de literatuur diverse pogingen gedaan om een omschrijving te geven van de Anglo-Amerikaanse trust. De leidende definitie wordt voor het Verenigd Koninkrijk teruggevonden bij Underhill & Hayton:⁷¹³

'A trust is an equitable obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property owned by him (called the trust property, being distinguished from his own property) for the benefit of persons (called beneficiaries, or in old cases, cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation.'

Alvorens onderzoek kan worden gedaan naar de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel, wordt in dit hoofdstuk een civielrechtelijke profielschets van de 'onbekende' trustfiguur gegeven.⁷¹⁴ Kennis van het Anglo-Amerikaanse trustrecht is essentieel voor de vaststelling van de fiscale kwalificatie van de trustfiguur op basis van het kwalificatiemodel. Bovendien is inzicht in het Anglo-Amerikaanse trustrecht noodzakelijk om de knelpunten te identificeren die zich voordoen ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust en de daarbij betrokken personen binnen het Nederlandse fiscale stelsel, alsmede bij doen van voorstellen voor een oplossingsrichting. Tot slot draagt kennis van het Anglo-Amerikaanse trustrecht bij aan een beter begrip van deze 'schimmige' rechtsfiguur.

Het is overigens niet de bedoeling een gedetailleerde verhandeling van het uitgebreide Anglo-Amerikaanse trustrecht te geven.⁷¹⁵ Slechts de kenmerkende civielrechtelijke elementen van het Anglo-Amerikaanse trustrecht die voor een goed begrip van de materie en het onderzoek van belang zijn, komen aan de orde.

712 Hayton 1996, blz. 3.

713 Underhill en Hayton 2003, blz. 3. Zie paragraaf 6.3.1 voor meer definities.

714 De term 'profielschets' wordt gebruikt in navolging van Giele en Vermeend 1993, blz. 31: 'Een profiel geeft slechts de karakteristieke eigenschappen van het geschetste, het is onvolledig en globaal (...). De tekening is bovendien hier en daar onevenwichtig: vanwege hun belang voor het fiscale recht worden bepaalde aspecten feller belicht dan andere.'

715 Voor een uitvoerige bespreking van het trustrecht verwijs ik naar Underhill en Hayton 2003, Oakley 2003 en Pettit 2009 (alle VK) en Andersen 2003 en Beyer 2005 (beide VS).

Hierna wordt de historische context van het Anglo-Amerikaanse trustrecht geschetst (paragraaf 6.2). Daarna worden de algemene civielrechtelijke aspecten van het Anglo-Amerikaanse trustrecht besproken (paragraaf 6.3), waarbij de rechten en verplichtingen van de bij de trustverhouding betrokken personen afzonderlijk worden beschreven. Vervolgens wordt nader ingegaan op het specifieke karakter van de 'family trust'. Daarbij worden de algemene civielrechtelijke aspecten van de private express Anglo-Amerikaanse trust besproken (paragraaf 6.4) en de rechtspositie van de daarbij betrokken personen (paragraaf 6.5). Vervolgens worden enkele specifieke voorbeelden gegeven van express trusts (paragraaf 6.6). Daarna wordt een inventarisatie gemaakt van 'trustachtige' figuren in Nederland (paragraaf 6.7). Ten slotte wordt de invloed van het Haags Trustverdrag op de civielrechtelijke positie van een Anglo-Amerikaanse trust in Nederland besproken (paragraaf 6.8). Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 6.9).

6.2 HISTORISCHE ACHTERGRONDEN BIJ DE ANGLO-AMERIKAANSE TRUST

Enige achtergrondkennis van de geschiedenis van het Anglo-Amerikaanse rechtssysteem is voor een goed begrip van het trustrecht eigenlijk onmisbaar. Het Anglo-Amerikaanse recht is immers langs geheel eigen weg tot ontwikkeling gekomen en het Romeinse recht heeft daarop – zeker in vergelijking met de meeste rechtssystemen op het Europese vasteland – nauwelijks invloed gehad.⁷¹⁶ Veel uitgangspunten, veronderstellingen en begrippen die terug te voeren zijn op de Romeinse rechtelijke achtergrond van het Nederlandse rechtssysteem, kunnen dan ook niet zonder meer worden toegepast bij het begrijpen van de Anglo-Amerikaanse trustfiguur.

Het Anglo-Amerikaanse recht kent geen gesloten stelsel van zakelijke rechten en het begrip 'eigendom' heeft een wezenlijk andere betekenis dan op het continent aan dit begrip toekomt.⁷¹⁷ Waar dit alles tot problemen zou kunnen leiden ten aanzien van de toegankelijkheid van het Anglo-Amerikaanse recht in zijn algemeenheid, geldt dit voor het trustrecht in het bijzonder. De ontstaansgeschiedenis van de Anglo-Amerikaanse trust werpt dan ook een verhelderend licht op de achtergrond, functie en gevolgen van de splitting van trustvermogen in een 'legal title' en 'equitable interests'. Daarbij blijkt de historie van de Anglo-Amerikaanse trust, ook voor het belastingrecht, nog steeds verrassend actueel te zijn.⁷¹⁸

Daarnaast draagt de historische context van de Anglo-Amerikaanse trust eraan bij dat de schimmige beeldvorming rondom deze rechtsfiguur enigszins wordt weggenomen. De negatieve connotatie is bijvoorbeeld terug te vinden in de opmerking van een Engelse advocaat dat 'fraud and fear' het ouderpaar is van de trust.⁷¹⁹ Vandaag de dag is de terughoudende opstelling ten aanzien van trusts voornamelijk ingegeven door de gedachte dat deze rechtsvorm hoofdzakelijk vanuit fiscale motieven wordt gebruikt.⁷²⁰ Overigens is het vermeende onoirbare gebruik van de Anglo-Amerikaanse trust niet exclusief voorbehou-

716 Anders dan wel wordt gedacht, is de geringe receptie van het Romeinse recht in Engeland niet het gevolg van een vermeende fysieke afwezigheid van de Romeinen aldaar. Integendeel, de sporen van de Romeinse overheerser zijn nog steeds terug te vinden in Groot-Brittannië. Zo is Hadrian's Wall (ca. 120 na Chr.) door de Romeinen gebouwd om de barbaarse stammen die vanuit Caledonië (Schotland) dit deel van het Romeinse Rijk binnenvielen tegen te houden. Het Romeinse recht heeft echter om andere redenen, die hier onbesproken kunnen blijven, eenvoudigweg in Engeland nooit de ruimte gekregen om tot ontwikkeling te komen. Zie daarvoor Zwolve 2000, blz. 25-27.

717 Zwolve 2000, blz. 100-106.

718 Zie Sonneveldt 2009.

719 Bogert 1987, Ch. 1, sec. 2, blz. 7 en de verwijzingen aldaar.

720 Zie bijvoorbeeld Dyer en Van Loon 1983, blz. 4. Het meest recent is deze gedachte terug te vinden in de parlementaire behandeling van de nieuwe schenk- en erfbelasting. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 47.

den aan deze rechtsfiguur. Evenmin betekent die mogelijkheid dat een trust als een afkeurenswaardig verschijnsel moet worden gezien. Hayton merkt in dit verband op dat '(...) trusts, like companies or guns, can be used for good or bad purposes'.⁷²¹

Bij een benadering van de Anglo-Amerikaanse trust vanuit historisch perspectief blijkt echter dat deze negatieve insteek nuancering verdient. Door de geschiedenis heen blijkt dat trusts beslist geen rechtsfiguren zijn die slechts worden gebruikt door 'schurken en sujetten'. Het tegendeel lijkt eerder waar. De ongekennde flexibiliteit van de Anglo-Amerikaanse trust is in veel situaties onmisbaar gebleken, zodat zelfs de wetgever⁷²² en rechter⁷²³ zich met enige regelmaat van een trustfiguur bedienen om complexe situaties het hoofd te kunnen bieden.

Bij de beschrijving van het rechtshistorische kader van de Anglo-Amerikaanse trust wordt een onderscheid gemaakt tussen de aspecten die betrekking hebben op de oorsprong van de trust enerzijds en de aspecten die zien op de inwendige ontwikkeling van het Anglo-Amerikaanse trustrecht anderzijds. Beide facetten hebben betrekking op een ander onderdeel van de ontwikkeling van het Anglo-Amerikaanse trustrecht en worden daarom afzonderlijk behandeld.

6.2.1 De oorsprong van de Anglo-Amerikaanse trust

De vraag naar de oorsprong van de Anglo-Amerikaanse trustfiguur is de laatste eeuwen door rechtshistorici op uiteenlopende wijze beantwoord. In de aanvankelijk verdedigde visie op het ontstaan van de Anglo-Amerikaanse trust werd de Romeinsrechtelijke fidei-commissum tot uitgangspunt genomen.⁷²⁴ Deze rechtsfiguur zou door geestelijken, die vaak onderlegd waren in het Romeinse recht, in Engeland zijn geïntroduceerd. Met het fidei-commissum werd bereikt dat vermogensbestanddelen – met de tussenkomst van een derde (de *haeres fiduciarius*) – uiteindelijk konden toekomen aan personen (de *fiduciarius*) die aanvankelijk nog niet in staat waren deze vermogensbestanddelen zelf te verkrijgen, zoals minderjarigen. Deze visie wordt heden ten dage, vanwege de diverse verschillen tussen het fidei-commissum en de trust, voor onjuist gehouden.⁷²⁵

Later heeft de gedachte dat 'de use', de voorloper van de Anglo-Amerikaanse trust, zou zijn afgeleid van de Germaanse *Salman* of *Treuhand* steviger voet aan de grond gekregen en tot op heden wordt deze gedachte nog steeds als leidende verklaring van de oorsprong van de trust aangenomen.⁷²⁶ Anderen, zoals Maitland, onderkennen zowel Romeinse als Germaanse invloeden in 'de use' en zijn daardoor aanhanger van een visie die uitgaat van een mengvorm van de beide vorige oorsprongverklaringen.⁷²⁷ De jongste poging tot het achterhalen van de herkomst van de fiduciaire trustfiguur in Engeland, is gewaagd door hen die de oorsprong daarvan zoeken in het Islamitische recht (de *Shari'a*).⁷²⁸ Kruisvaarders die in de twaalfde en dertiende eeuw terugkwamen van hun reis naar het 'Beloofde

721 Hayton 2003, blz. 3.

722 Deze trustcategorie wordt aangeduid met de term '*statutory trusts*'.

723 Deze trustcategorie wordt aangeduid met de term '*constructive trusts*'.

724 Ook andere figuren uit het Romeinse recht, zoals de *fiducia cum creditore*, de *fiducia cum amico* en de *ususfructus* zijn wel in verband gebracht met de trust. Voorts kan worden gewezen op de door Zwolve 2003, blz. 163-178, gemaakte vergelijking van het *peculium* met de trust. Deze vergelijking is overigens geen poging tot verklaring van de oorsprong van de trust, maar eerder een verklaring van de absentie van de trustfiguur in het Romeinse recht.

725 Het belangrijkste verschil is wel dat de trustee, anders dan de *haeres fiduciarius*, de vermogensbestanddelen daadwerkelijk in eigendom verkrijgt. Zie o.a. Avini 1996, blz. 1149 en Sheridan 1993, blz. 21.

726 Zie Hansmann en Mattei 1998, blz. 441 (voetnoot 21), blz. 93, Barry 1999, blz. 738 en Bogert 1987, Ch. 1, sec. 2.

727 Maitland 1894, onder XII.

728 Zie Schoenblum 1999, blz. 1191-1226 en Gaudiosi 1988.

Land' en aldaar bekend zouden zijn geraakt met de fiduciaire Waqf-figuur, hebben volgens de aanhangers van deze theorie die rechtsverhouding omgevormd tot 'de use'.

Welke van deze rechtsfiguren uiteindelijk tot de Anglo-Amerikaanse trust heeft geïnspireerd, is niet duidelijk en wordt dat wellicht ook nooit.⁷²⁹ Alle aangedragen stamfiguren zijn weliswaar op conceptueel niveau vergelijkbaar met de trust, maar geen van alle komt qua juridische vormgeving exact overeen met de trust. Ik ben dan ook geneigd Uniken Venema te volgen in diens conclusie:⁷³⁰

'(...) dat in beginsel de use aan de eigen (Engelse) bodem is ontsproten; zij vertegenwoordigt, evenals de saalmanrelatie, de Romeinse fiducia of – blijkbaar – de waf, een der grondvormen van ieder rechtssysteem, dus ook van het Anglo-Amerikaanse: de fiduciaire rechtsverhouding, de fiducia in algemene zin.'

Het ontstaan van de diverse fiduciaire rechtsvormen appelleerde kennelijk aan de op diverse plaatsen en op verschillende tijdstippen, bestaande behoefte om de rigiditeit van een 'embryonaal rechtstelsel' door middel van een fiduciaire rechtsfiguur te mitigeren.⁷³¹ Het ontbreken van een aanwijsbare en gedeelde oorsprong, alsmede het geheel eigen karakter van het Anglo-Amerikaanse recht, scherpen andermaal in dat de Anglo-Amerikaanse trustfiguur zich slecht leent voor vergelijking met andere (continentale) rechtsfiguren.⁷³²

6.2.2 De ontwikkeling van het Anglo-Amerikaanse trustrecht

Het ontstaan van de Anglo-Amerikaanse trustfiguur houdt nauw verband met twee rechtshistorische processen in Engeland, te weten aan de ene kant de ontwikkeling van het Engelse onroerendgoedrecht en aan de andere kant de centralisatie van de rechterlijke macht.⁷³³

Nadat William the Conqueror Engeland in 1066 veroverde op de Saksen, voerde hij het leenrechtelijke stelsel in. Binnen dit feodale stelsel gaf de Koning – als eigenaar van alle grond – zijn grond in leen aan leenmannen (vazallen), welke het op hun beurt weer in onderleen gaven. Op die wijze ontstond een piramidale structuur, waarbij de Koning de top vormde en de laatste (onder)leenmannen de basis. De door de (onder)leenman verschuldigde tegenprestatie bestond uit het beloven van trouw en het verlenen van – doorgaans militaire – bijstand aan zijn leenheer.⁷³⁴

Het recht dat een leenman verkreeg bij de grond was uiteindelijk ontleend aan en afgeleid van het absolute eigendomsrecht van de Koning. De afhankelijkheid van het recht van de leenman bleek onder meer uit de voorwaarden waaronder de grond aan hem in leen was verstrekt. Zo kon de leenheer bijvoorbeeld bedingen dat de grond voor een beperkt aantal jaren, dan wel uitsluitend gedurende het leven van de vazal mocht worden gebruikt. Het

729 Tot deze conclusie komt Van Rhee 2000, blz. 453-462 naar aanleiding van zijn bespreking van het boek van Helmholtz en Zimmermann 1998.

730 Uniken Venema 1954, blz. 119.

731 Avini 1996, blz. 1141, gebruikt in dit verband de term 'convergent evolution'. Met deze term, afkomstig uit de biologie en medische wetenschap, wordt aangegeven dat de trust mogelijk niet zozeer 'een voorouder' heeft in een andere rechtsfiguur, maar het gevolg is van 'vergelijkbare milieuomstandigheden'.

732 De continentale jurist dient dan ook – zoals eerder is benadrukt – uiterst voorzichtig te zijn, indien hij tracht het trustrecht te begrijpen door middel van een vertaalslag vanuit het hem bekende Romeinsrechtelijke begrippenkader en de daarop gebaseerde, op de trust gelijkende, rechtsfiguren.

733 Zie Uniken Venema 1954, blz. 65.

734 De zegswijze 'Iemand met raad en daad bijstaan' is etymologisch terug te voeren naar de door een leenman aan zijn leenheer te verrichten prestaties.

door de leenman verkregen 'estate'⁷³⁵ was dan ook niets anders dan een in de tijd gelimiteerd 'eigendomsrecht' op de grond.⁷³⁶ Het meest verstrekkende recht dat een leenman kon verkrijgen, werd aangeduid als een 'estate in fee simple'. Hoewel de aan de leenman verschaft estate in fee simple hem naar continentale begrippen in wezen tot eigenaar van de grond maakte, bracht het leenstelsel desalniettemin een aantal eigenaardigheden mee.

Eén daarvan was dat de leenman aanvankelijk niet bij uiterste wil kon beschikken over het aan hem verleende estate in fee simple.⁷³⁷ Ingeval leenman A de grond als estate in fee simple had verkregen – onder de gebruikelijke clausulering: 'to A and his heirs forever' – stond reeds vast dat diens erfgenaam het onroerend goed zou erven, terwijl de mogelijkheid ontbrak om hiervan bij testamentaire beschikking af te wijken.⁷³⁸ De leenman was dus niet in staat zijn kinderen te onterven. Ook ingeval A wel erfgenamen achterliet, konden de gevolgen van het leenheerlijke stelsel tot onwenselijkheden leiden. In het geval waarin A's erfgenaam op het tijdstip van diens overlijden nog minderjarig was, kreeg deze van rechtswege de leenheer als zijn voogd toegewezen, zonder dat de laatste rekening en verantwoording hoefde af te leggen over het door hem gevoerde beheer.⁷³⁹

Teneinde deze en soortgelijke situaties te voorkomen werd de 'use', de voorloper van de Anglo-Amerikaanse trust, bedacht. Reeds gedurende zijn leven⁷⁴⁰ droeg de leenman, als insteller van de use ('de feoffor'),⁷⁴¹ zijn estate over aan een derde ('de feoffee to uses'),⁷⁴² onder de voorwaarde dat deze derde over het verkregene zou beschikken 'to the use of'⁷⁴³ een door de leenman aangewezen begunstigde ('cestui que use').⁷⁴⁴ Niet ongebruikelijk was dat de feoffor gedurende zekere tijd ook de cestui que use was. Doordat A zijn estate reeds bij leven overdroeg aan een vertrouwenspersoon, die de grond hield onder de door hem gestipuleerde begunstigden, konden de hiervoor beschreven leenrechtelijke incidenten worden omzeild.

De use had tot gevolg dat de leenman (de feoffor) in wezen 'meer eigenaar' werd van het onder trustverband gestelde vermogensbestanddeel, dan hij aanvankelijk was. Baker omschrijft dit treffend:⁷⁴⁵

'By vesting it in others he paradoxically became a more absolute owner than the common law allowed: he was released from the most burdensome incidents of feudalism, and from the inflexible rules of inheritance (...).'

Het bleek echter ook in andere situaties wenselijk – en soms zelfs noodzakelijk – de eigendom van onroerende zaken met behulp van een 'use' aan een vertrouwenspersoon over

735 De (veelal) tijdsafhankelijke voorwaarden waaronder de leenman zijn recht verkreeg, bepaalde de 'status' (estate) van zijn recht. Het woord 'estate' is dan ook afgeleid van het Latijnse 'status'. Zie Baker 2002, blz. 259.

736 De bekende uitspraak '*An estate in the land is a time in the land, or land for a time*' brengt de kern van het tijdselement binnen het feodale stelsel treffend tot uitdrukking. Zie Baker 2002, blz. 259, voetnoot 1.

737 Pas in 1540, met de invoering van de Statute of Wills, werd het mogelijk bij testament te beschikken over een estate.

738 Zwolve 1993, blz. 138, spreekt van een 'ingebouwd erfrecht'.

739 Zwolve 2000, blz. 117-118.

740 Aanvankelijk bestond geen mogelijkheid om bij leven over een estate in fee simple te beschikken. Met de invoering van de Statute Quia Emptores in 1290 werd een overdracht gedurende het leven wel mogelijk.

741 In de huidige terminologie de settlor (VK), ook wel de grantor (VS).

742 In de huidige terminologie de trustee.

743 De eigenlijke formule die werd gebruikt luidde oorspronkelijk 'ad opus et ad usum', waarbij de term 'ad opus' is verbasterd tot 'use'.

744 In de huidige terminologie de beneficiaries.

745 Baker 2002, blz. 252-253.

te dragen ten behoeve van een derde. Maitland noemt enkele historische voorbeelden waarin met gebruikmaking van de use onroerende zaken werden overgedragen ten behoeve van een derde, welke derde zelf geen 'eigenaar' van onroerende zaak kon zijn.⁷⁴⁶ Zo droegen ridders, die vanwege een kruistocht voor langere tijd van huis gingen, hun estate over aan een derde (een man) om het te houden en te kunnen beschermen ten behoeve van de vrouwelijke achterblijver die geen 'eigendomsrechten' konden hebben. Daarnaast kan het voorbeeld worden genoemd van de broeders van de Franciscaner Orde, die gebonden waren aan de zogeheten 'oath of poverty' en om die reden geen eigenaar 'konden' zijn van goederen. Ook in deze situatie werd de use gebruikt om de hiermee samenhangende, praktische problemen het hoofd te bieden. Teneinde te kunnen voorzien in de basisbehoeften van de broeders droegen sympathisanten van de Orde zaken over aan een speciale 'community 'to the use of' and 'as an habitation for' the friars.'⁷⁴⁷

Naast de hiervóór beschreven ontwikkelingen, is de centralisatie van rechtspraak in Engeland van doorslaggevend belang geweest bij de ontwikkeling van het trustrecht. Na 1066 werd besloten de tot dan toe sterk verbrokkelde rechtspraak in Engeland te centraliseren. Naast de oude lokale (kerkelijke en handels)gerechten, en de in verband met het feodale stelsel opgekomen leenheerlijke gerechten, werden de koninklijke gerechten geïntroduceerd, die de op het gewoonterecht gebaseerde 'common law' toepaste. Naast al deze instanties fungeerde de Koning nog als 'restrechter' in die gevallen waarin door de gerechten geen rechtvaardige uitspraak was bereikt.

De centralisatie werd geleidelijk aan tot stand gebracht doordat de jurisdictie van de koninklijke gerechten steeds verder werd uitgebreid ten koste van de rechtsmacht van de leenheerlijke en de lokale gerechten. Belangrijk middel bij het tot stand brengen van deze jurisdictieverschuiving waren de zogeheten 'writs'. Een 'writ' was een van de Koning afkomstige brief waarin een opdracht aan de rechter was vervat, inhoudende dat de eiser in het gelijk moest worden gesteld.⁷⁴⁸ Aanvankelijk waren deze writs – die door de Koninklijke kanselarij (Chancery) werden uitgevaardigd – alleen benodigd, indien voor de koninklijke gerechten (King's Bench, Common Pleas en de Exchequer) werd geprocedeerd. Later werden deze writs ook voorgeschreven, indien leenheerlijke gerechten werden aangezocht, zodat de invloed van de Koning op het onroerende zakenrecht toenam.⁷⁴⁹ Voorts nam de greep van de Koning op het onroerende zakenrecht toe, doordat het na verloop van tijd mogelijk werd de bij een leenheerlijk gerecht aangebrachte zaken te verplaatsen naar een koninklijk gerecht tot aan het moment waarop het vonnis was gewezen.⁷⁵⁰

Terwijl de rechtsmacht van de koninklijke gerechten toenam, verstarde de common law. Een gewichtig moment in dit verband is de processuele starheid die ontstond als gevolg van de Second Statute of Westminster 1285.⁷⁵¹ Volgens deze Statute werden geen nieuwe writs meer uitgegeven.⁷⁵² Hierdoor werd in een groot aantal situaties geen rechtvaardig eindresultaat meer bereikt, en steeds vaker richtten gedupeerden zich dan ook tot de Koning als 'fons et origo' van het recht.⁷⁵³ De Koning werd in een dergelijk geval verzocht om tot een billijke uitkomst in de voorgelegde casus te komen. In de praktijk werden de verzoeken afgedaan door de Lord Chancellor en vanaf zeker moment werden de verzoeken

746 Fisher 1911, blz. 237.

747 Ibid.

748 Zie uitvoerig Lokin en Zwolve 1992, blz. 352-358.

749 Koppenol-Laforce 1997, blz. 6.

750 Ibid.

751 Baker 2002, blz. 56.

752 Nieuwe writs werden alleen nog uitgegeven voor op dat moment gebruikelijke én soortgelijke gevallen. Uniken Venema 1954, blz. 68 en Zwolve 2000, blz. 44.

753 Uniken Venema 1954, blz. 71 en Zwolve 2000, blz. 44.

ken van gedupeerden ook rechtstreeks aan hem gericht.⁷⁵⁴ Uiteindelijk ontwikkelde deze gang van zaken zich aan het einde van de vijftiende eeuw tot een separate rechtsingang die de Court of Chancery werd genoemd. De functie van de Court of Chancery bestond uit het aanvullen en corrigeren van de common law op basis van equity ('billijkheid') en good conscience ('geweten'). Uiteindelijk ontstonden twee rechtssystemen naast elkaar: de op het gewoonterecht gestoelde common law en de op de uitspraken van de Court of Chancery gebaseerde 'equity-rechtspraak'. Hoewel beide systemen separaat van elkaar bestonden, is de belangrijkste functie van equity gelegen in de aanvulling, ondersteuning en correctie van de common law.⁷⁵⁵

Aan de hand van de use kan de bijzondere verhouding tussen de beide systemen binnen het Engelse rechtsstelsel worden gedemonstreerd. Indien A (feoffor) zijn grond overdroeg aan B (feoffee to uses), ten behoeve van C (cestui que use), dan werd B naar common law eigenaar van de estate die A voordien hield. De common law erkende echter niet het 'recht' van C. Indien B zijn verplichting uit hoofde van de use – het beschikken over de grond ten behoeve van C – niet nakwam, stond laatstgenoemde met lege handen. In een dergelijke geval kon C een petitie aan de Lord Chancellor richten, waarin werd verzocht dat B uitvoering zou geven aan de rechtens te respecteren verplichting die hij op zich had genomen. In een dergelijk geval verzachtte equity de onredelijke gevolgen die binnen het starre systeem van de common law konden bestaan.

Op een zeker moment, aan het begin van de zestiende eeuw, leidde het veelvuldige gebruik van de use tot weerstand bij de Koning. Tegen de achtergrond van een teruglopende opbrengst van de feodale heffingen, vermeend frauduleus gebruik van de use, en vermoedelijk ook de wens om de macht van de kerk te beteugelen, deed de Statute of Uses in 1535 zijn intrede. Met deze wet werd beoogd de use af te schaffen, doordat voortaan de cestui que uses (de beneficiaries) als de legal owner van de onder trustverband gestelde onroerende zaak werden aangemerkt.⁷⁵⁶ Deze wet heeft echter nooit het beoogde effect gehad,⁷⁵⁷ maar bracht wel mee dat nadien de term 'use' in onbruik raakte en werd vervangen door de term 'trust'.⁷⁵⁸

In latere rechtspraak heeft de Court of Chancery de rechten van de beneficiaries onder een fiduciare trustrelatie nader vormgegeven en is hun rechtspositie ten opzichte van de trustee verder versterkt. Ook ten aanzien van derden werd de 'equitable interest' van de beneficiary door de equity-rechter steeds verder beschermd. Alvorens hierna nader wordt ingegaan op het trustrecht, wordt op deze plaats volstaan met enkele afrondende opmerkingen.

Na de Judicature Acts van 1873 en 1875, waarmee de wetgever door middel van een reorganisatie van de rechterlijke macht een einde trachtte te maken aan de tweedeling, is het onderscheid tussen common law-courts en equity-courts komen te vervallen. Na de her-

754 Koppenol-Laforce 1997, blz. 7, merkt op dat de Lord Chancellor op dat moment een 'dualistische functie' had, aangezien hij enerzijds de afgifte van writs beheerste en anderzijds een voorziening bood in die gevallen waarin geen writ beschikbaar was. Zie ook Zwolve 2000, blz. 45.

755 Zwolve 2000, blz. 49, maakt de belangrijke opmerking dat equity de common law vóórondersstelt.

756 Sonneveldt 2009 trekt op het punt van deze substitutie door nihil de vergelijking tussen Hendrik VIII en het APV-regime van Jan-Kees de Jager.

757 De redenen hiervoor zijn kort gezegd dat de Statute of Uses slechts gold ten aanzien van (i) onroerende zaken die onder trustverband waren gebracht, (ii) *freehold estates*, (iii) zogeheten *passive uses* en ten slotte (iv) evenmin werkte bij een *use upon a use*. Enigszins gesimplificeerd weergegeven werden bij een 'use upon a use' twee uses ingesteld, terwijl de Statute of Uses slechts één van die twee uses kon verbieden. Het eindresultaat was derhalve dat na toepassing van de wet nog steeds een use resteerde, die ook door de Court of Chancery werd gerespecteerd. Zie Bogert 1987, Ch. 1, par. 5 en Zwolve 2000, blz. 281-284.

758 Zwolve 2000, blz. 283.

ziening van de rechterlijke organisatie dienen alle rechters binnen de Supreme Court of Judicature (bestaande uit de Court of Appeal en de High Court) zowel de common law als het equity-recht toe te passen. Hoewel de High Court uit overwegingen van functionaliteit is onderverdeeld in drie divisies (Chancery Division, Queen's Bench Division en Family Division), waarbij het equity-rechtspraak in eerste aanleg⁷⁵⁹ is opgedragen aan de Chancery Division, behoort het equity-recht uitdrukkelijk ook binnen de andere gerechten te worden toegepast. In art. 49 van de Supreme Court Act 1981⁷⁶⁰ is voorts geregeld dat het equity-recht prevaleert boven de common law ingeval de beide rechtsgebieden mochten conflicteren. Tegen uitspraken van de High Court is beroep mogelijk bij de Court of Appeal.

Tot slot van deze historische beschrijving dient te worden benadrukt dat hier uitsluitend het verhaal rond de ontwikkeling van de trustfiguur in Engeland is beschreven. De ontwikkeling van de trustfiguur in de Verenigde Staten en Canada is terug te voeren op 'de receptie' van de common law en later ook equity.⁷⁶¹ Heden ten dage kan de trustfiguur, of een daarvan afgeleide rechtsfiguur, ook worden aangetroffen binnen het rechtstelsel van landen die geen directe, historische band hebben met de common law, maar die het trustrecht – doorgaans vanuit commerciële overwegingen – hebben geïmporteerd.⁷⁶²

6.3 CIVIELRECHTELIJKE KENMERKEN VAN DE ANGLO-AMERIKAANSE TRUST

6.3.1 Kern van het Anglo-Amerikaanse trustrecht

Ondanks de reeds op voorhand vaststaande imperfectie van een definitie, is het voor een goed begrip van het Anglo-Amerikaanse trustrecht instructief enkele gangbare omschrijvingen te kennen. Naast de in paragraaf 6.1 genoemde definitie van Underhill & Hayton zijn bij verschillende andere auteurs definities te vinden, waarin de kern van het Anglo-Amerikaanse trustrecht wordt beschreven. Bij Gardner kan de volgende omschrijving van 'de trust' worden gevonden:⁷⁶³

'A trust is a situation in which property is vested in someone (a trustee), who is under legally recognized obligations, at least some of which are of a proprietary kind, to handle it in a certain way, and to the exclusion of any personal interest. These obligations may arise either by conscious creation by the previous owner of the property (the settlor), or because some other legally significant circumstances are present.'

Bij Sheridan wordt de volgende definitie gevonden:⁷⁶⁴

'A trust is the relationship which arises wherever a person (called the trustee) is compelled in equity to hold property, whether real or personal, and whether by legal title or equitable title, for the benefit of some persons (of whom he may be one and who are termed beneficiaries) or for some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustees, but to the beneficiaries or other objects of the trust. There can be no trust without trust property.'

Alle opgenomen definities, inclusief die van Underhill & Hayton, zijn inhoudelijk van gelijke strekking, maar verschillen doordat het accent op verschillende onderdelen van

759 Ook hebben de lagere County Courts in sommige gevallen jurisdictie met betrekking tot zaken waarin naar equity recht dient te worden gesproken.

760 Deze bepaling vervangt het oude art. 24 van de Judicature Act van 1873.

761 Zie Uniken Venema 1954, blz. 86-108 en Bogert 1987, Ch. 1, blz. 6.

762 Zie o.a. Sheridan 1993, blz. 36-37 en Waters 1999a, blz. 118-119.

763 Gardner 2003, blz. 2.

764 Sheridan 1993, blz. 3.

de trustverhouding wordt gelegd. De definitie van Underhill & Hayton richt zich met name op de trustee en diens verplichting tot de beneficiary. Zo wordt benadrukt dat de persoon van de trustee is gehouden aan (i) een verplichting voortkomende uit het equity-recht, (ii) welke verplichting meebrengt dat hij over de trustgoederen moet beschikken ten behoeve van de beneficiaries, (iii) die deze verplichting ook kunnen afdwingen. Het is daarnaast de enige definitie die aangeeft dat het trustvermogen geen deel uitmaakt van het privévermogen van de trustee. Deze afgescheiden positie van het trustvermogen binnen het 'eigen vermogen' van de trustee komt hierna nog aan de orde.

Gardner legt in zijn omschrijving de nadruk op de verplichtingen van de trustee. Vooral interessant – zeker voor de continentale jurist – is de opmerking dat sommige rechten jegens de trustee 'of a proprietary kind' zijn. Hiermee wordt bedoeld op de afgescheiden positie van het trustvermogen en de zogeheten rechten van 'tracing'.⁷⁶⁵ Dit alles zal de continentale jurist ongetwijfeld – en zonder al te veel bezwaar – als een vorm van goederenrechtelijke werking zien.

In de definitie van Sheridan wordt het onder trustverband gestelde vermogen centraal gesteld binnen de trustverhouding. De definitie benadrukt dat de trustee (i) 'in equity' verplicht is het trustvermogen aan te houden, (ii) ten behoeve van een 'persoon' of 'een abstract doel', waarbij (iii) het trustvermogen kan bestaan uit onroerende, roerende zaken of rechten. Het is niet alleen mogelijk de 'legal title' van trustvermogen onder trustverband te brengen, maar ook een 'equitable title' kan het voorwerp van de trust vormen. De definitie eindigt met de opmerking dat een trust zonder trustvermogen onbestaanbaar is.⁷⁶⁶

De kern van het trustrecht wordt gevormd door de gelijkenissen in de drie definities en hetgeen blijkt, indien deze in onderling verband worden beschouwd. Daaruit volgt dat de Anglo-Amerikaanse trust een rechtsverhouding is waarbij in zijn totaliteit drie posities centraal staan, namelijk die van de insteller (de settlor) die zijn vermogen overdraagt aan een ander (de trustee), die over het verkregene dient te beschikken ten behoeve van een derde (de beneficiary).⁷⁶⁷ Op het eerste gezicht kan het opvallend worden genoemd, dat niet één van de hiervoor opgenomen definities alle drie de posities weergeeft. Vanuit het perspectief van het Anglo-Amerikaanse trustrecht is dit echter goed verklaarbaar. Binnen het trustrecht wordt de settlor namelijk beschouwd als iemand die, in beginsel,⁷⁶⁸ slechts een rol vervult bij de trustcreatie, om vervolgens direct uit de trustverhouding weg te vallen.⁷⁶⁹ Het trustrecht heeft zich dan ook ontwikkeld tot een rechtsgebied dat zich voornamelijk toespitst op de rechtsverhouding tussen trustee en beneficiary.

Aanvankelijk werd het recht van de beneficiary door de common law courts niet erkend, waardoor de trustee als legal owner *de facto* naar eigen inzicht over het trustvermogen kon beschikken. De beneficiaries vonden in dergelijke gevallen bij de equity-rechter wel gehoor. In de rechtspraak is de equity-rechter de belangen van de beneficiaries gaan beschermen, doordat in de trustverhouding verplichtingen werden onderkend die de trustee naar 'equity and good conscience' diende te vervullen. Deze verplichtingen van de trustee golden volgens het adagium 'equity acts in personam' als persoonlijke verplichtingen

765 Gardner 2003, blz. 13-14.

766 Underhill en Hayton 2003, blz. 26, schrijven: 'It is also an obligation relating exclusively to property. An obligation to do or to forbear from doing some act not relating to property is not a trust, whatever else it may be. A trust is 'of property'(...).'

767 Voor alle duidelijkheid wordt opgemerkt dat het niet per se om drie verschillende personen hoeft te gaan, aangezien één persoon meer dan één relatie binnen de trustverhouding kan hebben. Om die reden wordt de term 'posities' gebruikt. Zie ook Lupoi 2000, blz. 1-2.

768 De settlor kan overigens wel op diverse manieren betrokken blijven bij de trustverhouding. Zie Underhill en Hayton 2003 en Hayton 2003, blz. 135-136.

769 Oakley 2003, blz. 717.

van de trustee jegens de beneficiary. Voortschrijdende equity-rechtspraak heeft de positie van de beneficiary jegens de trustee en de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen aanzienlijk versterkt. De oorspronkelijk 'persoonlijke rechten' van de beneficiary jegens de trustee zijn uitgegroeid tot 'kwalitatieve verbintenissen met zakenrechtelijke kenmerken'.⁷⁷⁰ De positie van de beneficiary bij het trustvermogen wordt in bepaalde gevallen dan ook wel aangeduid als 'equitable ownership'. De 'eigendom' van de trustgoederen, zoals dat – rekening houdende met de verplichting daarover te beschikken ten behoeve van de beneficiaries – bij de trustee berust, vertegenwoordigt voor de trustee geen economisch belang en is een meer formeel eigendomsrecht ('legal ownership').

Het voorgaande leidt tot het voor de continentale jurist moeilijk inpasbare concept van de onderverdeling van eigendom in een 'legal title' (bij de trustee)⁷⁷¹ en een 'equitable title' (bij de beneficiaries). De continentale jurist gaat uit van een gesloten stelsel van zakenrechtelijke rechten.⁷⁷² De meeste civielrechtelijke problemen die zich bij ontmoeting met de Anglo-Amerikaanse trustfiguur voordoen, komen dan ook voort uit de 'externe werking' van de Anglo-Amerikaanse trust.⁷⁷³ Onder externe werking van de trustverhouding verstaat Kortmann:⁷⁷⁴

'(...) dat de onder trust verband vallende goederen weliswaar eigendom van de trustee zijn, maar een afgescheiden vormen, waarop zijn privé-schuldeisers geen verhaal hebben en ten aanzien waarvan ook de beneficiary rechten heeft die een bepaalde externe werking (goederenrechtelijk effect) hebben.'

Goederenrechtelijk effecten

Een eerste 'goederenrechtelijk effect' van de trustverhouding is dat de aan de trustee overgedragen trustgoederen afgescheiden blijven van zijn 'eigen vermogen',⁷⁷⁵ dat ook wel het 'separate karakter' van de trustgoederen wordt genoemd. Het is voor crediteuren van de trustee niet mogelijk zich te verhalen op de bij hem aanwezige goederen die onder trustverband zijn gesteld. Ook een faillissement van de trustee raakt de trustgoederen niet, evenmin als dat diens overlijden of echtscheiding de trustgoederen op een ander doet overgaan.⁷⁷⁶ Overigens geldt dit niet alleen ten aanzien van het oorspronkelijk ingebrachte trustvermogen, maar hierbij is tevens sprake van een vorm van 'substitutie'. Deze effecten zijn naar de maatstaven van een rechtstelsel dat op Romeinsrechtelijke leest is geschoeid, als 'goederenrechtelijk' te beschouwen.

Een tweede goederenrechtelijk kenmerk is het recht van 'tracing'. Bij onbevoegd handelen van de trustee, ook wel een 'breach of trust', beschikt de beneficiary over een aantal acties tegen eerstgenoemde. Een aantal daarvan vertoont een verbintenissenrechtelijk karakter en brengt een persoonlijke verplichting van de trustee jegens de beneficiary tot

770 Uniken Venema 1954, blz. 214-215. Zie ook Aertsen 2004, blz. 102.

771 In voorkomende gevallen kan het zijn dat de trustee niet over een legal title beschikt. Dit doet zich voor bij de aanwezigheid van een subtrust, welke ontstaat indien een beneficiary zijn equitable title overdraagt aan een trustee ten behoeve van een derde. Zie Zwolve 2000, blz. 284-285.

772 Hier past overigens een kanttekening ten aanzien van het woord 'ownership'. In het Anglo-Amerikaanse recht heeft de term 'eigendom' niet de inhoud die daaraan door continentale juristen wordt gegeven. Het Anglo-Amerikaanse recht is van oudsher in termen van 'acties' geredigeerd en gaat niet uit van een allesomvattend en absoluut eigendomsbegrip. Vraagstukken waarbij de 'eigendom' van een zaak centraal staat, worden naar Anglo-Amerikaans recht beantwoord door te kijken naar degene die 'een beter recht heeft bij de zaak'.

773 Kortmann 1996, blz. 169-193.

774 Kortmann 1996, blz. 177-178.

775 Zwolve 2000, blz. 287-289.

776 Underhill en Hayton 2003, blz. 36-37, en Aertsen 2004, blz. 16.

stand.⁷⁷⁷ Belangrijker zijn echter de mogelijkheden met een meer goederenrechtelijke signatuur. Het betreft allereerst het zogeheten recht van 'tracing the trustfund into its product'. Indien de trustee bijvoorbeeld in strijd met de bepalingen in de trustakte bepaalde trustgoederen heeft vervreemd, dan behoudt de beneficiary zijn positie ten aanzien van hetgeen bij de trustee in de plaats is gekomen van de vervreemde trustgoederen. Deze actie van tracing is gefundeerd op een substitutiegedachte, inhoudende dat hetgeen voor het trustvermogen in de plaats is gekomen eveneens van rechtswege onder trustverband is gesteld. Heeft de trustee in strijd met de trustakte aandelen gekocht met 'trustgeld', dan kan de beneficiary – gelijk hij dat ten aanzien van het 'trustgeld' kon – zijn rechten laten gelden op de aandelen. Het is bij tracing (letterlijk vertaald 'volgen') echter van groot belang dat de vervreemde goederen, of hetgeen daarvoor in de plaats is gekomen, identificeerbaar is gebleven.⁷⁷⁸ Uiteraard kan dit tot allerlei bewijstechnische problemen leiden. De equity-rechter heeft de benadeelde beneficiary de helpende hand geboden door middel van enkele bewijsregels.⁷⁷⁹

Daarnaast kan de beneficiary, indien de trustee (delen van) het trustvermogen in strijd met de bepalingen uit de trustakte aan derden heeft vervreemd de trustgoederen zelf volgen.⁷⁸⁰ De trustverhouding die op de ten onrechte vervreemde goederen rustte, gaat in wezen over op degene die de vermogensbestanddelen van de trustee heeft verkregen.⁷⁸¹ Deze derde wordt van rechtswege trustee van een zogeheten 'constructive trust',⁷⁸² waardoor het verkregene – evenals hiervoor beschreven – een separate positie inneemt binnen zijn vermogen. De constructive trustee houdt de vermogensbestanddelen voor de oorspronkelijke beneficiaries als gevolg waarvan zij hun rechten uit de oorspronkelijke trustverhouding in beginsel jegens deze derde kunnen effectueren.⁷⁸³ De derde is overigens niet als 'constructive trustee' te beschouwen, indien hij doorgaat voor 'equity's darling'.⁷⁸⁴ Hiervan is sprake, indien de derde om baat heeft verkregen en te goeder trouw was ten aanzien van de trustverhouding.⁷⁸⁵ In dat geval komt de trustverhouding op de goederen te vervallen.⁷⁸⁶

Het trustrecht heeft hiermee in de ogen van de continentale jurist ontegenzeggelijk enkele goederenrechtelijke trekken.

6.3.2 Categorisering van de diverse trustvormen

Zoals in paragraaf 1.4.1 is aangegeven, geldt dat – behoudens enkele opmerkingen die vanwege hun algemene karakter het gehele trustrecht aangaan – in het onderzoek uitsluitend de 'private express trust' wordt behandeld. Teneinde de private express trust binnen de omvangrijke categorie van trusts te kunnen plaatsen, worden de diverse trustvarianten hierna ingedeeld op basis van hun ontstaansgrond (paragraaf 6.3.2.1), het met de trustinstelling nagestreefde doel (paragraaf 6.3.2.2) en de rechten die de beneficiaries aan de

777 De beneficiary kan de rechter vragen of hij de trustee tot rekening en verantwoording van het door hem gevoerde beleid wil dwingen ('order for an account'). Ook kan de beneficiary zich tot de rechter wenden met het verzoek om de trustee te gebieden of verbieden niet (langer) in 'breach of trust' te handelen. Daarnaast kan de beneficiary de trustee aansprakelijk stellen voor geleden schade die voortvloeit uit handelingen in strijd met de trustakte.

778 Zwolve 2000, blz. 289.

779 Zie meer uitgebreid Zwolve 2000, blz. 289-294 en Aertsen 2004, blz. 48-50.

780 De continentale jurist herkent hierin gelijkenissen met het 'droit de suite'.

781 Vergelijk Zwolve 2000, blz. 286.

782 Zie hieromtrent paragraaf 6.3.2.1.

783 Koppenol-Laforce 1997, blz. 38-39 en Aertsen 2004, blz. 46.

784 Koppenol-Laforce 1997, blz. 9.

785 De eis van verkrijging om baat geldt niet in gevallen waarin de derde een 'change of position' heeft doorgemaakt, bijvoorbeeld omdat hij ten aanzien van het verkregene omvangrijke kosten heeft gemaakt. Zie Aertsen 2004, blz. 47-48.

786 Zie Koppenol-Laforce 1997, blz. 38-42 en Aertsen 2004, blz. 46-47.

trustinstelling kunnen ontleen (paragraaf 6.3.2.3). Deze drie onderscheidende elementen worden hierna toegelicht. Aan deze drie elementen wordt de eventuele herroepelijkheid van een trust als vierde element toegevoegd (paragraaf 6.3.2.4). In paragraaf 6.3.3 wordt een schematisch overzicht gegeven van de aangebrachte categorisering.

6.3.2.1 Aan de trustinstelling voorafgaande ontstaansgrond

In de eerste plaats kan ter onderscheiding van de private express trust worden gewezen op het punt van de aan de trustinstelling voorafgaande ontstaansgrond. Anders dan bij andere trustfiguren het geval is, komen de rechtsverhoudingen die als 'express trust' worden aangeduid tot stand als gevolg van een daartoe strekkende, uitdrukkelijke wilsverklaring van de insteller. Deze verklaring is een vormvrije, eenzijdige rechtshandeling. Op de instelling van een trust wordt nader ingegaan in paragraaf 6.4.1 De settlor kan de trust zowel tijdens zijn leven (*inter vivos*) als ter gelegenheid van zijn overlijden instellen (*causa mortis*). In het laatste geval wordt ook wel gesproken van een 'testamentary trust'.

De overige trustverhoudingen, te weten de 'implied trust' en de 'statutory trust', kennen een afwijkende ontstaansgrond. Respectievelijk betreft het trustverhoudingen die voortvloeien uit het (rechters)recht en trustverhoudingen die het gevolg zijn van een ingrijpen door de wetgever en zodoende voortvloeien uit de wet. Hoewel kan worden gezegd dat beide trustvarianten derhalve 'van rechtswege' ontstaan, moet als essentieel verschil worden benadrukt dat implied trusts – anders dan statutory trusts – niet langs parlementaire weg tot stand zijn gekomen.

Binnen de categorie implied trusts wordt onderscheid gemaakt tussen de zogeheten 'resulting trusts' en 'constructive trusts'.⁷⁸⁷ Een resulting trust ontstaat in die gevallen waarin de settlor weliswaar de intentie heeft gehad een trust in te stellen, maar daarbij bijvoorbeeld niet heeft beschikt over de gehele 'equitable interest' van het onder trustverband gebrachte vermogensbestanddeel. Zo kan hij vergeten zijn te beschikken over de 'remainder interest' (het recht op toekomstig bezit na afloop van de 'life interest'), nadat de 'life interest' (het gebruik en genot gedurende het leven) is geëindigd.⁷⁸⁸ In die gevallen ontstaat een resulting trust ten aanzien van de remainder interest ten behoeve van de settlor. Een constructive trust vloeit niet zozeer voort uit een expliciete of veronderstelde wil om een trust te creëren, maar ontstaat omdat 'de rechter' in bepaalde gevallen een trustverhouding aanneemt.⁷⁸⁹ De implied en statutory trusts blijven in dit onderzoek buiten beschouwing.

6.3.2.2 Het met de trustinstelling nagestreefde doel

De trustfiguur kan voor bijna alle doeleinden worden benut.⁷⁹⁰ Hayton maakt in dit verband de volgende opmerking voordat hij overgaat tot een korte – op zichzelf willekeurige – beschrijving van (zeker) vijftien verschillende trustvormen.⁷⁹¹

'The uses of trusts are almost as unlimited as the mind of man can imagine (...)'.

In deze paragraaf wordt dan ook noodzakelijkerwijs op een hoger abstractieniveau gekeken naar de doelstelling die met de trustinstelling kan worden nagestreefd. Het belang-

787 Zwalve 2000, blz. 306 en blz. 319-333. Zie over de constructive trust, Oakley 1997.

788 In dat geval heeft de settlor uitsluitend opgenomen: 'to A or life' en niets bepaald voor als A overlijdt.

789 Hiervoor zagen wij reeds een constructive trust ontstaan bij de trustee die in breach of trust handelde. Een constructive trust kan worden aangenomen in relaties die als een 'fiduciary relationship' kunnen worden aangemerkt. Zie Zwalve 2000, blz. 320-330 en Pallandt 1992, blz. 23-64.

790 Hier geldt wel een beperking voor trusts die een doel hebben dat in strijd is met de wet en de openbare orde. Voorts kan een trustinstelling nietig zijn wanneer deze in strijd komt met specifieke regels ter bescherming van o.a. crediteuren en erfgenamen. Zie Hayton 1996, blz. 29.

791 Hayton 1996, blz. 33.

rijkste onderscheid dat kan worden aangebracht is dat tussen 'private and public trusts'. Bij een private trust staat het behartigen van de belangen van één of meer bepaalde of bepaalde beneficiaries centraal.⁷⁹² De meest traditionele verschijningsvorm van de private trust is de 'family trust', bij welke trustvorm het beschermen van het familievermogen en het verzorgen van de financiële positie van familieleden op de voorgrond staan.⁷⁹³

In de loop der jaren is de private trust echter voor diverse, uiteenlopende doeleinden gebruikt. Zo kunnen private express trusts worden gevonden waarin pensioenaanspraken ('pension trusts')⁷⁹⁴ of gezamenlijke beleggingen ('Unit Investment Trusts')⁷⁹⁵ zijn ondergebracht, trusts die als ter meerdere zekerheid verschillende functies vervullen in een financieringstransactie⁷⁹⁶ en trusts waarin commerciële activiteiten worden ontplooid.⁷⁹⁷

Daarentegen is een public trust juist niet in het leven geroepen ten behoeve van één of meer beneficiaries. Overigens betekent de afwezigheid van beneficiaries dat de trustee niet alleen de legal title, maar ook de equitable title van het trustvermogen bezit.⁷⁹⁸ Voorbeelden van deze trustfiguur zijn de 'charitable trust' en de 'honorary trust'. Bij de eerste trustvorm wordt een 'goed doel' nagestreefd en bij de laatste een 'abstract doel', zoals het in stand houden van een monument.

6.3.2.3 De rechtspositie van de beneficiaries

Een belangrijk onderscheid binnen de categorie private express trusts, zeker ook voor de fiscaliteit, is terug te voeren op de door de beneficiaries aan de trustinstelling te ontlelen rechtspositie. Aan het complex van rechten en verplichtingen dat voortvloeit uit de trustinstelling kunnen de beneficiaries inhoudelijk uiteenlopende rechtsposities ontlelen. De inhoud van de rechtspositie van de beneficiaries wordt in belangrijke mate bepaald door de wil van de settlor bij de trustinstelling alsmede door de strekking van de gekozen trustvorm.⁷⁹⁹

Zonder in te gaan op de vele subtiliteiten die samenhangen met de diverse trustaanspraken, kan een tweedeling worden aangebracht tussen 'fixed trusts' en 'discretionary trusts'. Een trust wordt aangemerkt als een fixed trust, indien sprake is van:⁸⁰⁰

'(...) a trust in which a beneficiary has a current fixed entitlement to an ascertainable part of the net income, if any, of the trust fund after deduction of sums paid by the trustees in the exercise of their administrative powers of management: the beneficiary has an interest in possession under the trust.'

In deze definitie ligt sterk de nadruk op het feit dat de beneficiaries een 'interest in possession' verkrijgen, hetgeen inhoudt dat zij (een deel van) de inkomsten uit het trustvermogen tegemoet kunnen zien, zonder dat de trustee hierin verandering kan brengen. Voor de beneficiaries van een 'fixed trust' is derhalve sprake van een 'bepaalde of bepaalde aanspraak'.

De discretionary trust wordt, aan de hand van de rechtspositie van een beneficiary, als volgt omschreven:⁸⁰¹

792 Vergelijk Zwolve 2000, blz. 300-301.

793 Zie Hayton 1996, blz. 33 en Aertsen 2004, blz. 54.

794 Zie Hayton 1996, blz. 39-40 en Aertsen 2004, blz. 55.

795 Zie Hayton 1996, blz. 42-43 en Aertsen 2004, blz. 55.

796 Zie Hayton 1996, blz. 44-48 en Aertsen 2004, blz. 57-60.

797 Zie Zwolve 2000, blz. 351-355, Danon 2004, blz. 24 en Aertsen 2004, blz. 556.

798 Zie Zwolve 2000, blz. 301 en Hayton 1996, blz. 37-38.

799 Zwolve 2000, blz. 340-341

800 Underhill en Hayton 2003, blz. 63.

801 Underhill en Hayton 2003, blz. 63.

'(...) a trust in which a beneficiary has no such absolute current right to direct the trustees to pay him an ascertainable part of the net income. Typically this is the case where a beneficiary will receive income only if the trustees positively decide to carry out their duty to distribute income by favouring him rather than another member of the class of potential beneficiaries.'

De beneficiaries van een discretionary trust kunnen geen trustgoederen of -inkomsten opeisen; de beneficiaries van een discretionary trust hebben uitsluitend het 'recht' om als potentiële begunstigde te worden gezien door de trustee.⁸⁰²

Overigens wordt in deze definities sterk de nadruk gelegd op de gerechtigdheid tot het inkomen uit het trustvermogen ('income'), waardoor een beperkte uitleg aan de begrippen 'fixed' en 'discretionary' wordt gegeven.⁸⁰³ Uiteraard kan ook van een fixed trust worden gesproken, indien de beneficiary 'rechten' kan doen gelden ten aanzien van de trustgoederen zelve ('principal'). Andere auteurs leggen bij het onderscheid tussen 'fixed' en 'discretionary' de nadruk op de beleidsvrijheid en bevoegdheden van de trustee, waarvan de aan de beneficiaries toekomende 'rechten' – in belangrijke mate – afhankelijk zijn.⁸⁰⁴

6.3.2.4 De (on)herroepelijkheid van een trust

Ten slotte wordt bij de rubricering van trustvarianten onderscheid gemaakt naar de herroepelijkheid van de trustinstelling. In beginsel kan een trustinstelling niet meer worden herroepen, ook niet wanneer latere omstandigheden ertoe nopen dat de settlor zelf het ingebrachte vermogen nodig heeft.⁸⁰⁵ De vermogensbestanddelen hebben bij de overdracht aan de trustee definitief zijn vermogen verlaten. Na de trustinstelling verdwijnt de settlor – in die hoedanigheid – van het toneel.

Het voorgaande lijdt slechts uitzondering, indien de settlor zich bij de trustinstelling het recht heeft voorbehouden om de trustcreatie te herroepen ('power to revoke').⁸⁰⁶ In dat geval kan de settlor – gedurende zijn leven⁸⁰⁷ – het op het vermogen rustende trustverband wegnemen. De settlor kan de power to revoke niet overdragen aan een ander, maar wel – al dan niet gezamenlijk – aan een ander toekennen.⁸⁰⁸ Voorts kan zijn bepaald dat de settlor slechts met instemming van een ander tot herroeping kan overgaan. Het recht om de trust te herroepen heeft overigens geen terugwerkende kracht.⁸⁰⁹ Alle vóór de herroeping uitgekeerde bedragen komen blijvend toe aan de beneficiaries. Het is bij herroeping overigens niet zonder meer gezegd dat de trustgoederen ook aan de settlor terugkeren. Aan wie de trustgoederen bij herroeping toekomen, hangt af van hetgeen daaromtrent in de trustakte is bepaald. Ten slotte wordt opgemerkt dat de power to revoke mede geacht wordt het recht te omvatten om de trustverhouding aan te passen.⁸¹⁰

802 Aertsen 2004, blz. 24.

803 Sonneveldt 2000a, blz. 29.

804 Zie o.a. Oakley 2003, blz. 41 en Watt 2003, blz. 100.

805 Zie Thomas en Hudson 2004, blz. 32.

806 In het trustrecht van enkele Amerikaanse staten is overigens een omgekeerde ontwikkeling gaande. De trustfiguur wordt geacht herroepbaar te zijn, tenzij de onherroepelijkheid uitdrukkelijk in de trustakte is neergelegd. Zie Andersen 2003, blz. 92 en Danon 2004, blz. 30.

807 Bij het overlijden van de settlor vervalt de herroepingsmogelijkheid. Een revocable trust wordt om deze reden ook wel een 'living trust' genoemd.

808 Bogert 1987, Sec. 148 en Halbach jr. 2000, blz. 181.

809 Danon 2004, blz. 32 en Hayton e.a. 1999, blz. 63.

810 Andersen 2003, blz. 93. Overigens geldt in zekere zin ook het omgekeerde. Een 'unrestricted power to modify or amend the trust' kan geacht worden de 'power to revoke' te omvatten. Zie ook Halbach jr. 2000, blz. 181.

6.3.3 Schematisch overzicht trustvormen

Het voorgaande kan als volgt schematisch worden weergegeven:

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

6.4 ALGEMENE CIVIELRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DE PRIVATE EXPRESS TRUST

6.4.1 Het creëren van een private express trust

De trustcreatie is een vormvrije handeling, waarbij de settlor aan de trustee elke gewenste (beheers)verplichting kan opleggen, mits deze niet in strijd is met de wet, de openbare orde en de goede zeden.⁸¹¹ In de praktijk is het opstellen van een omvangrijke trustakte overigens zeer gebruikelijk. Het is in bepaalde gevallen echter wel noodzakelijk ter gelegenheid van de trustinstelling enkele formaliteiten te vervullen.⁸¹²

De settlor kan op twee manieren vermogensbestanddelen onder trustverband brengen en op die wijze een express trust creëren.⁸¹³ In de eerste plaats kan hij daartoe vermogensbestanddelen overdragen aan een trustee ('transfer in trust'). Bij deze handeling dienen de leveringsformaliteiten te worden vervuld die samenhangen met de vereisten voor overdracht van het desbetreffende vermogensbestanddeel dat als trustgoed gaat fungeren.⁸¹⁴ Hoewel sprake is van een overdracht, is de trustinstelling een eenzijdige rechtshandeling, en derhalve is geen sprake van een overeenkomst tussen settlor en trustee.⁸¹⁵ Uiteraard staat het de trustee vrij de vermogensoverdracht en de daarmee samenhangende verplichtingen te verwerpen.⁸¹⁶ Ook in dat geval ontstaat echter een trustverhouding. Volgens de equity-maxime 'trusts never fail for want of a trustee' komt ook in dat geval een trust tot stand.⁸¹⁷

In de tweede plaats kan de settlor op enig moment besluiten aan hem toebehorende vermogensbestanddelen voortaan 'als trustee' ten behoeve van een derde te houden. In dat

811 Andersen 2003, blz. 83, Underhill en Hayton 2003, blz. 73 e.v. en Watt 2003, blz. 108-109.

812 Bijvoorbeeld in het geval onroerende zaken onder trustverband worden geplaatst, of bij de creatie van een testamentary trust. Zie Gardner 2003, blz. 80-99 en Hayton 2003, blz. 129-131.

813 Watt 2003, blz. 124-131.

814 Zwalve 2000, blz. 310-311.

815 Lupoi 2000, blz. 4.

816 Zwalve 2000 blz. 312.

817 Andersen 2003, blz. 91, Underhill en Hayton 2003, blz. 77 en Watt 2003, blz. 377.

geval is geen sprake van een overdracht van vermogen, maar wordt door middel van een 'declaration of trust' een deel van het vermogen van de settlor afgezonderd als trustvermogen.⁸¹⁸ De settlor neemt in dit geval tevens de positie in van trustee. De settlor dient overigens duidelijk aan te kunnen tonen dat ook daadwerkelijk een trustinstelling werd beoogd.⁸¹⁹

Bij het instellen van een rechtsgeldige express trust dienen de zogeheten 'three certainties' ('bepaalbaarheden') te zijn vervuld.⁸²⁰ Het gaat daarbij om de:

1. 'certainty of intention' (bepaalbaarheid van de wil van de settlor om een trustverhouding in het leven te roepen);
2. 'certainty of subject matter' (bepaalbaarheid van het trustvermogen); en
3. 'certainty of object matter' (bepaalbaarheid van de beneficiaries).

De aanwezigheid van de drie bepaalbaarheden, die hierna separaat worden behandeld, wordt door de rechter niet geïsoleerd, maar juist in onderling verband beoordeeld.⁸²¹ Zo leidt het ontbreken van the certainty of object/subject matter doorgaans ook tot de conclusie dat de rechter geen certainty of intention kan aannemen. Indien niet is voldaan aan deze drie voorwaarden, ontstaat van rechtswege een resulting trust ten behoeve van de settlor.

Ad 1) Certainty of intention

Bij de 'certainty of intent' draait het om de vaststelling van de wil aan de zijde van de settlor om een trustverhouding te creëren. Deze intentie hoeft niet uit een akte of een ander bewijsmiddel te blijken.⁸²² Ook is het gebruik van specifieke bewoordingen, zoals 'trustee' en 'beneficiary', niet vereist.⁸²³ Bij de bepaling van de werkelijke bedoelingen van de settlor is het uiteraard van belang om na te gaan of hij ook op kenbare wijze uiting heeft gegeven aan deze wil.⁸²⁴

De vaststelling van de wil van de settlor om een trust te creëren, is overigens niet alleen van belang voor het beoordelen van de rechtsgeldigheid van een trustverhouding, maar dient eveneens te worden gezien als instrument voor de afbakening van de trustfiguur ten opzichte van andere Anglo-Amerikaanse rechtsfiguren.⁸²⁵

Ad 2) Certainty of subject matter

Anders dan de term wellicht doet vermoeden, heeft de eis van 'certainty of subject matter' betrekking op de vaststelling van het trustvermogen en niet op de beneficiaries. De voorwaarde dat het trustvermogen bepaalbaar is, raakt de kern van de trustverhouding. Zonder deze vaststelling zou het immers voor de trustee of rechter niet mogelijk zijn uitvoering te geven aan de trustverhouding.⁸²⁶ De eis van bepaalbaarheid van het trustvermogen brengt mee dat vage omschrijvingen, zoals 'het grootste gedeelte van mijn vermogen', niet tot een geldige trust kunnen leiden.⁸²⁷ Ook in het geval waarin S(ettlor) vijftien van zijn dertig flessen Chateau Lafite 1982 aan T(rustee) overdraagt ten behoeve van B(eneficiary), komt geen rechtsgeldige trust tot stand, omdat niet duidelijk is welke flessen het

818 Hayton 1996, blz. 26, Watt 2003, blz. 125 en Aertsen 2004, blz. 20.

819 Watt 2003, blz. 125.

820 Hayton 2003, blz. 74 en Watt 2003, blz. 84.

821 Watt 2003, blz. 106 en Thomas en Hudson 2004, blz. 56.

822 Afgezien van de leveringsformaliteiten, en behoudens in specifieke gevallen – zoals bij het instellen van een testamentary trust – behoeven immers geen formaliteiten te worden vervuld.

823 Hier geldt de equity-maxime 'equity regards the intention rather than the form'. Underhill en Hayton 2003, blz. 75.

824 Underhill en Hayton 2003, blz. 76 en Thomas en Hudson 2004, blz. 24.

825 Hayton 2003, blz. 77-80 bespreekt de afbakening ten opzichte van de rechtsfiguren *agency*, *bailment* en *contract* worden besproken.

826 Gardner 2003, blz. 186.

827 Gardner 2003, blz. 188, Watt 2003, blz. 92-93.

betreft.⁸²⁸ Indien de settlor echter de bedoeling heeft zaken met een generiek karakter onder trustverband te brengen, zoals geld en aandelen, lijkt de rechter toch een trustverhouding aan te nemen.⁸²⁹

Een ander aspect dat besloten ligt in de certainty of subject matter is dat duidelijk moet zijn welke beneficiaries aanspraak maken op welk gedeelte van het trustvermogen.⁸³⁰ Indien wel voldoende duidelijk is welke vermogensbestanddelen onder trustverband zijn gebracht, kunnen desalniettemin bij de latere uitvoering van de trust onduidelijkheden opkomen. Stel dat X vier huizen onder trustverband plaatst ten behoeve van zijn vrouw A gedurende haar leven. Na het overlijden van A komen de huizen toe aan dochter B en C, waarbij ieder van hen twee huizen krijgt. X heeft echter bepaald dat B twee huizen naar keuze ontvangt en C de twee resterende krijgt. Indien A komt te overlijden voordat B een keuze heeft gemaakt, is de trust ongeldig, vanwege de onbepaalbaarheid van het trustvermogen.⁸³¹

Ten slotte kan worden opgemerkt dat in beginsel alle goederen die overdraagbaar zijn ook onder trustverband kunnen worden gesteld.⁸³² Niet alleen zaken, maar ook vermogensrechten en zelfs equitable interests kunnen 'trustgoederen' zijn. Toekomstige goederen kunnen daarentegen niet onder trustverband worden gebracht.⁸³³

Ad 3) Certainty of object matter

De certainty of object matter stelt de rechtsgeldigheid van de trust afhankelijk van het antwoord op de vraag of de beneficiaries bepaald of voldoende bepaalbaar zijn. Wederom is de achterliggende gedachte dat de trustee zijn taken moet kunnen uitvoeren en dus dient vast te staan 'wie' recht heeft op welk gedeelte van het trustvermogen. Het dient derhalve duidelijk te zijn ten behoeve van welke personen de settlor zijn vermogen onder trustverband heeft gesteld. Watt merkt over de achtergrond hiervan het volgende op:⁸³⁴

'The reason is simple: an owner cannot dispose of the benefit of his property in favour of "nobody", so either he makes a disposition to "somebody" (...) or he makes no disposition at all.'

Het vereiste van de certainty of object matter wordt bij fixed trusts anders toegepast dan bij discretionary trusts. Aangezien in het geval van een fixed trust de toekomstige verdeling van het trustvermogen reeds op voorhand is bepaald, dient de trustee in beginsel een uitputtende lijst met beneficiaries op te kunnen stellen.⁸³⁵ In sommige gevallen is dit echter ten tijde van de trustinstelling niet mogelijk, zoals in het geval dat door A een fixed trust wordt ingesteld 'for B for life remainder to my children'. Ook al kan in die situatie nog geen uitputtende lijst met begunstigden worden opgesteld, de begunstigden zijn toch voldoende bepaalbaar. Uiteindelijk is dan ook voldoende dat de trustee, uiterlijk op het moment waarop uitkeringen dienen te worden gedaan, in staat is een lijst op te stellen met alle tot het trustvermogen en -inkomen gerechtigde beneficiaries.⁸³⁶

828 Voorbeeld ontleend aan Hayton 2003, blz. 84-85.

829 Zie Gardner 2003, blz. 186-188 en Hayton 2003, blz. 85-86.

830 Watt 2003, blz. 92-93. Deze voorwaarde geldt uit de aard der zaak niet bij discretionary trusts, aangezien het specifieke karakter daarvan meebrengt dat niet vaststaat welke beneficiaries een uitkering uit de trust ontvangen. Zie Aertsen 2004, blz. 23.

831 Hayton 2003, blz. 86 en Watt 2003, blz. 92-93.

832 Aertsen 2004, blz. 23.

833 Zwolve 2000, blz. 285.

834 Watt 2003, blz. 98.

835 Watt 2003, blz. 99.

836 Underhill en Hayton 2003, blz. 84 e.v. Overigens rust op de trustee in bepaalde gevallen een onderzoeksplicht om na te gaan of A nog meer kinderen heeft. Zie Watt 2003, blz. 99-100.

Alhoewel het logisch voorkomt dat de eerder beschreven regel ter bepaling van het aantal beneficiaries niet kan functioneren ten aanzien van discretionary trusts,⁸³⁷ heeft deze echter aanvankelijk ook gegolden bij discretionary trusts.⁸³⁸ De verklaring hiervoor is dat, evenals bij fixed trusts, de rechter geroepen zou kunnen worden om uitvoering te geven aan een discretionary trust. In dat geval zou de rechter in wezen niet anders kunnen dan, volgens de equity-maxime 'Equality is equity', op basis van een uitputtende lijst beneficiaries het trustvermogen uit te keren.⁸³⁹

In de zaak *McPhail v. Doulton*⁸⁴⁰ werd deze regel voor discretionary trusts verlaten. Sindsdien is bij een discretionary trust de zogeheten 'individual ascertainability test' van toepassing.⁸⁴¹ De maatstaf die wordt aangelegd, komt neer op een beoordeling per geval. Ten aanzien van iedere potentiële beneficiary dient de trustakte dermate duidelijk te zijn dat kan worden bepaald of de kandidaat/beneficiary die zich bij de trustee meldt in aanmerking komt voor een uitkering uit de trust. Uiteindelijk is een discretionary trust dan ook rechtsgeldig tot stand gekomen, indien van een persoon kan worden gezegd of zij wel of niet tot de klasse van begunstigden behoort.⁸⁴² Hieraan is niet voldaan, indien de trustakte ten aanzien van de omschrijving van de klasse van beneficiaries conceptuele onduidelijkheden bevat. Zo is een omschrijving van de klasse van begunstigden in de zin van: 'for such people and institutions as they think have helped me or my late husband' zodanig onduidelijk, dat de trustee, noch de rechter op een goede manier uitvoering kan geven aan de trustverhouding.⁸⁴³

Een voorwaarde die nauw verband houdt met de certainty of object matter betreft de eis dat de trust 'administratively workable' is.⁸⁴⁴ In het geval de rechter, bijvoorbeeld omdat de trustees hun taken niet naar behoren vervullen, uitvoering moet geven aan de trustverhouding, dient hij dit op een rechtvaardige wijze te kunnen doen. Een basisvoorwaarde daarbij is dat de rechter in redelijkheid uitvoering moet kunnen geven aan de trustverhouding, hetgeen niet het geval is wanneer de trust administratief onwerkbaar is. Dit kan zich voordoen indien de klasse van beneficiaries weliswaar eenduidig is omschreven, maar het eenvoudigweg onmogelijk is hieraan uitvoering te geven.⁸⁴⁵ Zo is een discretionary trust met ruim tweeëneenhalf miljoen begunstigden administratief onwerkbaar.⁸⁴⁶

6.4.2 Beperkingen bij het instellen van een express trust

De instelling van een trust brengt mee dat de onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen voor een zekere periode aan het reguliere handelsverkeer zijn onttrokken. Enkele regels proberen de nadelige gevolgen te voorkomen die in een dergelijke situatie kunnen ontstaan. Deze regels voorkomen tevens dat een settlor al te ver over zijn graf heen zou kunnen regeren.⁸⁴⁷ De in dit verband beperkende regels zijn bekend als de 'rule against perpetuities', alsmede de daarop voortbordurende 'rule against inalienability' en

837 De settlor heeft de beneficiaries immers bewust geen vaststaande of gelijke aanspraken gegeven.

Lord Wilberforce in de hierna te bespreken zaak *McPhail v. Doulton* merkt op: 'Equal division is surely the last thing the settlor ever intended'.

838 Underhill en Hayton 2003, blz. 85 en Watt 2003, blz. 100.

839 Underhill en Hayton 2003, blz. 85 en Watt 2003, blz. 100.

840 *McPhail v. Doulton* [1971] AC 424. Zie uitgebreid Underhill en Hayton 2003, blz. 85-91.

841 Underhill en Hayton 2003, blz. 85-89 en Watt 2003, blz. 102.

842 Underhill en Hayton 2003, blz. 86 en Watt 2003, blz. 104.

843 Underhill en Hayton 2003, blz. 89-90 en Watt 2003, blz. 103-107.

844 Underhill en Hayton 2003, blz. 91-93 en Watt 2003, blz. 104.

845 Lord Wilberforce overweegt in *McPhail v. Doulton*: 'I hesitate to give examples for they may prejudice future cases, but perhaps 'all the residents of Greater London' will serve.'

846 Underhill en Hayton 2003, blz. 93 (voetnoot 7).

847 Hayton 2003, blz. 104.

'rule against accumulations'. Overigens kunnen deze beperkingen per trustland onderling aanmerkelijk verschillen.⁸⁴⁸ In zekere zin is op dit punt sprake van concurrentie tussen trustlanden, die vanuit commerciële overwegingen een zo aantrekkelijk mogelijk trustregime proberen aan te bieden.

Rule against perpetuities

De 'rule against perpetuities', ook wel de 'rule against the remoteness of vesting' genoemd, houdt globaal gesproken in dat alle equitable interests die afhankelijk zijn van een opschortende voorwaarde of tijdsbepaling moeten vaststaan (*vested*) voor het einde van de 'perpetuity period'.⁸⁴⁹ De duur van de perpetuity period is traditioneel gemaximeerd tot de lengte van de levensduur van iemand die ten tijde van de trustcreatie reeds in leven is, vermeerderd met 21 jaar. Onder de Perpetuities and Accumulations Act 1964 wordt echter een eenvoudig hanteerbare periode van 80 jaar vanaf het moment van instelling toegestaan.⁸⁵⁰ Het dient dus uiterlijk aan het einde van die periode duidelijk te zijn of een begunstigde wel of geen aanspraak op het trustvermogen heeft verkregen.⁸⁵¹ Staat een aanspraak op dat moment niet vast, dan wordt deze geacht nooit te zijn toegekend. Heeft niemand aan het einde van de perpetuity period een equitable interest verkregen, dan is de trust nietig.⁸⁵²

Rule against inalienability

De 'rule against inalienability' is een regeling die de onvervreemdbaarheid van het trustvermogen aan banden legt. Bij de trustinstelling kan door de settlor worden bepaald dat bepaalde goederen niet mogen worden vervreemd.⁸⁵³ Om het maatschappelijke en economische verkeer niet al te zeer te frustreren, doordat de onder trustverband gestelde goederen voor een ongelimiteerde periode aan het handelsverkeer zouden worden onttrokken, dienen deze goederen na ommekomst van een zekere periode voor een ander doel dan de trust te kunnen worden aangewend. De rule against inalienability schrijft dan ook voor dat de trustgoederen 21 jaar na de dood van de laatste in de trustakte genoemde persoon, die reeds ten tijde van de trustinstelling in leven was, weer vrij beschikbaar moeten komen ten gunste van de beneficiaries.⁸⁵⁴

Rule against accumulation

Ten slotte voorkomt de zogeheten 'rule against accumulation' dat de inkomsten uit het trustvermogen voor onbeperkte periode aan het trustvermogen zouden worden toegevoegd.⁸⁵⁵ In art. 164 en 165 van de Law of Property Act 1925 wordt een viertal perioden

848 Zie Lupoi 2000, blz. 255-257. Het overzicht geeft aanzienlijke verschillen per trustland weer ten aanzien van de perpetuity period.

849 Zie uitgebreid Underhill en Hayton 2003, blz. 189-203, Zwolve 2000, blz. 140-144 en Watt 2003, blz. 194-202.

850 Naast deze eenvoudig hanteerbare regel kent de Perpetuities and Accumulation Act 1964 ook nog een derde, meer gecompliceerde methode ter berekening van de perpetuity period. Zie Watt 2003, blz. 195.

851 Hayton 2003, blz. 105-106.

852 Zie o.a. Lupoi 2000, blz. 108 en Aertsens 2004, blz. 30.

853 Doorgaans doet zich dit uitsluitend voor bij de 'non-charitable purpose trusts' (honorary trusts). Zie Gardner 2003, blz. 43-44, Hayton 2003, blz. 104-105 en Watt 2003, blz. 202.

854 Zie Watt 2003, blz. 195 en 202. Gardner 2003, blz. 44, merkt op dat in het geval van een non-charitable purpose trust deze periode op 21 jaar neer komt, nu in de trustakte geen personen, maar slechts het aangewezen doel wordt genoemd.

855 De achtergrond van deze regel is terug te voeren op de door de heer Thellusson ingestelde testamentary trust, waarbij het inkomen werd toegevoegd aan het trustkapitaal voor drie generaties lang. In het pleidooi van de weduwe voor the House of Lords wordt het testament omschreven als: 'morally vicious (...) politically injurious (...) and by the time, when the accumulation shall end, it will have created a fund, the revenue of which will be greater than the civil list [het geld dat benodigd is om de Koninklijke uitgaven te dekken]; and will therefore give its possessor the means of disturbing the whole economy of the country'. Dit mocht echter niet baten, de trust was destijds geldig. Zie Watt 2003, blz. 203.

genoemd, waaruit kan worden gekozen als toegelaten 'accumulation period'.⁸⁵⁶ Ingevolge art. 13 van de Perpetuities and Accumulation Act 1964 worden daaraan nog eens twee mogelijke perioden toegevoegd. De trustee kan derhalve na het verstrijken van de gekozen periode⁸⁵⁷ geen inkomsten die zijn opgekomen uit het trustvermogen meer bijschrijven bij het trustvermogen, aangezien deze handeling als nietig wordt aangemerkt en de beneficiaries direct tot het trustinkomen gerechtigd zijn.⁸⁵⁸

6.4.3 De beëindiging van een express trust

De trustverhouding houdt op te bestaan na het verstrijken van de in de trustakte neergelegde einddatum.⁸⁵⁹ Daarnaast eindigt een trustrelatie op het moment waarop het beoogde doel is verwezenlijkt, of niet (meer) kan worden verwezenlijkt. Het laatste is uit de aard der zaak aan de orde, indien geen beneficiaries meer aanwezig (zullen) zijn, dan wel wanneer de trustee niet langer over trustgoederen beschikt.⁸⁶⁰

Daarnaast kan de trustverhouding op instigatie van alle beneficiaries gezamenlijk worden beëindigd. Indien alle beneficiaries *sui juris* zijn (meerderjarig en handelingsbekwaam), en overeenstemming hebben bereikt over de wijze waarop het trustvermogen tussen hen moet worden verdeeld, dan kunnen zij zich tot de trustee wenden met de mededeling dat zij – overeenkomstig de voorgestelde verdeling – de overdracht van de legal title eisen. Aanvullende voorwaarde daarbij is dat de beneficiaries gezamenlijk de gehele beneficial interest dienen te houden.⁸⁶¹

De mogelijkheid voor alle beneficiaries om beëindiging van de trust te verlangen, is afkomstig uit de zaak *Saunders v. Vautier*.⁸⁶² De achterliggende reden voor deze regel is tweeërlei.⁸⁶³ In de eerste plaats wordt de trustee binnen de klassieke visie van het equity-recht primair gezien als degene die een redelijke afweging dient te maken tussen de verschillende belangen van de beneficiaries. Indien alle beneficiaries het echter eens zijn over de verdeling van het trustvermogen, is de rol van de trustee – en dus het trustverband – in wezen overbodig.

In de tweede plaats is de vrijwillige trustinstelling naar de maatstaven van het equity-recht te vergelijken met een gift. Had de settlor de vermogensbestanddelen niet onder trustverband gebracht, maar rechtstreeks geschonken, dan had hij evenmin kunnen bepalen hoe de begunstigten met het geschonkene zouden zijn omgegaan. In deze visie wordt aan de belangen van de settlor weinig betekenis toegekend. In de Verenigde Staten wordt overigens meer rekening gehouden met het door de settlor nagestreefde doel.⁸⁶⁴ Ook in het geval alle beneficiaries *sui juris* zijn en het trustverband wensen op te heffen, kan bij de aanwezigheid van een andersluidende bedoeling van de settlor de beëindiging van de trust toch worden geweigerd.⁸⁶⁵

856 Zie ook het rapport van de Law Commission, waarin is voorgesteld om de rule against accumulations de facto buiten werking te stellen, op 125 jaar te stellen, dan wel af te schaffen. Zie www.lawcom.gov.uk/docs/lc251.pdf.

857 Ruwweg komen de *accumulation periods* op het volgende neer. Een periode van 21 jaar na de instelling van de trust dan wel het overlijden van de settlor, dan wel de periode gedurende welke minderjarige kinderen nog niet meerderjarig zijn geworden. Zie Watt 2003, blz. 204.

858 Watt 2003, blz. 204 en Underhill en Hayton 2003, blz. 208-209.

859 Bogert 1987, § 149, blz. 532.

860 Hallbach jr. 2000, 189-190. Zie ook art. VIII van de Principles of European Trust Law in Hayton e.a. 1999.

861 Pettit 2009, blz. 76 en Oakley 2003, blz. 717.

862 *Saunders v. Vautier* (1814) 4 Beav. 115.

863 Zie Oakley 2003, blz. 717.

864 In dat verband wordt wel gesproken van de 'Claffin-doctrine'. Zie Hallbach jr. 2000, blz. 183.

865 In dat verband wordt gesproken van een 'material purpose' van de settlor. Zie Watt 2003, blz. 31-32 en Hallbach jr. 2000, blz. 180-187.

De 'rule' uit *Saunders v. Vautier* illustreert de fixatie van het trustrecht op de relatie tussen de trustee en de beneficiary en geeft aan dat een gering belang toekomt aan de positie van de settlor. De door de beneficiaries afgesproken verdeling mag namelijk afwijken van de door de settlor gewenste verdeling. Daarenboven mag de beneficiary bij toepassing van deze rule afwijken van door de settlor aan de uitkering gestelde voorwaarden, zoals het bereiken van een bepaalde leeftijd.⁸⁶⁶ Ook in het geval de beneficiary slechts de enige aanwezige begunstigde is, beschikt hij over de mogelijkheid de uitkering van het trustvermogen af te dwingen.⁸⁶⁷ Voorts biedt deze regel aan alle beneficiaries gezamenlijk de mogelijkheid om bepalingen in de trustakte te wijzigen.⁸⁶⁸

Aanvankelijk leek de rule slechts toepasbaar op fixed trusts. Inmiddels is echter duidelijk dat deze regel ook van toepassing is op discretionary trusts. Bij discretionary trust is evenwel de mogelijkheid aanwezig dat nieuwe equitable interests ontstaan, zodat de beneficiaries niet kunnen overgaan tot het beëindigen van de trustverhouding.⁸⁶⁹

Ten slotte kan de trustverhouding ook worden beëindigd door de trustee of een derde, indien aan hem een 'power to terminate' is verleend in de trustakte,⁸⁷⁰ dan wel in het geval de settlor zich bij de trustinstelling een 'power to revoke' heeft voorbehouden.⁸⁷¹

6.4.4 Sham trusts

In bepaalde gevallen wordt het bestaan van een trust, die naar de uiterlijke vorm op correcte wijze lijkt te zijn ingesteld, naar privaatrechtelijke maatstaven nietig geacht.⁸⁷² Hiervan is sprake indien de settlor niet de intentie heeft gehad om een trustverhouding in het leven te roepen, maar bijvoorbeeld om diens (eventuele) crediteuren te benadelen.⁸⁷³ In dat geval ontbreekt eenvoudigweg de certainty of intention en wordt gesproken van een 'total sham'.⁸⁷⁴ Bij de aanwezigheid van een sham trust wordt de trustee geacht de vermogensbestanddelen te houden voor de settlor, waardoor de goederen vatbaar zijn voor claims van crediteuren van de settlor.⁸⁷⁵

Voorts kan worden gesproken van een sham – maar dan een 'partial sham'⁸⁷⁶ – in die gevallen waarin de trustinstelling geen economische verschuiving teweeg heeft gebracht.⁸⁷⁷ Hiervan is bijvoorbeeld sprake, indien de settlor tevens trustee en beneficiary is van een door hemzelf in het leven geroepen trustverhouding.⁸⁷⁸ Een 'partial sham' kan ook in meer geraffineerde vormen voorkomen en worden aangenomen, indien de trust formeel op rechtsgeldige wijze lijkt te zijn gecreëerd, maar de settlor in plaats van de beneficiaries in wezen alle rechten op het trustvermogen heeft behouden.⁸⁷⁹

866 Zie Oakley 2003, blz. 718.

867 Pettit 2009, blz. 80 en Oakley 2003, blz. 717.

868 In dit geval wordt wel gesproken van 'variation of trusts'. Zie Gardner 2003, blz. 221. Overigens beschikken de beneficiaries in het Verenigd Koninkrijk, indien de rule van *Saunders v. Vautier* niet opgaat, bijvoorbeeld vanwege de aanwezigheid van een minderjarige beneficiary, nog over de mogelijkheid de bepalingen van de trust te wijzigen met behulp van een rechterlijke machtiging op basis van de Variation of Trusts Act 1958.

869 Pettit 2009, blz. 80 en Oakley 2003, blz. 717-719.

870 Halbach jr. 2000, blz. 182.

871 Zie ook paragrafen 6.3.2.4 en 6.5.1.

872 Underhill en Hayton 2003, blz. 59.

873 *Midland Bank v. Wyatt*, [1995], 1 F.L.R. 696.

874 Oakley 2003, blz. 51 en Pettit 2009, blz. 224.

875 Oakley 2003, blz. 50.

876 Oakley 2003, blz. 51.

877 Koppenol-Laforce 1997, blz. 23 en Underhill en Hayton 2003, blz. 45.

878 Thomas en Hudson 2004, blz. 24.

879 Underhill en Hayton 2003, blz. 59.

Hoewel de settlor de intentie heeft gehad een trust in het leven te roepen, kan bij een sham uit een materiële beoordeling van de feiten worden afgeleid dat de 'beneficiaries' niet de 'aanspraken' hebben verkregen die hen volgens de trustakte toekomt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake in het geval waarin een discretionary trust wordt ingesteld, waarbij uitsluitend een goed doel als begunstigde is aangewezen, terwijl de trustees ruime bevoegdheden hebben om nieuwe beneficiaries (diens vrouw en kinderen) te benoemen en tevens kan worden geconcludeerd dat de settlor eigenlijk nooit de bedoeling heeft gehad om uitkeringen aan het genoemde doel te laten toekomen.⁸⁸⁰

Een sham kan zich tevens voordoen, indien de trustee niet zelfstandig handelt, maar slaafs uitvoering geeft aan de wensen van de settlor.⁸⁸¹ De trustrelatie is dan te beschouwen als een 'schijnhandeling', waarbij de settlor feitelijk het beleggings- en uitkeringsbeleid bepaalt. In zulke situaties heeft de settlor, niettegenstaande de trustinstelling, *de facto* zijn beschikkingsmacht behouden. Een sham kan ook aanwezig zijn, indien de discretionaire bevoegdheden van de trustee een farce blijken te zijn. Danon noemt als voorbeeld dat ondanks het bestaan van meerdere beneficiaries, op voorhand reeds vaststaat dat slechts één van hen daadwerkelijk – overeenkomstig de wensen van de settlor – uitkeringen zal ontvangen.⁸⁸²

In dit verband kan nog worden gewezen op de veel voorkomende 'letter of wishes'. De letter of wishes is een juridisch niet-bindend document, waarin de settlor bepaalde richtlijnen kan opnemen, waarvan hij hoopt dat de trustee deze zal respecteren bij de uitvoering van zijn discretionaire bevoegdheden. De trustee is in juridische zin echter niet gebonden aan deze 'wensen' van de settlor. Blijkt het uitkeringsbeleid van de trustee echter één-op-één overeen te komen met het bepaalde in de letter of wishes, dan kan een sham worden aangenomen.⁸⁸³ Het is dan ook niet onbelangrijk dat de trustee bij de uitvoering van zijn bevoegdheden tot uitdrukking laat komen dat hij bij de uitvoering van zijn beheerswerkzaamheden weliswaar de wensen van de settlor heeft gerespecteerd, maar desalniettemin zelfstandig zijn beleid heeft vastgesteld. De hiërarchie tussen de juridisch bindende trustrelatie en de richtinggevende letter of wishes noopt, ter voorkoming van een sham, tot een dergelijke opstelling van de trustee.⁸⁸⁴

6.5 RECHTSPOSITIE VAN BIJ DE TRUST BETROKKEN PERSONEN

6.5.1 De positie van de settlor

Zoals eerder opgemerkt, is de settlor na de instelling van de trustverhouding uit beeld, althans in die kwaliteit.⁸⁸⁵ De settlor kan, in het bijzonder bij een discretionary trust, na de trustinstelling zijn wensen kenbaar maken aan de trustee door middel van een letter of wishes (zie ook paragraaf 6.4.4), maar deze zijn in juridische zin niet-bindend.⁸⁸⁶ Aan de hoedanigheid van settlor worden overigens geen bijzondere eisen gesteld. Iedere (rechts)persoon die rechtsgeldig eigendom kan overdragen kan ook als settlor optreden.⁸⁸⁷ Uiteraard kan de settlor wel bij de trustverhouding betrokken blijven, indien hij tevens de rol van trustee en/of beneficiary vervult. Het is echter niet mogelijk dat hij de enige trustee en beneficiary is.⁸⁸⁸

880 Ook wel een 'Red Cross Trust' genoemd. Zie Oakley 2003, blz. 54 en Pettit 2009, blz. 240.

881 Oakley 2003, blz. 52 en Underhill en Hayton 2003, blz. 59-60.

882 Danon 2004, blz. 57.

883 Underhill en Hayton 2003, blz. 61.

884 Underhill en Hayton 2003, blz. 61.

885 Thomas en Hudson 2004, blz. 31-32.

886 Underhill en Hayton 2003, blz. 61-62, merken hierbij nog op dat de letter of wishes ter voorkoming van onduidelijkheden ten aanzien van de aard van de trustverhouding 'at a distinctly different date' dan de datum van de trustcreatie dient te worden opgesteld.

887 Underhill en Hayton 2003, blz. 268.

888 Hayton 2003, blz. 136.

Indien de settlor tevens een andere positie binnen de trustverhouding heeft, dan komen aan hem uit dien hoofde de rechten en verplichtingen toe die bij die positie behoren. De settlor kan ook bij de trustverhouding betrokken blijven, omdat hij zichzelf bij de trustinstelling een 'power' heeft voorgehouden.⁸⁸⁹ In paragraaf 6.3.2.4 kwam reeds de 'power to revoke' aan de orde. Daarnaast is het bijvoorbeeld mogelijk dat de settlor zich de bevoegdheid heeft voorbehouden om (i) de trustee(s) te ontslaan en/of te vervangen, beneficiaries te schrappen en/of toe te voegen aan de klasse van uitkeringsgerechtigden, en (iii) instructies te geven ten aanzien van het uitkeringsbeleid.⁸⁹⁰ Vanwege de nadelige civielrechtelijke en fiscale consequenties die kunnen voortvloeien uit het bezit van dergelijke 'powers',⁸⁹¹ is het niet ongebruikelijk dat de settlor deze bevoegdheden aan een ander overdraagt, de zogeheten 'protector'.⁸⁹²

6.5.2 De positie van de trustee(s)

De positie van trustee kan zonder al teveel beperkingen worden bekleed. In dit verband merken Underhill en Hayton het volgende op:⁸⁹³

'Every person, male or female, married or unmarried, human or corporate, who has power to hold and dispose of any legal or equitable estate or interest (...) can be a trustee thereof.'

Het is niet ongebruikelijk om meer dan één trustee te benoemen,⁸⁹⁴ alhoewel het om verschillende redenen niet aan te raden is om meer dan vier trustees te benoemen.⁸⁹⁵ Zoals eerder opgemerkt, kan een trustverhouding in theorie ook bestaan zonder trustee.⁸⁹⁶

Alhoewel de werkzaamheden van een trustee door de eeuwen heen in de kern onveranderd zijn gebleven, is het karakter van een 'trusteeship' wel veranderd. Waar de trustee in vroeger tijden nog degene was die een onbetaalde⁸⁹⁷ 'vriendendienst' verrichtte, is de trustee vandaag de dag in veel gevallen een professionele en commerciële 'trust corporation'.⁸⁹⁸ De taak van de trustee is ondanks de verdergaande professionalisering in de kern onveranderd gebleven, namelijk het uitvoering geven aan een fiduciaire taak.

De aard van de fiduciaire taak brengt mee dat een trustee 'in good faith' dient te handelen. De trustee dient dan ook belangenverstrengeling te voorkomen en mag evenmin profiteren van zijn bijzondere positie als trustee, tenzij de trustakte dit expliciet toelaat.⁸⁹⁹ De algemene verplichtingen ('fiduciary duties') gaan relatief ver. De trustee dient niet alleen een daadwerkelijke, maar ook een potentiële 'conflict of interest' te voorkomen.⁹⁰⁰ Ook

889 Zie omtrent 'powers' Oakley 2003, blz. 177-235 en Zwalve 2000, blz. 345-350.

890 Zie Hayton 2003, blz. 135.

891 Hayton 2003, blz. 135 en Oakley 2003, blz. 191-192.

892 Zie paragraaf 6.5.4.

893 Underhill en Hayton 2003, blz. 268.

894 De achtergrond hiervan is gelegen in de praktische complicaties die zouden kunnen ontstaan bij het overlijden van de enige trustee.

895 Zo geldt op grond de Trustee Act 1925 (s. 34(2)) in het geval van een 'trusts of land' een wettelijk maximum van vier trustees. Voorts geldt dat een groter aantal trustees tot hoge (beheers)kosten leidt en tevens de 'slagvaardigheid' van de trust kan verkleinen. Zie Watt 2003, blz. 378.

896 Hier geldt immers de maxime: 'A trust does not fail for want of a trustee'. Zie Watt 2003, blz. 378.

897 Kosten die worden gemaakt ten behoeve van het trustvermogen kunnen ten laste komen van het trustvermogen. Zie Underhill en Hayton 2003, blz. 810 e.v.

898 Zwalve 2000, blz. 359-360. Overigens geldt als hoofdregel dat een trustee zijn activiteiten om niet dient te verrichten, met uitzondering van de gevallen die door de Trustee Act 2000 worden bestreken ('trust corporations'). Zie ook Hayton 2003, blz. 150.

899 Hayton 1996, blz. 13 en Watt 2003, blz. 323.

900 Watt 2003, blz. 329.

is hij verplicht om de voordelen die samenhangen met zijn fiduciare taak – zelfs in indirecte zin – ten behoeve van de beneficiaries te houden.⁹⁰¹

Naast de hiervoor beschreven elementen die voortvloeien uit de 'fiduciary relationship', is de trustee gebonden aan de zogeheten 'equitable duties'.⁹⁰² De equitable duties leggen op de trustee de verplichting om 'such care and skill' te betrachten 'as is reasonable in the circumstances'.⁹⁰³ Deze zorgplicht is onder meer van toepassing op het gevoerde beleggingsbeleid, het verzekeren van het trustvermogen en het inschakelen van deskundigen door de trustee.⁹⁰⁴

In zijn algemeenheid heeft de trustee, naast de specifieke taken die in de trustakte zijn neergelegd, de verplichting om:⁹⁰⁵

- te voorkomen dat trustgoederen 'vermengen' met zijn eigen vermogen;
- de instandhouding van het trustvermogen te garanderen door het te beleggen;
- het trustvermogen op eerlijke en onafhankelijke wijze te beheren ten behoeve van alle (toekomstige) beneficiaries;
- een administratie op te stellen en beschikbaar te houden, zodat de beneficiaries inzicht kunnen krijgen in de financiële situatie van de trust;
- periodiek het gebruik van zijn discretionaire bevoegdheden en 'powers' te overwegen, en bij gebruikmaking daarvan op niet-onvoorspelbare wijze te handelen;
- bij alle handelingen in redelijkheid de uiterste zorgvuldigheid en deskundigheid te betrachten, juist indien de trustee (i) weet dat hij de relevante deskundigheid mist en (ii) van de (professionele) trustee deze deskundigheid verwacht mocht worden; en
- persoonlijk te handelen, tenzij delegatie aan een ander is toegestaan.

De specifieke taken van de trustee worden in belangrijke mate bepaald door hetgeen in de trustakte is opgenomen. Het is immers de belangrijkste verplichting van de trustee om het trustvermogen ten behoeve van de beneficiaries te beheren in overeenstemming met het bepaalde in de trustakte.⁹⁰⁶

In aanvulling op de genoemde, algemene verplichtingen kan de settlor in de trustakte aanvullende taken opdragen aan de trustees. De taken en bevoegdheden kunnen overigens per trustee verschillen. Ook kunnen aan de trustee zogeheten 'powers' worden verleend. Een power kan – enigszins versimpeld – worden voorgesteld als een (partiële) 'beschikkingsbevoegdheid' die door de eigenaar ('de donor') wordt toegekend aan een derde ('de donee'), zonder dat deze ook een 'interest' behoeft te verkrijgen in het vermogensbestanddeel waarop de power betrekking heeft.⁹⁰⁷ Aan de uitoefening van een power door de donee kunnen diverse voorwaarden zijn verbonden.⁹⁰⁸ Een belangrijk onderscheid tussen een 'power' en een 'trust' is dat een discretionary trust leidt tot een verplichting, terwijl de donee van een discretionary power in beginsel niet verplicht is om gebruik te maken van de aan hem verleende bevoegdheid.⁹⁰⁹ De donee beschikt derhalve over meer 'vrijblijvendheid' bij de uitoefening van zijn taken dan de trustee.⁹¹⁰

901 Hayton 2003, blz. 14. Zwalve 2000, blz. 364, noemt het voorbeeld van een trustee die uit hoofde van zijn functie tevens werkzaamheden gaat verrichten als directeur van een vennootschap en de daarvoor verkregen beloning dient af te staan.

902 Zie Hayton 2003, blz. 139. Watt 2003, blz. 355 spreekt van 'duty of care in equity'.

903 Zie de Trustee Act 2000, s. 1.

904 Watt 2003, blz. 355.

905 Hayton 2003, blz. 141-156 spreekt van 'main duties'.

906 Watt 2003, blz. 353.

907 Zwalve 2000, blz. 345.

908 Thomas en Hudson 2004, blz. 556-558.

909 Watt 2003, blz. 67.

910 De kwalificatie van een bevoegdheid als 'trust' of 'power' kan dan ook van belang zijn bij de juiste inschatting van rechtsverhoudingen. In het kader van de fiscaliteit is hiervoor aandacht gevraagd door Sonneveldt 1999.

Indien een discretionary trust meebrengt dat het onder trustverband gebrachte vermogen – naar de inzichten van de trustee – dient te worden verdeeld onder A, B en C dan staat op voorhand vast dat het gehele kapitaal dient te worden uitbetaald. Alleen de verdeling daarvan onder de drie genoemde beneficiaries staat ter beoordeling van de trustee. In het geval aan de trustee bijvoorbeeld de ‘power of appointment’ is verleend, kan hij bepalen dat (een gedeelte van) het trustkapitaal ten behoeve van een ander dan de genoemde beneficiaries wordt bestemd. De donee is hiertoe echter niet verplicht, zodat een power meer vrijheid meebrengt voor de trustee dan een discretionary trust.

Aangezien de trustee, vanwege zijn ‘trusteeship’ in een fiduciare relatie staat, wordt de aan hem toegekende power doorgaans aangemerkt als ‘fiduciary power’.⁹¹¹ Het gevolg hiervan is dat de trustee/donee het gebruik van de power op periodieke basis dient te overwegen, daarvan geen afstand kan doen en bij aanwending van de power dient te handelen ‘in a responsible manner according to its purpose’.⁹¹²

De powers die aan een trustee worden verleend kunnen ‘distributive’ of ‘administrative’ van aard zijn.⁹¹³ Bij de eerste soort wordt gedoeld op de vrijheid voor de trustee om trustkapitaal (‘power of advancement’) of -inkomen (‘power of maintenance’) onder aangewezen beneficiaries te verdelen. Bij de laatste staan de vrijheden op het gebied van het beheeren en beleggen van het trustvermogen centraal.

Daarnaast kunnen powers, voor zover relevant, nog worden ingedeeld op basis van de reikwijdte. Een ‘general power’ kan ten behoeve van een ieder, dus ook de donee, worden aangewend, terwijl een ‘special power’ uitsluitend op een bepaalde (klasse van) begunstigde(n) ziet. Ten slotte kan de ‘hybrid power’ worden onderscheiden die ten behoeve van een ieder, met uitzondering van de enkele specifiek genoemde personen, zoals de settlor en diens familie, kan worden aangewend.⁹¹⁴

De trustee die niet voldoet aan de op hem rustende verplichtingen, pleegt een ‘breach of trust’. Als gevolg van een breach of trust kan de trustee aansprakelijk zijn jegens de beneficiaries. De rechtsmiddelen die in dat kader kunnen worden aangewend, worden beschreven in paragraaf 6.5.3. Overigens blijft de trustee, ook na diens terugtreden, aansprakelijk voor een breach of trust die zich in de periode van zijn ‘trusteeship’ heeft voorgedaan.⁹¹⁵

Voorts kan de trustee in het kader van zijn beheersfunctie verplichtingen aangaan met derden. In dat geval ontstaat een persoonlijke verbintenis met de trustee. Niet het onder trustverband gebrachte vermogen, maar uitsluitend het privévermogen van de trustee biedt verhaalsmogelijkheid voor de crediteur.⁹¹⁶ De reden hiervoor is dat de trustee in persoon handelt en niet ‘de trust’ vertegenwoordigt.⁹¹⁷ De mogelijkheid bestaat echter om in de trustakte te bepalen dat de trustee niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de schulden die in samenhang met de uitvoering van zijn functie zijn aangegaan.⁹¹⁸

911 Een uitzondering is de situatie waarin de power ook ten behoeve van de trustee kan worden aangewend. In dat geval is sprake van een personal power. Zie Underhill en Hayton 2003, blz. 29 en Watt 2003, blz. 68.

912 Underhill en Hayton 2003, blz. 29.

913 Hayton 2003, blz. 80-81. Watt 2003, blz. 69 spreekt van ‘dispositive’.

914 Watt 2003, blz. 69 en Hayton 2003, blz. 81.

915 Thomas en Hudson 2004, blz. 358. Voor een nadien opgekomen breach of trust is de afgetreden trustee in beginsel niet aansprakelijk.

916 Bogert 1987, § 125, blz. 450.

917 Bogert 1987, § 125, blz. 451.

918 De clause geldt echter niet waar het aansprakelijkheid als gevolg van opzet of roekeloosheid betreft.

Uiteraard is het mogelijk dat de trustee de verplichtingen die hij in het kader van zijn functie is aangegaan, voldoet uit het trustvermogen.⁹¹⁹ De trustee kan verplichtingen dan ook 'afwentelen' op het trustvermogen. In bepaalde gevallen is het zelfs mogelijk dat een crediteur, indien de aansprakelijkheid van de trustee is uitgesloten, een verhaalsrecht krijgt op de onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen. In wezen vindt 'subrogatie' plaats,⁹²⁰ doordat de crediteur in de positie van de trustee wordt geplaatst, die immers in zijn hoedanigheid van trustee het trustvermogen had kunnen aanspreken om de verplichting na te komen.⁹²¹

6.5.3 De positie van de beneficiaries

6.5.3.1 *Algemene aspecten van de rechtspositie van de beneficiary*

Uiteindelijk draait iedere trustverhouding om de gerechtigden tot het trustvermogen: de beneficiaries. Als beneficiary kan eenieder worden aangewezen die in staat is een 'equitable interest' te verkrijgen, waaronder rechtspersonen en natuurlijke personen.⁹²² De rechtspositie van een beneficiary kan in algemene zin worden gezien als de keerzijde van de verplichtingen die op de trustee rusten.⁹²³ De specifieke inhoud van de 'rechten' van een beneficiary is afhankelijk van hetgeen daaromtrent in de trustakte is bepaald. De primaire onderverdeling die bij de classificatie van 'beneficial interests' wordt gemaakt, is het onderscheid tussen de rechtspositie van beneficiaries bij een 'fixed trust', dan wel een 'discretionary trust'.

Globaal gesproken heeft de beneficiary bij een fixed trust een 'recht', in tegenstelling tot de beneficiary bij een discretionary trust, die uitsluitend over een 'verwachting' beschikt. Hoewel deze aanduiding op hoofdlijnen juist is, kan deze vanwege de onnauwkeurigheid tot onjuiste veronderstellingen leiden, met name ten aanzien van de 'rechten' van een beneficiary van een fixed trust. Juist bij deze trustvorm komt het aan op een nauwkeurige beoordeling van de soms zeer uiteenlopende 'rechten' van een beneficiary. De verschillende rechtsposities van beneficiaries bij een fixed en een discretionary trust worden respectievelijk in paragraaf 6.5.3.2 en 6.5.3.3 besproken. Op deze plaats wordt aandacht besteed aan enkele algemene aspecten van de rechtspositie van beneficiaries, ongeacht de specifieke trustvorm.

In de eerste plaats dient iedere beneficiary, in sommige gevallen ook bij een discretionary trust, door de trustee op de hoogte te worden gesteld van het bestaan van de trust.⁹²⁴ Deze regel lijdt uitzondering in die gevallen waarin de potentiële groep beneficiaries zo groot is dat het praktisch onmogelijk zou zijn iedereen afzonderlijk te berichten. De beneficiary die op de hoogte is gesteld van de trustverhouding, maar geen prijs stelt op een mogelijke 'equitable interest', kan deze verwerpen.⁹²⁵

Een ander belangrijk recht van de beneficiaries is 'the right to information'. Zonder dit recht zouden de beneficiaries onvoldoende inzicht hebben in hun rechtspositie, de omvang en samenstelling van het trustvermogen en de wijze waarop de trustee zijn taken

919 Het eerder genoemde 'indemnity-principe' geldt niet alleen voor kosten, maar ook voor schulden. De trustee dient dan wel binnen zijn bevoegdheden te opereren. Zie Oakley 2003, blz. 618. Zie ook Bogert 1987, § 127, blz. 456-459.

920 Zie Aertsen 2004, blz. 44.

921 Underhill en Hayton 2003, blz. 824-825.

922 Bogert 1987, § 35, blz. 125-126. Overigens kan ook een ongeborene beneficiary zijn, met dien verstande dat – in het geval deze de enige beneficiary is – geen trust tot stand komt tot het moment van geboorte.

923 Hayton 2003, blz. 164 spreekt van 'correlative rights'. Thomas en Hudson 2004, blz. 20, merken op dat de rechten van de beneficiaries en de verplichtingen van de trustee 'twinned' zijn.

924 Pettit 2009, blz. 402, Oakley 2003, blz. 711-712 en Bogert 1987, § 36, blz. 129-132.

925 Bogert 1987, § 36, blz. 130-132.

heeft uitgeoefend. In dat geval zou controle ook niet mogelijk zijn. De beneficiaries hebben recht op inzage in de 'trust documents' en 'trust accounts'.⁹²⁶ Een belangrijke vraag in dit verband is of aan de beneficiaries van een discretionary trust ook inzage in de 'letter of wishes' dient te worden verstrekt. Alhoewel de meningen in de literatuur niet geheel eenduidig zijn, lijkt het dat ook de inhoud van de letter of wishes in voorkomende gevallen kenbaar dient te worden gemaakt.⁹²⁷

In het verlengde van het voorgaande kan het recht van de beneficiaries op een behoorlijke uitvoering van de trustverhouding worden genoemd. Op basis hiervan kan niet alleen worden verlangd dat de trustadministratie door een gecertificeerd accountant wordt verzorgd, ook kan de rechter in voorkomende gevallen worden verzocht om assistentie te verlenen bij het wegnemen van knelpunten in de uitvoering van de trust.⁹²⁸ Voorts geldt dat de beneficiaries, zij het in zeer beperkte mate, kunnen verlangen dat de trustees op een door hen aangewezen wijze gebruik maken van hun discretionaire bevoegdheden.⁹²⁹ In het verlengde van het voorgaande, kan ten slotte 'the right to enforce claims' worden genoemd. Op basis daarvan hebben beneficiaries het recht om van de trustee te verlangen dat hij overgaat tot het uitoefenen van claims tegen derden, indien deze samenhangen met het trustvermogen. Indien de trustee dit nalaat, kunnen de beneficiaries de claim overnemen en vervolgens zelf uitoefenen.⁹³⁰

In paragraaf 6.4.3 kwam een belangrijk aspect van de rechtspositie van beneficiaries aan de orde, namelijk het recht om de trustverhouding te beëindigen ('right to terminate a trust'). Hierbij heeft als voorwaarde te gelden dat alle beneficiaries gezamenlijk over de gehele 'equitable interest' beschikken, *sui juris* zijn en tevens overeenstemming hebben bereikt over de verdeling van het trustvermogen.⁹³¹ Deze regel kan worden toegepast, indien de beneficiaries 'opvolgende aanspraken'⁹³² hebben, maar ook bij 'gelijktijdige aanspraken'.⁹³³ Hetzelfde geldt voor het geval waarin de trust slechts één (volwassen) beneficiary kent. Ook kan de regel worden toegepast, indien een beneficiary recht heeft op een onverdeeld aandeel in het gehele trustvermogen. De vermogensbestanddelen dienen in dat geval echter wel voor eenvoudige verdeling vatbaar te zijn, zoals: geld, effecten en leningen.⁹³⁴

De regel kan echter in een aantal gevallen niet worden toegepast, zoals in het geval de klasse van beneficiaries (nog) niet vaststaat,⁹³⁵ dan wel de trustee over een 'power of appointment' beschikt.⁹³⁶ Ook kan de regel niet worden toegepast, indien de 'beneficial

926 Underhill en Hayton 2003, blz. 671-672.

927 Oakley 2003, blz. 589, komt tot de conclusie dat inzage in de letter of wishes mogelijk is, maar niet vaak zal worden verleend. In Underhill en Hayton 2003, blz. 681 wordt de letter of wishes tot de trust documents gerekend.

928 Oakley 2003, blz. 715-716.

929 Oakley 2003, blz. 712-715.

930 Oakley 2003, blz. 716-717.

931 Underhill en Hayton 2003, blz. 729, Oakley 2003, blz. 717 en Thomas en Hudson 2004, blz. 175.

932 Bijvoorbeeld 'to A for life, remainder to B'. In dat geval kunnen A en B gezamenlijk – ondanks dat A nog leeft – het trustverband beëindigen.

933 Bijvoorbeeld 'to A and B absolute'. In dat geval kunnen A en B gezamenlijk het trustverband beëindigen, indien zij volwassen zijn. Overigens geldt dat in het geval de trustakte luidt 'to A and B as they attain age of 25', dat het trustverband reeds beëindigd kan worden zodra één van de beneficiaries de leeftijd van 25 heeft bereikt en de andere beneficiary volwassen is geworden. In dat geval zijn beide beneficiaries '*sui juris*' en is aan de voorwaarde voldaan dat zij de gehele equitable interest houden. Zie Oakley 2003, blz. 718.

934 Underhill en Hayton 2003, blz. 739 en Thomas en Hudson 2004, blz. 176. Zij noemen als 'niet eenvoudig verdeelbare' goederen: onroerende zaken, hypothecaire geldleningen en – in sommige gevallen – aandelen in een niet-beursgenoteerde onderneming.

935 Bijvoorbeeld 'D, E, F en G and their spouses and issue for 80 years' dan wel – gedurende het leven van de settlor – 'to my children' of 'to my widow'. Zie Underhill en Hayton 2003, blz. 732-733.

936 Oakley 2003, blz. 719 en Underhill en Hayton 2003, 733-734.

interest' afhankelijk is van een voorwaarde en de interest (nog) niet 'vested' is.⁹³⁷ In al deze gevallen vertegenwoordigen de beneficiaries vooralsnog niet de gehele 'equitable interest'. De beneficiaries kunnen ook niet tot beëindiging van de trust overgaan in het geval de settlor een 'power to revoke' heeft voorbehouden, aangezien hiermee het recht van een ander (de settlor) zou worden gefrustreerd.⁹³⁸ Alhoewel de eerder beschreven 'rule' dus een brede reikwijdte heeft, is toepassing daarvan in een aanzienlijk aantal gevallen niet mogelijk, zeker waar het discretionary trusts betreft.⁹³⁹

Ten slotte kunnen de rechten van de beneficiary worden genoemd, indien de trustee 'in breach of trust' heeft gehandeld.⁹⁴⁰ De rechten van de beneficiaries kunnen in dat geval in twee categorieën worden verdeeld. Allereerst kunnen de 'persoonlijke rechtsmiddelen' worden genoemd, terwijl de beneficiary tevens over 'goederenrechtelijke rechtsmiddelen' beschikt.⁹⁴¹

De persoonlijke rechtsmiddelen jegens de trustee vinden hun oorsprong in de fundamenteën van het Anglo-Amerikaanse trustrecht. Een trustee die zijn verplichtingen niet nakomt, handelt 'unconscionable'. Op basis van de maxime 'equity acts in personam' is de trustee dan ook persoonlijk aansprakelijk voor zijn 'gewetenloze' handelen.⁹⁴² De persoonlijke rechtsmiddelen kunnen leiden tot het verkrijgen van een rechterlijk gebod of verbod ('injunction'),⁹⁴³ het ontslaan van de oude en aanstellen van nieuwe trustees,⁹⁴⁴ dan wel een recht op schadevergoeding.⁹⁴⁵ Overigens kan de beneficiary in gevallen waarin een derde bewust behulpzaam is geweest bij een breach of trust ook deze derde aansprakelijk stellen voor de geleden schade.⁹⁴⁶

Naast de genoemde persoonlijke acties, beschikken de beneficiaries over rechtsmiddelen met een meer goederenrechtelijk karakter. Deze goederenrechtelijke rechtsmiddelen kunnen de beneficiaries aanwenden teneinde het specifieke vermogensbestanddeel dat in breach of trust is vervreemd terug te krijgen, dan wel ingeval de trustee of derde verkrijger insolvent is. Eerder kwam in paragraaf 6.3.1 het rechtsmiddel 'tracing' ter sprake. De beneficiaries kunnen met behulp van dit rechtsmiddel de trustgoederen, of hetgeen daarvoor in de plaats is gekomen, opeisen bij de trustee of een derde.⁹⁴⁷ Uitsluitend de derde die te goeder trouw en anders dan om niet heeft verkregen, wordt beschermd tegen deze actie.⁹⁴⁸

937 Thomas en Hudson 2004, blz. 176 en Underhill en Hayton 2003, blz. 732-733.

938 Underhill en Hayton 2003, blz. 733.

939 Oakley 2003, blz. 719: 'However, today the vast majority of discretionary trusts are subject to overriding powers of appointment and as a result have default beneficiaries, whose existence is sufficient to prevent the Rule being applied'.

940 Zie Oakley 2003, blz. 761, voor een instructief overzicht van incidenten die tot een breach of trust kunnen leiden.

941 Zwalve 2000, blz. 365. In de Engelse literatuur wordt een vergelijkbare tweedeling aangetroffen. Zie Thomas en Hudson 2004, blz. 1015 en Oakley 2003, blz. 762.

942 Zie Watt 2003, blz. 18.

943 Een 'injunction' kan worden gezien als een rechterlijk gebod of verbod, waarmee (verder) handelen in breach of trust' kan worden voorkomen. Zo kan een beneficiary bijvoorbeeld eisen dat het trustvermogen bij elkaar wordt gehouden met behulp van een zogeheten 'freezing injunction'. Zie Thomas en Hudson 2004, blz. 1020.

944 Zie Underhill en Hayton 2003, blz. 767 en de beschrijving van de regeling van sec. 40 Trustee Act 1925.

945 Zie o.a. Watt 2003, blz. 428-436 en Hudson en Thomas 2004, blz. 1025-1070.

946 Zie Underhill en Hayton 2003, blz. 956-979.

947 Zie Thomas en Hudson 2004, blz. 1071-1132, Oakley 2003, blz. 800-838 en Underhill en Hayton 2003, blz. 880-902.

948 Underhill en Hayton 2003, blz. 881.

6.5.3.2 De beneficiary van een fixed trust

Na een beschrijving van de meer algemene aspecten van de rechtspositie van beneficiaries, wordt in deze paragraaf specifiek ingegaan op de verschillende 'aanspraken' van de beneficiaries van een fixed trust.⁹⁴⁹ Daarbij heeft als uitgangspunt te gelden dat:⁹⁵⁰

'In the case of a fixed trust, each of the beneficiaries is entitled in equity to a fixed pre-determined share of the trust property at the appropriate time and he may enforce his rights to that share against the trustees.'

Weliswaar hebben de beneficiaries van een fixed trust een 'recht', maar inhoudelijk kunnen deze aanspraken zeer uiteenlopend zijn. Een nadere beschouwing daarvan is dan ook noodzakelijk voor een goed begrip van de positie van een beneficiary van een fixed trust.

Als voorbeeld van een fixed trust kan de zogeheten 'bare trust' (ook wel: 'simple trust') worden genoemd. Daarbij heeft de trustee geen enkele actieve (beheers)verplichting ten aanzien van het trustvermogen, terwijl de beneficiary onmiddellijk gerechtigd is tot het gehele trustkapitaal en -inkomen.⁹⁵¹ De 'passive trustee', ook wel 'bare trustee', is daarbij 'a mere repository of the trust property'.⁹⁵² De 'bare trust' is evenwel niet representatief voor de verschillende fixed trusts.⁹⁵³ Lupoi merkt op dat:⁹⁵⁴

'One must nonetheless take care not to confuse bare trusts with fixed trusts. Fixed trusts, as we know, are those where the income is attributed to one or more beneficiaries in a pre-determined measure, but this does not necessarily mean that the trustee's role is passive or purely administrative. While the bare trust is always a fixed trust, the contrary is not, therefore, always true.'

De inhoudelijke kwalificatie van de rechten van de beneficiaries van een fixed trust maakt geen deel uit van het trustrecht. Het betreft een – overigens niet alleen voor de continentale jurist – uiterst gecompliceerd onderdeel van het Anglo-Amerikaanse goederenrecht. De grondslagen daarvan zijn rechtstreeks terug te voeren op de ontwikkeling van het onroerende zakenrecht in Engeland, dat – zoals eerder beschreven – sterk is beïnvloed door het feodale stelsel. In standaardwerken op het gebied van het Anglo-Amerikaanse trustrecht wordt nauwelijks aandacht besteed aan deze materie.⁹⁵⁵ Het betreft namelijk 'land law'.⁹⁵⁶

Het Anglo-Amerikaanse recht kent drie manieren waarop het 'eigendomsrecht' kan worden 'gesplitst'. In de eerste plaats kan de gelijktijdige eigendom worden genoemd.⁹⁵⁷ Daar-

949 In deze paragraaf is veelvuldig gebruik gemaakt van Andersen 2003, blz. 185-212, en de gebruikte voorbeelden zijn daaraan ontleend.

950 Oakley 2003, blz. 41.

951 Tegen deze indeling kan worden ingebracht dat een 'fixed trust' – evenals een discretionary trust – doorgaans wordt gerekend tot de categorie 'active trusts', omdat op de trustee een actieve (beheers)verplichting rust. De 'bare trust' is een 'simple trust' en staat om die reden als categorie op zichzelf. Aangezien de beneficiary ook (beter gezegd: juist) bij een bare trust een 'current fixed entitlement' heeft, kan deze trustvorm tot de categorie 'fixed trusts' worden gerekend.

952 Underhill en Hayton 2003, blz. 57-58. Thomas en Hudson 2004, blz. 27, noemen de trustee in dit geval 'a nominee'. That is, one who holds property in the name of another.'

953 Andere fixed trusts worden om die reden gerekend tot de categorie 'active trusts'.

954 Lupoi 2000, blz. 161.

955 Overigens treft men in de Amerikaanse literatuur vaker een geïntegreerde behandeling van deze onderwerpen aan dan in de Engelse literatuur.

956 Zo behandelt J.G. Riddall de verschillende estates – ook equitable estates – niet in zijn 'The law of trusts' uit 2002, maar uitvoerig in zijn werk 'Land Law'.

957 Het betreft hier de gevallen waarin sprake is van een 'gemeenschap', zoals de 'joint tenancy', 'tenancy in common' en de minder voorkomende 'co-parcenary' en 'tenancy by the entirety'. Zie Riddall 2003, blz. 169 e.v.

naast bestaat de reeds eerder genoemde splitsing in 'legal interests' en 'equitable interests'. Ten slotte kan een splitsing op basis van elkaar in de tijd opvolgende eigendomsrechten worden genoemd. Het betreft het onderscheid tussen 'present and future interests'. Het is dit laatste onderscheid dat ten aanzien van de nadere kwalificatie van rechten onder een fixed trust wordt gebruikt.⁹⁵⁸

Bij het onderscheid tussen 'present and future interests' komt het typisch Anglo-Amerikaanse fenomeen van 'de vereenzelviging van recht en genot'⁹⁵⁹ naar voren. De equitable interests die ontstaan als gevolg van de trustcreatie worden dan ook onderscheiden aan de hand van het tegenwoordige, dan wel toekomstige, genot van een goed.

6.5.3.2.a *Present interests*

Het vertrekpunt bij een inhoudelijke bespreking van de aanspraken die beneficiaries aan een fixed trust kunnen ontleenen, is de abstracte onderverdeling tussen 'freehold estates' en 'non-freehold estates'. De drie hierna te behandelen 'freehold estates' geven voor onbepaalde tijd recht op het tegenwoordige bezit, gebruik en genot van een onroerende zaak en worden daarom 'present interests', ook wel 'possessory estates' genoemd. Naast de drie 'freehold estates' bestaan de zogeheten 'non-freehold estates', welke – anders dan de freehold estates – voor een vooraf bepaalde duur gelden. Deze kunnen hier verder onbesproken blijven.⁹⁶⁰

Binnen de categorie 'freehold estates' kunnen, zoals gezegd, drie varianten worden onderscheiden. In de eerste plaats de 'estate in fee simple absolute', die reeds zijdelings aan de orde kwam in paragraaf 6.2.2 en zonder bezwaar mag worden vergeleken met de 'common law-variant' van de continentaalrechtelijke 'eigendomsfiguur'. De 'tenant in fee simple' heeft het volledige en ongelimiteerde recht op gebruik, genot en bezit van de zaak, en kan daar tevens – al dan niet bij testament – over beschikken.

Daarnaast dient de 'estate in fee tail' te worden genoemd. Deze is in hoge mate vergelijkbaar met de estate in fee simple absolute, maar wijkt daarvan af in die zin dat de estate in fee tail uitsluitend kan vererven aan de directe nakomelingen van de tenant in fee tail.⁹⁶¹

Als laatste dient de 'estate for life' te worden genoemd. Daarbij is aan de 'life tenant', door een settlor – in de Verenigde Staten een 'grantor' genoemd – vanuit een meer omvattend estate (bijvoorbeeld een 'fee simple') het recht verleend om de zaak gedurende zijn leven te gebruiken. Bij het overlijden van de life tenant valt de 'estate' terug aan de grantor, in ons voorbeeld de tenant in fee simple absolute. In dat geval wordt gesproken van een 'reversion'. Indien daarentegen is bepaald dat na het overlijden van de life tenant een ander dan de grantor de fee simple verkrijgt,⁹⁶² is sprake van een 'remainder'. Hier komen de hierna te behandelen 'future interests' aan de oppervlakte. De life tenant heeft het volledige genot en gebruik gedurende zijn leven, zodat hij een present interest heeft. De tenant in fee simple heeft weliswaar reeds nu een 'recht' (een reversion), maar genot en gebruik daarvan is voor hem in de toekomst gelegen, zodat in zijn geval wordt gesproken van een future interest, ofwel een 'non-possessory interest'.

958 Voor een overzichtelijke verhandeling verwijs ik naar Andersen 2003, blz. 185-211. In de Nederlandse literatuur is een uitgebreide beschrijving te vinden bij Sonneveldt 2000a, blz. 37-44.

959 Uniken Venema 1954, blz. 220.

960 Het recht met betrekking tot de non-freehold estate (ook wel 'leasehold estate' of de 'estate for years') heeft nauwelijks invloed gehad op de ontwikkeling van het 'real property-recht'. Deze werd beschouwd als onderdeel van het 'personal property-recht'. Zie Zwolve 2000, blz. 127.

961 Om deze reden kon de estate in fee tail in wezen ook niet worden overgedragen aan derden, en vormde een duidelijke beperking ten aanzien van de verhandelbaarheid. De estate in fee tail is sinds de 'Law of Property Act' van 1925 dan ook niet meer mogelijk als 'legal estate', maar – door middel van een trustverhouding – nog wel als equitable estate.

962 To A for life, remainder to B.

Het voorgaande wordt gecompliceerd doordat een present interest 'defeasible' kan zijn. Hiermee wordt bedoeld dat het voortduren van de present interest, zelfs bij een fee simple, afhankelijk kan zijn gemaakt van een voorwaarde.⁹⁶³ Het beëindigen van de present interest kan in die gevallen het gevolg zijn van een 'expiration' of 'divestment'. Het voorgaande kan het beste worden geadstrueerd aan de hand van een voorbeeld.

Indien S de 'estate in fee simple' van een onroerende zaak overdraagt aan T ten behoeve van 'the School Board so long as the land is used as a school', wordt de present interest van de School Board beperkt door een 'limitation',⁹⁶⁴ en ontstaat een 'fee simple determinable'. Zodra de onroerende zaak niet langer als schoolgebouw wordt gebruikt, eindigt de present interest. In dat geval keert de fee simple, nu daaromtrent niets anders is bepaald, terug aan S.⁹⁶⁵

Bij een overdracht van een 'estate in fee simple' door S aan T ten behoeve van 'the School Board, but if the property is not used as a school, then I reserve the right to reenter and take possession of the property', wordt de present interest van de School Board beperkt door een 'condition',⁹⁶⁶ en ontstaat een 'fee simple subject to a condition subsequent'. Zodra de onroerende zaak niet langer als schoolgebouw wordt gebruikt, heeft S het recht de onroerende zaak terug te nemen.⁹⁶⁷

Ook het voortduren van een life interest kan afhankelijk worden gemaakt van een 'expiration' of 'divestment'. In het geval S aan T een aandelenpakket overdraagt 'to B for life or untill she remarries' is sprake van een 'life estate determinable'. Indien daarentegen wordt bedongen 'to B for life, but if she remarries, the grantor may reenter', is sprake van een 'life estate subject to a condition subsequent'.⁹⁶⁸ Duidelijk moge zijn dat het aantal mogelijke 'limitations and conditions' eindeloos is. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat S niet zelf, maar een ander het recht geeft op de future interest, indien de gestelde voorwaarde intreedt. Te denken valt aan de situatie waarin S vermogen overdraagt aan T 'to B for life, but if she remarries to C, but in any case, to C after B's death'. In dat geval is de present interest van B een 'life estate subject to an executory limitation', terwijl C een future interest verkrijgt. Hierna wordt nader ingegaan op de kwalificatie van dergelijke 'future interest'.

6.5.3.2.b *Future interests*

Een future interest kan worden omschreven als een recht dat weliswaar reeds bestaat, maar nog niet leidt tot het bezit, gebruik of genot van de zaak. Andersen omschrijft het als volgt:⁹⁶⁹

'Future interests are not things people get in the future. Rather, they are things people own in the present, but which carry a right of possession in the future, rather like a ticket to next week's concert. Future interests are really just present interests pushed out ahead of us.'

Bij de rubricering van future interests kan een onderscheid worden gemaakt tussen toekomstig bezit dat terugkeert aan de overdrager ('transferor') en toekomstig bezit dat in

963 Andersen 2003, blz. 188: 'They are still fee simple estates because they could go on forever, but they are "defeasible" because they can be lost.' In dat geval wordt gesproken van een 'fee simple defeasible'.

964 Een limitation doet zich voor bij het gebruik van woorden als: 'so long as', 'while' en 'until', en brengt een mogelijke expiration mee.

965 In dat geval heeft S een future interest, namelijk een 'possibility of reverter'.

966 Een condition doet zich voor bij het gebruik van woorden als: 'but if', 'provided, however' en 'on the condition that', en brengt een mogelijke divestment mee.

967 In dat geval heeft S een future interest, en wordt een 'right of entry'.

968 In dat geval heeft S een meer complexe future interest, namelijk 'a right of entry' (indien B trouwt) en 'a reversion' (bij overlijden van B).

969 Andersen 2003, blz. 186-187.

handen komt van een derde. In het eerste geval wordt gesproken van een 'reversion', terwijl in het tweede geval sprake is van een 'remainder' of een 'nonreversionary'.

6.5.3.2.b.1 Reversionary interest

Indien een transferor vanuit een meer omvattend recht een present interest heeft verleend, kan hij zich het recht voorbehouden dat aan einde van de present interest het gebruik en genot aan hem terugkeert.

Een reversion kan in drie varianten voorkomen. In de eerste plaats kan de transferor een 'reversion' behouden. In het geval dat S vermogen overdraagt aan T 'to B for life', behoudt S een reversion. Indien S voor het einde van de life estate van B komt te overlijden, maakt de reversion deel uit van zijn nalatenschap. Daarnaast kan de 'possibility of reverter' worden genoemd, die zich voordoet bij een 'fee simple determinable'. In dat geval bestaat de mogelijkheid dat A de fee simple in de toekomst terugkrijgt. Deze situatie kwam hiervoor reeds aan de orde.⁹⁷⁰ Als derde reversionary interest kan 'the right of entry' worden genoemd, die ontstaat indien de verleende present interest afhankelijk is van een condition. Bij het in vervulling gaan van deze condition subsequent heeft de transferor het recht op terugkeer van het oorspronkelijke gebruik en genot.

6.5.3.2.b.2 Nonreversionary interests

Anders dan bij een reversionary interest, verkrijgt bij een 'nonreversionary interest' een ander dan de transferor de gerechtigdheid tot de estate bij beëindiging van de present interest. Het gebruik en genot keert niet terug, maar komt juist toe aan een ander. De non-reversionary interests laten zich verdelen in 'executory interests' en 'remainders'.

Een executory interest ontstaat, indien een ander gerechtigd is ten aanzien van een (toekomstige) fee simple die vooralsnog bij een derde berust, maar defeasible is.⁹⁷¹ Een remainder ontstaat daarentegen, indien een derde gerechtigd is tot de fee simple bij het einde van een expiration, doorgaans een life estate. Het meest eenvoudige voorbeeld van een remainder is de situatie waarin S vermogen overdraagt aan T 'to B for life, remainder to C'. Beide nonreversionary interests verschillen dan ook van karakter, zo merkt Andersen op:⁹⁷²

'Executory interests are aggressive; they go around cutting short other interests; they have hatchets. In contrast, remainders are patient; they snuggle up against a present interest and wait for its natural expiration; they have pillows.'

6.5.3.2.c Vested en contingent interests

De laatste precisering die ten aanzien van future interests wordt gemaakt, is dat deze 'vested' of 'contingent' kunnen zijn.⁹⁷³ Hiermee wordt, globaal gesproken, de mate van waarschijnlijkheid aangegeven dat de houder van de future interest ook daadwerkelijke 'possession' verkrijgt.⁹⁷⁴ Een future interest is 'vested', indien de beneficiary in leven is, kan worden geïdentificeerd en de future interest voorts niet afhankelijk is gesteld van een 'condition precedent'.⁹⁷⁵ Indien is vastgesteld dat sprake is van een vested interest, dan dient daaraan vervolgens een nadere kwalificatie te worden gegeven, teneinde duidelijk te maken of, en zo ja op welke wijze, de vested interest nog verandering kan ondergaan.

970 Zie het voorbeeld behorende bij voetnoot 965.

971 Vrijwel altijd is sprake van 'divesting'. Zie voor een uitzondering Andersen 2003, blz. 198.

972 Andersen 2003, blz. 197.

973 Riddall 2003, blz. 221, merkt op dat '[a]n interests, whether future or in possession, may be vested or contingent. If an interest is not contingent then it is vested.' Ik acht deze omschrijving verwarrend, aangezien het bestaan van een 'contingent interest in possession' wordt gesuggereerd.

974 Hopperton 1995.

975 Zie Riddall 2003, blz. 221-222.

Het hier te bespreken onderscheid is overigens niet alleen van academisch belang. In de eerste plaats dient het ter vaststelling van de 'hardheid' van de rechten van de beneficiaires. Zo maakt een contingent interest, anders dan een vested interest, niet altijd deel uit van de nalatenschap van de rechthebbende.⁹⁷⁶ Het is dus belangrijk te weten dat een 'indefeasibly vested interest' waarschijnlijker tot bezit zal leiden dan een 'onzekere' contingent interest. In de tweede plaats is de navolgende indeling van groot belang in verband met de eerder besproken 'rule against perpetuities'. De regel verhindert weliswaar niet het bestaan van 'contingent interests', maar deze kunnen niet over de 'perpetuity-tijdlijn' heen worden getild.⁹⁷⁷ Op deze wijze wordt voorkomen dat de settlor tot in lengte van dagen, door het opleggen van allerlei voorwaarden voor het 'vested' worden van een interest, over zijn graf heen zou regeren. Het is daarom van belang om vast te stellen of een interest 'vested' of 'contingent' is.

6.5.3.2.c.1 *Indefeasibly vested*

Een interest is indefeasibly vested, op het moment waarop deze niet afhankelijk is van een voorwaarde. Zoals de estate in fee simple het meest omvattende estate is, zo is de indefeasibly vested remainder als de meest omvattende remainder aan te merken.⁹⁷⁸ Een dergelijke remainder doet zich voor in het geval S aan T vermogen overdraagt 'to B for life, remainder to C'. Het is dan ook zeker dat het toekomstig gebruik en genot van het overgedragene aan C toekomt. In het geval C voor B komt te overlijden, behoort de remainder tot de nalatenschap van C.

6.5.3.2.c.2 *Vested subject to complete defeasance*

Evenals een fee simple, kan ook een vested remainder 'defeasible' zijn. Aan de remainder is in een dergelijk geval een voorwaarde verbonden die tot gevolg kan hebben dat de remainder nooit tot 'possession' zal leiden. Evenals het geval is bij de defeasible fee simple, kan ook bij de remainder de voorwaarde uit een 'expiration' of een 'divestment' bestaan. Wellicht ten overvloede, merk ik op dat deze voorwaarde uitsluitend betrekking heeft op het 'eindigen' van de future interest voordat deze tot possession kan leiden en niet op het al dan niet verkrijgen van een future interest.⁹⁷⁹

In het geval S vermogen aan T overdraagt 'to B for life, then to the School Board so long as they use the land for school purposes', ontstaat voor B een life interest, terwijl de School Board een zogeheten 'vested remainder subject to complete defeasance' verkrijgt. De defeasance is in dit geval afhankelijk van een 'expiration', bestaande uit het voorgeschreven gebruik van de grond. Ten slotte heeft S in dat geval een zogeheten 'possibility of reverter'.

De 'vested remainder subject to complete defeasance' komt ook veel voor in combinatie met 'life estates' en 'term of years'. Bij een overdracht van S aan T 'to B for life, then to C for life, and then to D', ontstaat een life interest voor B. Daarnaast verkrijgen C en D een 'future interest', en wel een 'vested remainder for life', respectievelijk een 'vested remainder'. Indien de omschrijving zou luiden: 'to B for life, then to C for ten years, then to D', heeft C een 'vested remainder subject to a limitation'.

976 Dit doet zich voor, indien de opschortende voorwaarde betrekking heeft op de persoon van de rechthebbende, zoals het door hem bereiken van een bepaalde leeftijd. Bij het overlijden vóór die leeftijd, is het recht niet 'vested', en kan dus geen deel uitmaken van de nalatenschap van de rechthebbende. Het voorgaande is anders, en de contingent interest behoort wel tot de nalatenschap, indien de opschortende voorwaarde een objectief gegeven betreft, zoals het al dan niet verlenen van een bouwvergunning. Zie Riddall 2003, blz. 224.

977 Zie paragraaf 6.4.2.

978 Andersen 2003, blz. 198.

979 In dat geval is sprake van een 'contingent remainder'.

6.5.3.2.c.3 *Indefeasibly vested subject to open*

Van een 'indefeasible vested remainder subject to open' kan worden gesproken, indien de settlor vermogensbestanddelen overdraagt ten behoeve van een groep personen die ten tijde van de trustinstelling nog niet compleet is. Indien S vermogen overdraagt aan T 'to my wife and then to our children', ontstaan weliswaar onvoorwaardelijke remainders voor de kinderen, maar die ondergaan verandering, indien een nieuw kind wordt geboren. Uiteraard is dit niet aan de orde, indien één van de kinderen komt te overlijden. Het betreft immers 'vested interests'. Ten slotte zij opgemerkt dat een remainder zowel 'subject to complete defeasance', als 'subject to open' kan zijn. Hierbij kan worden gedacht aan de trustverhouding waarbij S overdraagt aan T 'for B for life, then to my children for their joint lives, and then to my grandchildren'. De future interest van één van de kinderen, die op het moment van de trustinstelling reeds in leven is, kan worden gekarakteriseerd als een 'vested remainder for life, subject to open'.

6.5.3.2.c.4 *Contingent interest*

Een contingent interest kan in drie situaties worden aangenomen en wel in het geval: (i) de beneficiary is nog niet geboren, (ii) de beneficiary nog niet kan worden geïdentificeerd en (iii) de future interest afhankelijk is van een opschortende voorwaarde. De eerste situatie doet zich voor, indien S aan T vermogen overdraagt 'to B for life, then to his children', maar B op dat moment nog geen kinderen heeft. Hoewel het zinloos lijkt de rechten van een ongeborene te kwalificeren, wordt in dit geval gesproken van een 'contingent remainder'.⁹⁸⁰

De tweede situatie doet zich voor, indien S vermogen aan T overdraagt 'to B for life, and then to his first child to graduate from college'. Ieder eventueel kind van B heeft dan een contingent remainder. Aangezien niet zeker is dat B kinderen krijgt, en zo dat al gebeurt, dat één van de eventuele kinderen de genoemde voorwaarde zal vervullen, behoudt S een 'reversion'.⁹⁸¹ Indien in het vorengenoemde voorbeeld niet zou zijn bepaald 'to his first child to graduate', maar 'to his children who graduate', is de potentiële groep verkrijgers onbepaald, zodat tevens sprake is van een contingent remainder 'subject to open'.

Ten slotte kan een contingent interest ontstaan, indien de future interest afhankelijk is gesteld van een opschortende voorwaarde. Deze situatie doet zich voor, indien S aan T vermogen overdraagt 'to B for life, then to his first child if that child graduates from high school', en B al een kind (C) heeft dat op de middelbare school zit. In dat geval kan uitsluitend C de remainder verkrijgen. Deze remainder is echter contingent als gevolg van de opschortende voorwaarde. Uiteraard kan de opschortende voorwaarde verder worden aangevuld, bijvoorbeeld met de toevoeging 'if that child then attends law school'. Ten slotte merk ik op dat de reeds ten tonele gevoerde 'right of entry' en de 'possibility of reverter'⁹⁸² beide afhankelijk zijn van een opschortende voorwaarde en dus altijd ook een contingent interest zijn. De 'reversion' is, zoals hiervoor aangegeven, per definitie vested.

980 Ook wel 'contingent upon being born'.

981 Een vaste indelingregel is: 'So long as the remainder is contingent, the grantor retains reversion'. Zie Hopperton 1995, blz. 641. Hoewel het verleidelijk is om in deze constellatie een possibility of reverter te zien, is daarvan geen sprake, nu de future interest van S niet afhankelijk is van een opschortende voorwaarde.

982 Zie paragraaf 6.5.3.2.b.1.

6.5.3.2.c.5 Samenvatting

Het vorengaande kan als volgt schematisch worden weergegeven:⁹⁸³

Present and Future Interests			
Present Interest		Future Interest*	
		In Grantor/Settlor	In Third Parties
1. Fee simple absolute ('to B & her heirs')		None	None
2. Fee tail ('to B & the heirs of his body')		Reversion	Vested remainder** Contingent remainder Executory interest
3. Defeasible fee estates		Possibility of reverter	Executory interest
a. fee simple determinable ('to B so, long as ...')			
b. fee simple subject to condition subsequent ('to B, but if...')		Right of entry(power of termination)	None
c. fee simple subject to an executory limitation ('to B, but if...')		None	Executory interest
4. Life estate('to B for life')		Reversion	Vested remainder Contingent remainder Executory interest

* In many cases it will not be possible for both the grantor and a third person to hold future interests following the same present interest. This chart indicates some possible future interests following various present interests.

** Vested remainders can be indefeasibly vested, vested subject to complete defeasance or vested subject to open.

6.5.3.3 De beneficiary van een discretionary trust

De positie van de beneficiary van een discretionary trust kan spiegelbeeldig worden afgeleid uit de navolgende omschrijving:⁹⁸⁴

'Under a discretionary trust the duty of a trustee is to select from among a class of beneficiaries those who are to receive, and the proportions in which they are to receive, income or capital from the trust property.'

Het is voor de beneficiary van een discretionary trust derhalve niet mogelijk om een uitkering af te dwingen. De discretionaire bevoegdheden aan de zijde van de trustee geven hem de mogelijkheid om te bepalen aan wie, op welk moment, en in welke vorm een uitkering wordt gedaan.⁹⁸⁵ In zoverre verkeert de beneficiary van een discretionary trust, vergeleken met zijn evenknie van een fixed trust, 'in a specially weak position'.⁹⁸⁶ In

983 Het schema is – op een uitzondering na – overgenomen van Andersen 2003, blz. 212.

984 Watt 2003, blz. 100.

985 Zie Oakley 2003, blz. 180, voor de afbakening tussen een fixed trust en discretionary trust in het geval uitkeringen aan een beneficiary dienen te worden gedaan 'for and towards maintenance, attendance and comfort'. Hij concludeert in die situatie tot een fixed trust.

986 Underhill en Hayton 2003, blz. 52.

bepaalde gevallen heeft de trustee, binnen de toegestane 'accumulation period', tevens de mogelijkheid om (een gedeelte van) het trustinkomen toe te voegen aan het trustkapitaal.⁹⁸⁷ De keerzijde van deze beleidsvrijheid brengt eenvoudigweg mee dat de beneficiary geen 'recht' heeft, maar een 'verwachting'.⁹⁸⁸

Het voorgaande heeft ook consequenties voor de 'vervreemdbaarheid' van een equitable interest in een discretionary trust en de verhaalsmogelijkheden die de crediteuren van de beneficiary hebben.⁹⁸⁹ In beginsel beschikt de beneficiary van een discretionary trust tot op het moment waarop door de trustee een uitkering is toegewezen, niet over een 'recht', zodat zich aanvankelijk niets voor overdracht of verhaal leent.⁹⁹⁰

Overigens dient een discretionary trust om deze reden niet te worden verward met een zogeheten 'protective trust' of 'spendthrift trust'. Bij deze trustvormen verkrijgt de beneficiary aanvankelijk een gerechtigdheid (veelal een 'life interest'), zij het dat deze in bepaalde situaties – de beneficiary gaat failliet, of probeert de equitable interest te vervreemden – wordt 'omgevormd' tot een betrokkenheid bij een discretionary trust.⁹⁹¹ Op deze wijze kunnen de rechten van 'zwakke' beneficiaries worden beschermd.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat de beneficiaries van een discretionary trust van de trustee mogen verlangen dat hij gebruikmaking van zijn discretionaire bevoegdheden, en de aan hem verleende 'fiduciary powers', op periodieke basis overweegt. Daarbij dient de trustee volstrekt zelfstandig te handelen.⁹⁹² Uiteraard kan de trustee zich daarbij wel richten op de bedoelingen die de settlor kenbaar heeft gemaakt in de letter of wishes, maar van een verplichting is geen sprake. Daarnaast kan het voorkomen dat de trustee bij de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheden rekening dient te houden met de aanwezigheid van een protector.

6.5.4 De positie van de protector

Naast de hiervóór genoemde personen, kunnen ook derden bij de trustverhouding worden betrokken. Het is niet ongebruikelijk dat de settlor bij de instelling van een discretionary trust een vertrouwenspersoon (een 'protector')⁹⁹³ aanstelt, die ten behoeve van de settlor toezicht houdt op het door de trustee te voeren beleid. Van oudsher komt de functie van protector minder vaak voor in 'traditionele' trustlanden en is dan ook toe te schrijven aan de ontwikkeling van het trustrecht in off shore jurisdicties.⁹⁹⁴ De positie van de protector is in Engeland dan ook niet wettelijk geregeld⁹⁹⁵ en wordt bepaald door de inhoud van de trustakte.⁹⁹⁶

987 Lupoi 2000, blz. 131, Underhill en Hayton 2003, blz. 64 en Oakley 2003, blz. 179. In dat geval wordt gesproken van een 'non-exhaustive trust'. Indien het gehele inkomen onder de beneficiaries dient te worden verdeeld, wordt gesproken van een 'exhaustive trust'.

988 Zie o.a. Danon 2004, blz. 50, Oakley 2003, blz. 41 en Underhill en Hayton 2003, blz. 52. Anders Watt, 2003, blz. 100: 'Although such a right is not a vested beneficial interest, and therefore can not be taxed, it is more than a mere spes (specious hope)'.

989 Bogert 1987, § 41, blz. 161 en Andersen 2003, blz. 101-107.

990 Bogert 1987, § 41, blz. 161.

991 Bogert 1987, § 41, blz. 161-162 en Oakley 2003, blz. 264-270.

992 Oakley 2003, blz. 712 en Underhill en Hayton 2003, blz. 61.

993 De protector wordt ook wel 'appointer', 'enforcer', 'nominator' of '(board of) committee' genoemd.

994 De oorzaak wordt door Oakley 2003, blz. 191 als volgt omschreven: 'The frequent utilisation of protectors in off-shore trusts is precisely because in practice such trusts have to have locally based trustees whom neither the settlor nor the beneficiaries is even likely to know, never mind trust.'

995 In de Bahamas is de positie van de protector overigens wel wettelijk geregeld in de Trustee Act 1998. Zie Lupoi 2000, blz. 206 en Oakley 2003, blz. 191.

996 Oakley 2003, blz. 191.

De functie van protector kan door een bevriende persoon van de settlor worden vervuld, maar ook door een commerciële instelling. Daarnaast kan de settlor zelf, diens vennootschap dan wel één van de beneficiaries als protector fungeren. Doorgaans is het echter niet verstandig voor de settlor om tevens als protector op te treden, aangezien de mogelijkheid bestaat dat in dat geval een 'sham' wordt aangenomen.⁹⁹⁷

Aan een protector kunnen tamelijk vergaande bevoegdheden worden toegekend. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen 'negatieve' en 'positieve' bevoegdheden.⁹⁹⁸ De eerste categorie bevoegdheden geeft de protector – door zijn instemming te onthouden – de mogelijkheid bepaalde handelingen van de trustee te 'verbieden' (vetorecht), zoals het geval is wanneer hij geen toestemming verleent voor het doen van uitkeringen aan een bepaalde beneficiary. De tweede categorie bevoegdheden wordt gevormd door de mogelijkheid voor de protector om de trustee tot bepaalde handelingen te bewegen. Zo kan de protector de trustee in bepaalde gevallen opdragen om bepaalde investeringen te doen. Deze twee voorbeelden zijn slechts een greep uit de vele negatieve en positieve bevoegdheden die aan een protector kunnen worden verleend.

In de trustakte kunnen diverse andere bevoegdheden van de protector worden neergelegd,⁹⁹⁹ zoals het:

- houden van toezicht op de (beheers)kosten die de trustees in rekening brengen;
- controleren en accorderen van de trustadministratie;
- verlenen van toestemming bij het aan- of verkopen van bepaalde trustgoederen;
- verwijderen van bestaande en het benoemen van nieuwe trustees;
- schrappen van reeds bestaande en aanwijzen van nieuwe beneficiaries; en
- doen van suggesties om aan één of meer beneficiaries uitkeringen te doen.¹⁰⁰⁰

In alle gevallen is de juridische basis van de bevoegdheden van de protector terug te voeren op een 'power'. Uiteindelijk is de protector dan ook niets anders dan een 'donee of powers'.¹⁰⁰¹

De aan de protector verleende power kan in twee categorieën worden ingedeeld. De verleende bevoegdheid is ofwel een 'personal power' dan wel een 'fiduciary power'. Het onderscheid komt globaal gesproken neer op de intentie waarmee de settlor de power heeft verstrekt, waarbij de intentie kan blijken uit de trustakte, alsmede alle overige omstandigheden van het geval.¹⁰⁰² Heeft de settlor de bedoeling gehad een controleerbare bevoegdheid neer te leggen bij een derde partij, welke bevoegdheid essentieel is binnen het functioneren van de trust, dan is sprake van een fiduciary power.¹⁰⁰³ Indien de settlor daarentegen de bedoeling heeft gehad om het gebruik van een power over te laten aan het persoonlijke inzicht van een door hem aangewezen persoon, dan is eerder sprake van een personal power.¹⁰⁰⁴

997 Oakley 2003, blz. 192.

998 Oakley 2003, blz. 190 en Underhill en Hayton 2003, blz. 29.

999 Oakley 2003, blz. 191 merkt op: 'No matter what the precise powers (...) are, however, his appointment is for one purpose and one purpose only, namely to enable the trustees to be directed and controlled in the exercise of their discretion in the way desired by the settlor.'

1000 Voor meer voorbeelden verwijs ik naar Underhill en Hayton 2003, blz. 30-31.

1001 Oakley 2003, blz. 190 en Thomas en Hudson 2004, blz. 715.

1002 Underhill en Hayton 2003, blz. 31 en Thomas en Hudson 2004, blz. 546-552.

1003 Hiervan wordt zelfs uitgegaan, indien de protector een betaalde 'office holder' is. Zie Underhill en Hayton 2003, blz. 31 en Thomas en Hudson 2004, blz. 716.

1004 Een aanwijzing hiervoor is dat de donee ten eigen behoefte over de power kan beschikken. Zie Underhill en Hayton 2003, blz. 29.

Anders dan bij een personal power, dient de donee van een fiduciary power op periodieke basis gebruikmaking van zijn power te (her)overwegen en bij de aanwending daarvan 'bona fide'¹⁰⁰⁵ te handelen.¹⁰⁰⁶ De donee van een personal power heeft dan ook iets meer (beoordelings)vrijheid bij het gebruik van de aan hem verleende bevoegdheid. In het bijzonder waar het aansprakelijkheidskwesties betreft, is dit subtiële onderscheid uiterst belangrijk, zeker nu het verlenen van powers een haast ongebreidelde toepassing lijkt te krijgen.¹⁰⁰⁷

6.6 ENKELE SPECIFIEKE VORMEN VAN DE EXPRESS TRUST

De veelzijdigheid van de private express trust komt tot uitdrukking in de grote diversiteit aan trustvarianten die onder deze noemer kunnen worden geschaard en waarvan in het Anglo-Amerikaanse rechtsleven gebruik wordt gemaakt. Hoezeer de toepassingsmogelijkheden van de verschillende trusts ook verschillen, zij zijn telkens gebaseerd op het hiervóór uiteengezette grondmodel van de private express trust. In deze paragraaf wordt een aantal van deze specifieke vormen van de express trust beschreven. Daarbij staan niet zozeer de verschillen in civielrechtelijke structuur centraal, maar wordt veeleer beoogd een indruk op hoofdlijnen te geven van het enorme scala aan aanwendingsmogelijkheden van de trust. De selectie is gezien de enorme diversiteit aan trustvarianten zonder meer willekeurig te noemen, maar geeft desalniettemin een goede indruk van de uiteenlopende private express trusts.

6.6.1 Family trusts

Onder de benaming 'family trust' gaat een diversiteit aan trustvarianten schuil dat van oudsher ten doel heeft vermogensrechtelijke familierelaties te regelen. Het belangrijkste doel daarbij is om te voorkomen dat 'families have not progressed from 'rags' to 'riches' to 'rags' in three generations.' De flexibiliteit van een trust maakt het mogelijk recht te doen aan de binnen een familie levende wensen omtrent de verdeling van kapitaal en inkomen, waarbij de trust het tevens mogelijk maakt voor de oudere generatie om in zekere zin 'over het graf heen te regeren'. Vandaag de dag is de discretionary trust daartoe een bijzonder populair instrument. Tevens is de trust een belangrijk middel om gedurende het leven te kunnen blijven beschikken over het eigen vermogen, terwijl wordt voorkomen dat de erfgenamen bij het overlijden van de settlor een kostbare en tijdrovende 'probate'¹⁰⁰⁸ moeten doorlopen. Ten slotte wordt de family trust vaak teruggevoonden bij gevallen waar in familieverband getracht wordt de belangen van de meer kwetsbare personen te beschermen. Gedacht kan worden aan de 'spendthrift trust' (Verenigde Staten) dan wel protective trust (Verenigd Koninkrijk),¹⁰⁰⁹ die voorkomen dat een beneficiary – al dan niet vanwege verkwisting – in aanraking komt met crediteuren die de equitable interest van de debiteur te gelde willen maken.

6.6.2 Business trusts

Naast de categorie trusts die zijn gericht op het beheren van familievermogen, komen ook meer 'ondernemingsgerichte' trustvormen voor, zoals de business trust.¹⁰¹⁰ Hierbij kan

1005 In dat geval heeft de protector min of meer dezelfde verantwoordelijkheden als de trustee. Thomas en Hudson 2004, blz. 716. Zie paragraaf 6.5.2.

1006 Voorts is belangrijk dat van een fiduciary power geen afstand kan worden gedaan door de donee. Zie uitgebreid Underhill en Hayton 2003, blz. 29.

1007 Zie voor een beschrijving van mogelijke situaties waarin deze aansprakelijkheidskwesties zich kunnen voordoen, Duckworth 1997, blz. 4-7.

1008 Probate is een tijdrovende en kostbare vorm van openbare vereffening van het vermogen bij overlijden in common law landen. Zie o.a. Hayton 1996, blz. 35.

1009 Zie Hayton 1996, blz. 33, Lupoi 2000, blz. 133-134 en Pettit 2009, blz. 81-82.

1010 Zie uitgebreid Zwolve 2000, blz. 351-355.

worden gedacht aan trustvormen waarin beleggingen zijn ondergebracht, of die fungeren als houdstervennootschap en zelfs trusts waarin door de trustee een onderneming wordt gedreven. Veelal worden de equitable interests verdeeld in certificaten, die sterke gelijkenissen vertonen met aandelen.¹⁰¹¹ De business trust heeft zodoende een structuur die vergelijkbaar is met die van een aandelenvennootschap, waarbij de trustee feitelijk fungeert als de bestuurder van de 'vennootschap', terwijl de beneficiaries met 'kapitaalverschaffers/aandeelhouders' kunnen worden vergeleken.¹⁰¹²

De business trust, ook wel trading trust genoemd, is een private express trust, waarbij vermogensbestanddelen worden overgedragen aan een trustee die daarmee een onderneming drijft ten behoeve van de beneficiaries. De business trust kan, waar het de uitkeringen aan de beneficiaries betreft, een fixed of discretionary karakter hebben.¹⁰¹³

De business trust komt heden ten dage relatief weinig voor en is vervangen door meer geëigende ondernemingsvormen, waarbij de beperking van aansprakelijkheid vaak beter geregeld is.¹⁰¹⁴ In vroeger tijden heeft deze trustvorm echter met name in de Verenigde Staten (in het bijzonder de staten Massachusetts¹⁰¹⁵ en Delaware) en Canada nog wel een rol van betekenis gespeeld. Vandaag de dag lijkt gebruikmaking van de business trust hoogstens interessant, indien daaraan fiscale voordelen verbonden zijn.¹⁰¹⁶ Hoewel de civielrechtelijke literatuur hierover zwijgt, is in de fiscale literatuur wel betoogd dat de business trust rechtspersoonlijkheid zou hebben.¹⁰¹⁷

6.6.3 Trusts in financieringstransacties

Hoewel in die gevallen niet van een 'business trust' wordt gesproken, is de inzet van trusts voor commerciële doeleinden vaak terug te vinden bij zekerheids- en financieringstructuren. Zo wordt de trust gebruikt als figuur om garantievermogen af te zonderen ten behoeve van een crediteur,¹⁰¹⁸ dan wel een groep crediteuren.¹⁰¹⁹ Daarnaast kan de zogeheten 'subordination trust' worden genoemd, waarmee door middel van een trustverhouding een vorm van achterstelling wordt geregeld van de ene crediteur ten opzichte van de andere.¹⁰²⁰ Hierna worden slechts nog de 'Quistclose Trust' en de trust als 'Special Purpose Vehicle' (hierna: SPV) in financieringstransacties als voorbeeld uitgewerkt.

Een Quistclose Trust maakt het mogelijk dat een financier ten behoeve van een concreet doel geld verstrekt aan een debiteur. Mocht de laatste niet tot de voorgenomen investering overgaan, dan wordt hij trustee van het uitgeleende geld ten behoeve van de oorspronkelijke crediteur.¹⁰²¹ Hiermee wordt de financiering van bedrijven in financiële moeilijkheden enigszins vergemakkelijkt.

De trust als SPV in financieringstransacties komt voor, indien een onderneming zijn openstaande debiteuren cedeert aan een trustee die ten behoeve van een financiële instelling optreedt. De overdragende onderneming kan hiermee zijn balanspositie en 'rating' verbe-

1011 Zwolve 2000, blz. 353.

1012 Lupoi 2000, blz. 122.

1013 Hayton 1996, blz. 44.

1014 Hayton 1996, blz. 45.

1015 Om die reden wordt deze trustfiguur ook wel Massachusetts Trust genoemd. Zie Lupoi 2000, blz. 122.

1016 Hayton 1996, blz. 42.

1017 Sonneveldt 2000a, blz. 68 verwijst naar Magnin 1996, blz. 455. Waters 1999b, blz. 117, merkt daarentegen op: 'and for many Canadians the use of the trust in commerce, and particularly as a substitute for incorporation, has the disadvantage of its lack of legal limited liability'.

1018 Lupoi 2000, blz. 145.

1019 Hayton 1996, blz. 47.

1020 Underhill en Hayton 2003, blz. 42-43.

1021 Underhill en Hayton 2003, blz. 44.

teren, terwijl de onder trustverband gebrachte vorderingen door de financiële instelling – bij wijze van participaties – aan particuliere beleggers worden aangeboden.¹⁰²² De gevolgen van een eventueel faillissement van de onderneming die de vorderingen heeft gece-deerd, blijven door de overdracht aan de trustee zonder gevolgen.¹⁰²³

6.6.4 Unit Trusts

De Unit Trust,¹⁰²⁴ in de Verenigde Staten ook wel een ‘mutual fund’ genoemd, is een rela-tief veel voorkomende trustfiguur die wordt gebruikt ter structurering van collectieve beleggingen. De trustverhouding wordt opgezet door een (commerciële) instelling die optreedt als initiatiefnemer van een collectieve beleggingsoperatie. De initiatiefnemer stelt een trustverhouding in waarbij de gehele equitable interest aanvankelijk wordt gehouden door een gelieerde ‘promotor’.¹⁰²⁵ De laatste verdeelt de equitable interest in ‘units’ en biedt deze vervolgens aan het publiek aan.¹⁰²⁶ De aldus opgehaalde gelden wor-den overgedragen aan de trustee. De beleggers worden zodoende ‘unit holders’ van de Unit Investment Trust en zijn als beneficiaries gezamenlijk de equitable owners van het beleggingsvermogen dat door de trustee wordt beheerd.¹⁰²⁷ Op deze wijze ontstaat een structuur waarbij de trustee de beleggingsgelden ten behoeve van de unit holders aan-houdt. De unit holders hebben ten slotte het recht de units voor de pro rata waarde van de onderliggende beleggingen aan de manager te verkopen, waarbij (uiteraard) de inkoop-prijs gradueel lager ligt dan de uitgifteprijs.¹⁰²⁸ Een bekende toepassing van de trust als beleggingsvehikel, met name in de Verenigde Staten, is de zogeheten ‘Real Estate Invest-ment Trust’ (REIT), waarbij collectieve vastgoedbeleggingen worden opgezet.

6.6.5 Pension trusts

Pension trusts hebben in Anglo-Amerikaanse landen een zeer belangrijke rol¹⁰²⁹ en verto-nen een sterke functionele gelijkheid met de ons bekende pensioenfondsen. In de Anglo-Amerikaanse opzet zijn de pensioengerechtigden beneficiaries van een pension trust, ter-wijl de legal title van de pensioenbeleggingen bij de trustee berust.¹⁰³⁰ In de pension funds storten werkgevers en werknemers (al dan niet vrijwillig) bedragen teneinde in de latere pensioenuitkeringen aan de betrokken werknemers te kunnen voorzien. Vrijwel ieder bedrijf van enige omvang heeft zijn eigen pension trust.¹⁰³¹ Overigens dienen Qualified Pension Trusts, vanwege het publieke belang dat wordt gehecht aan een solide oudedags-voorziening, te voldoen aan strenge wettelijke voorwaarden. In het Verenigd Koninkrijk is dit geregeld in de Pensions Act 1995.¹⁰³²

1022 Aertsen 2004, blz. 59-60.

1023 Underhill en Hayton 2003, blz. 42-43.

1024 De term ‘unit trust’ staat overigens niet gelijk aan de term ‘investment trust’. De laatste figuur dient eveneens om collectieve beleggingen te structureren, maar vindt plaats door middel van een vennootschap. Zie Hayton 2003, blz. 65 en Uniken Venema 1954, blz. 114-115.

1025 Lupoi 2000, blz. 147.

1026 Lupoi 2000, blz. 147.

1027 Hayton 1996, blz. 42.

1028 Hayton 1996, blz. 42.

1029 In Underhill en Hayton 2003, blz. 46, wordt vermeld dat 11 miljoen werknemers hun pensioen-opbouw bij een pension fund hebben ondergebracht en dat 8 miljoen gepensioneerden een uit-kering uit een pension fund ontvangen. Zie ook Oakley 2003, blz. 502-503 die van enkele jaren het totale beleggingsvermogen in pension trusts noemt: in 1995: £ 500 miljard, in 1999: £ 715 miljard en eind 2002: £ 525 miljard.

1030 Zwolve 2000, blz. 356.

1031 Lupoi 2000, blz. 145.

1032 Underhill en Hayton 2003, blz. 46.

6.7 TRUSTACHTIGE FIGUREN IN NEDERLAND

Het Nederlandse civiele recht kent de voor de Anglo-Amerikaanse trust kenmerkende scheiding tussen 'legal and equitable interests' niet. Het gesloten stelsel van zakelijke rechten staat hieraan in de weg. Desondanks kunnen enkele Nederlandse rechtsfiguren worden aangewezen die in functioneel opzicht een equivalent zijn van de trustfiguur. Deze trustachtige figuren worden hierna beknopt beschreven, zodat een referentiekader van vergelijkbare rechtsfiguren wordt gevormd dat ten behoeve van de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel kan worden aangehouden.

Hierna worden achtereenvolgens de Nederlandse stichting, het bewind en de kwaliteitsrekening besproken.¹⁰³³ Gezien de reikwijdte van dit onderzoek wordt telkens volstaan met een uiteenzetting op hoofdlijnen. Een integrale beschrijving van de civielrechtelijke aspecten is niet beoogd. De figuur van de 'fiduciaire eigendom', waartoe de *fiducia cum creditore* en de *fiducia cum amico* behoren, vertoont opvallende gelijkenissen met het grondschema van de Anglo-Amerikaanse trust, maar blijft hier onbesproken.¹⁰³⁴ De fiduciaire eigendomsoverdracht is met de invoering van art. 3.84, lid 3, BW per 1 januari 1992 namelijk 'verboden' en heeft daarmee als referentiepunt zijn belang verloren.

6.7.1 Nederlandse stichting

De Anglo-Amerikaanse trust vertoont in bepaalde opzichten functionele gelijkenissen met de Nederlandse stichting.¹⁰³⁵ In het bijzonder gaat de vergelijking op voor de Nederlandse stichting en de Anglo-Amerikaanse 'charitable trust'. Bij die trustvorm ontbreekt namelijk de splitsing in een 'legal and equitable interests', waardoor deze rechtsfiguur in hoge mate vergelijkbaar is met de Nederlandse stichting.¹⁰³⁶

In het kader van de private express trusts dringt de vergelijking zich op met de zogeheten 'familiestichting' of het zogenoemde 'familiefonds'.¹⁰³⁷ Ook al is het nooit gekomen van een eigen civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke regeling voor 'familiestichtingen', zoals voorgesteld door de Commissie-Moltmaker,¹⁰³⁸ het huidige stichtingenrecht laat een 'familiestichting' in zekere zin wel toe.¹⁰³⁹ Het betreft een bijzondere variant van de gewone stichting, waarbij een stichting wordt gebruikt om uitvoering te geven aan de wens om bijvoorbeeld ten behoeve van de familie, voor opvolgende generaties, voldoende middelen beschikbaar te hebben om in de kosten van levensonderhoud te kunnen voorzien. Naar alle waarschijnlijkheid is het aan de dubbele heffing van schenkingsrechten en

1033 Van een vergelijking met beperkt zakelijke rechten, lastgeving, middellijke vertegenwoordiging is vanwege het verder liggende verband afgezien. De geïnteresseerde lezer wordt verwezen naar Dyer en Van Loon 1983, blz. 55-59, Faber 1996, blz. 195-262 en Verhagen 1996, blz. 76-87.

1034 Zie Dyer en Van Loon 1983, blz. 56-57.

1035 Zie voor een civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke vergelijking van beide rechtsfiguren, Van Houte 1999, blz. 61-71 en Rapport Stichtingen, blz. 66-79. Ook wordt de trustfiguur regelmatig vergeleken met een buitenlandse stichtingsfiguur: de Antilliaanse Stichting Particulier Fonds. Zie o.a. Janssen en Neve 2000, blz. 117-119, Roks 2000 en Koppenol-Laforce en Sonneveldt 2001, blz. 173-181.

1036 Zwalve 2000, blz. 303-304.

1037 Overigens is bij 'familiefondsen' niet altijd sprake van een stichting, maar bijvoorbeeld van een 'familiecontract'. Zie HR 17 september 2004, BNB 2005/63.

1038 Zie Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving (commissie Moltmaker), *De warme, de koude en de dode hand*, 13 maart 2000 (hierna: Rapport Commissie-Moltmaker), onderdeel 5.2.

1039 In de rechtspraak blijkt de 'familiestichting' doorgaans een lijfrente- of pensioenstichting te zijn. Zie o.a. Hof Arnhem 10 maart 2005, V-N 2005/29.24, HR 14 september 1977, BNB 1978/15 en HR 9 juni 197, BNB 1976/170.

de beperkte flexibiliteit van de stichtingsfiguur te wijten dat de familiestichting niet veelvuldig(er) voorkomt in Nederland.¹⁰⁴⁰

Ook kan de Anglo-Amerikaanse trust in functioneel opzicht worden vergeleken met een stichting administratiekantoor (STAK), waarbij het ingebrachte vermogen wordt gecertificeerd ten behoeve van de achterliggende gerechtigden (certificaathouders).¹⁰⁴¹ De stichting wordt daarbij de eigenaar van het ingebrachte vermogen en beheert dit ten behoeve van de certificaathouders. Zodoende komt een splitsing tussen 'macht' en 'economisch belang' tot stand. Afgezien van het feit dat een stichting, anders dan een Anglo-Amerikaanse trust, rechtspersoonlijkheid bezit, is de meest kenmerkende verschil dat de stichting geen van het eigen (stichtings)vermogen afgezonderd vermogen ten behoeve van begunstigten kent.¹⁰⁴² In zoverre zijn de juridische gelijkenissen (zeer) beperkt te noemen.

6.7.2 De kwaliteitsrekening

In het arrest HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 (Slis-Stroom) stond de zogeheten 'kwaliteitsrekening' centraal. Uit het arrest kan worden afgeleid dat de kwaliteitsrekening onder voorwaarden een afgescheiden gedeelte vormt ten opzichte van het vermogen van de notaris.¹⁰⁴³ Hiervan is sprake, indien de koopsom wordt overgemaakt naar 'een afzonderlijke rekening ten name van de notaris met vermelding van diens hoedanigheid van opdrachtnemer van de betreffende koper en verkoper' dan wel op 'een – voor wat betreft het afgescheiden blijven van het overgemaakte bedrag van het vermogen van de notaris – daarmee gelijk te stellen weg'.¹⁰⁴⁴ Indien aan deze voorwaarden wordt voldaan en de vordering van de notaris op de bank (de kwaliteitsrekening) derhalve niet wordt getroffen door het faillissement van de notaris, ontstaat een zekere gelijkenis met het 'separate karakter' van het trustvermogen binnen het vermogen van de trustee.

De reikwijdte van het arrest lijkt beperkt te zijn tot vorderingen op de bank, waardoor de kwaliteitsrekening echter maar zeer beperkt vergelijkbaar is met de uiterst veelzijdige trustfiguur.¹⁰⁴⁵ Ook het latere arrest Beatrixziekenhuis-Procall¹⁰⁴⁶ houdt een verdere beperking in van de bijzondere toepassing van de kwaliteitsrekening.¹⁰⁴⁷ Het betreft hier een dynamisch onderdeel van het civiele recht, getuige de vele publicaties op dit terrein, waaronder twee dissertaties binnen enkele jaren.¹⁰⁴⁸ Deze uiteenzetting is dan ook uitsluitend als een uiterst globale bespreking te beschouwen.

6.7.3 Het bewind

De rechtsfiguur 'bewind' laat zich het beste omschreven als een rechtsverhouding waarin een ander de beheers- en beschikkingsbevoegdheid heeft ten aanzien van de goederen van de rechthebbende. Vaak ligt hieraan een beschermingsgedachte ten grondslag, zoals bij het bewind ten aanzien van minderjarige kinderen. De goederen behoren overigens, anders dan bij een trustverhouding, tot het vermogen van de rechthebbende en gaan derhalve niet over naar de bewindvoerder. Binnen het vermogen van de rechthebbende

1040 Zie Rapport Commissie-Moltmaker, onderdeel 5.2.1. Tevens wordt daar het 'uitkeringenverbod' ex art. 2:285, lid 3, BW, als belemmering genoemd. In het hier genoemde geval speelt dat vanwege het sociale karakter van de uitkering geen rol.

1041 Zie ook Verhagen 1996, blz. 86-87.

1042 Verhagen 1996, blz. 86-87.

1043 Voor een precieze duiding van het arrest, de civielrechtelijke implicaties van de kwaliteitsrekening, en de daarop betrekking hebbende discussie in literatuur wordt verwezen naar Faber 1996, blz. 204-214.

1044 Zie HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752, r.o. 3.2.

1045 Verhagen 1996, blz. 82.

1046 HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196.

1047 Zie o.a. Snijders 2004, blz. 298-305 en Wolfert 2003, blz. 559-563.

1048 Wolfert 2007 en Steneker 2005.

nemen de onder bewind staande goederen een aparte positie in en vormen daar een 'afgescheiden vermogen'. Zo gelden onder andere in het geval van faillissement bijzondere regels ten aanzien van de uitwinning van onder bewind vallende goederen, zodat het bewind in zekere zin goederenrechtelijke werking heeft.¹⁰⁴⁹

In het kader van de vergelijking met de Anglo-Amerikaanse express trust dienen het testamentaire bewind¹⁰⁵⁰ en het schenkingsbewind¹⁰⁵¹ zich als vergelijkingsmateriaal aan.¹⁰⁵² De hiervóór genoemde kenmerken van het bewind vertonen overeenkomsten met enkele essentiële kenmerken van het trustrecht, waarbij in het bijzonder aan de 'protective trust' en de 'spendthrift trust' kan worden gedacht.¹⁰⁵³ Het grote verschil tussen beide rechtsfiguren is evenwel dat de onder bewind staande goederen, anders dan de onder trustverband geplaatste goederen, tot het vermogen van de rechthebbende (blijven) behoren.

Het Nederlandse civiele recht kent weliswaar rechtsfiguren die functionele gelijkenissen vertonen met de Anglo-Amerikaanse trust, maar biedt geen rechtsfiguur aan die dezelfde veelzijdigheid en flexibiliteit kent. Indien vanuit de Nederlandse rechtssfeer wordt uitgeweken naar de veelzijdige trustfiguur, ontstaan verschillende vragen van internationaal privaatrecht. Deze internationaal privaatrechtelijke dimensie is aan de orde gesteld in het zogeheten 'Haags Trustverdrag' en wordt hierna besproken.

6.8 HET HAAGS TRUSTVERDRAG

Het op 1 juli 1985 gesloten Haags Trustverdrag (HTV)¹⁰⁵⁴ is voor Nederland op 1 februari 1996 in werking getreden.¹⁰⁵⁵ Het HTV is een internationaal privaatrechtelijk verdrag waarvan enkele onderdelen voor Nederland op nationaal niveau zijn uitgewerkt in de Wet conflictenrecht trusts.¹⁰⁵⁶ Het HTV voorziet in regels voor de beantwoording van twee internationaal privaatrechtelijke hoofdvragen, te weten:

1. Welk recht is van toepassing op de trustverhouding?
2. In welke grensoverschrijdende situaties wordt de trustverhouding erkend?

Het HTV is, blijkens het Explanatory Report,¹⁰⁵⁷ opgezet volgens het model van 'the launcher and the rocket'. Hiermee wordt bedoeld dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen kwesties betreffende de 'lanceerinrichting' (rechtshandelingen in het kader van de trustinstelling) en de 'raket' (de trustverhouding zelf).¹⁰⁵⁸ Uit art. 4 HTV kan worden afgeleid dat het HTV uitsluitend van toepassing is op de trustverhouding als zodanig. De geldigheid van de aan de trustinstelling voorafgaande rechtshandelingen, zoals de overdracht van de trustgoederen, dient dan ook te worden beoordeeld volgens de internationale privaatrechtelijke regels van de *lex fori*.¹⁰⁵⁹

1049 Zie Aertsen 2004, blz. 71-88.

1050 Boek 4, titel 5, afdeling 7, BW (art. 4:153 BW e.v.).

1051 Zie art. 7:182 BW.

1052 Voor een uitvoerige vergelijking van de Anglo-Amerikaanse trust en het Nederlandse bewind kan worden verwezen naar Uniken Venema 1954 en Aertsen 2005, blz. 4-11.

1053 Dyer en Van Loon 1983, blz. 57.

1054 Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, 's-Gravenhage, 1 juli 1985, Trb. 1985, 141.

1055 Zie voor een uitgebreide analyse van het HTV, Koppenol-Laforce 1997.

1056 Wet conflictenrecht trusts, 4 oktober 1995, Stb. 1995, 508.

1057 Het 'Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention', samengesteld door A.E. von Overbeck (hierna: Rapport Von Overbeck), behelst een verslag van de discussies bij de achtergronden van het HTV. Het rapport is te vinden op: http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=publications.details&pid=2949&dt+id=31.

1058 Rapport Von Overbeck, nr. 53, blz. 21.

1059 Koppenol-Laforce 1997, blz. 85-88. Doorgaans zal dit het recht zijn van het land waar het vermogensbestanddeel zich bevindt, de zogeheten '*lex rei sitae*'.

Het HTV is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk I wordt de reikwijdte van het verdrag omschreven.¹⁰⁶⁰ Belangrijk daarbij is, naast het hiervoor beschreven art. 4 HTV, dat het HTV slechts van toepassing is op de in art. 2 en 3 HTV omschreven trustvormen. Kort gezegd gaat het daarbij om de op basis van een schriftelijk document ingestelde voluntaire trusts, waarbij de term 'trust' overeenkomstig art. 2 HTV wordt opgevat.

Artikel 2 HTV luidt:

'For the purpose of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationship created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. A trust has the following characteristics:

- (a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;*
- (b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;*
- (c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.*

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.'

Het tweede en derde hoofdstuk van het HTV strekken ter beantwoording van de twee genoemde internationaal privaatrechtelijke hoofdvragen. hoofdstuk II¹⁰⁶¹ bevat de regels met betrekking tot het op trusts toepasselijke recht en hoofdstuk III¹⁰⁶² de regels met betrekking tot de erkenning van trusts.

Ter bepaling van het op de trust van toepassing zijnde recht wordt de impliciete of expliciete rechtskeuze van de settlor als uitgangspunt genomen (art. 6 HTV). Het gekozen recht beheerst de vragen met betrekking tot de geldigheid, uitlegging en rechtsgevolgen van de trust, alsmede de regels omtrent het bestuur over het trustvermogen (art. 8 HTV). Mocht de rechtskeuze van de settlor het recht aanwijzen van een Staat die de (desbetreffende) trust niet in zijn rechtsstelsel kent, dan dient op basis van art. 7 HTV – dat eveneens dient te worden geconsulteerd indien geen rechtskeuze is gemaakt – het toepasselijke recht worden gevonden. Het ingevolge art. 7 HTV van toepassing zijnde recht, is het recht van het land waarmee de trust het 'nauwst verbonden' is.

De volgende factoren zijn bij deze vaststelling ingevolge art. 7, lid 2, HTV, in het bijzonder van belang:

- (a) de door de insteller aangewezen plaats waar de trust wordt bestuurd;*
- (b) de plaats waar de goederen van de trust zijn gelegen;*
- (c) de plaats waar de trustee zijn verblijf of kantoor heeft;*
- (d) de doeleinden van de trust en de plaatsen waar zij moeten worden verwezenlijkt.*

Blijkens het Explanatory Report is in de volgorde van factoren een zekere hiërarchie tot uitdrukking gebracht.¹⁰⁶³ Indien de toets van art. 7 HTV het recht van een 'niet-trustland' aanwijst, is het HTV niet langer van toepassing (art. 5 HTV).

De erkenning van de trust ingevolge hoofdstuk III van het HTV is ruim van opzet. Indien een trust is ingesteld overeenkomstig de regels van het van toepassing zijnde recht, wordt

1060 Art. 1 t/m 5 HTV.

1061 Art. 6 t/m art. 10 HTV.

1062 Art. 11 t/m art. 14 HTV.

1063 Rapport Von Overbeck, nr. 72, blz. 26.

de trust in beginsel erkend (art 11 HTV). De erkenning brengt mee dat de belangrijkste karakteristieken van de trustverhouding moeten worden geëerbiedigd. Koppenol-Laforce omschrijft de erkenning ingevolge het HTV als:¹⁰⁶⁴

‘(...) aanvaarding van de werking van het toepasselijke trustrecht in de verhouding tussen de betrokkenen bij de trust (zowel de interne als de externe relaties)’.

Dit houdt in dat het trustvermogen is afgezonderd van het vermogen van de trustee en derhalve niet vatbaar is voor verhaal door diens persoonlijke schuldeisers. Ook een eventueel huwelijk, overlijden of faillissement van de trustee raakt het trustvermogen niet. Voorts houdt erkenning in dat de trustgoederen bij een ‘breach of trust’ kunnen worden teruggevorderd. Daarnaast is geregeld dat de trustee, *qualitate qua*, in rechte kan optreden en voor de notaris kan verschijnen. Ook kan hij in zijn hoedanigheid van trustee de inschrijving van vermogensbestanddelen in openbare registers verlangen (art. 12 HTV).

De ruime civielrechtelijke erkenning wordt ingeperkt door enkele bepalingen uit hoofdstuk III en hoofdstuk IV van het HTV.¹⁰⁶⁵ Ingevolge art. 13 HTV is geen Staat (lees: rechter) gehouden de trust te erkennen waarvan de kenmerkende elementen, afgezien van eenvoudig manipuleerbare factoren, zoals het gekozen rechtsstelsel, de plaats van bestuur van de trust en de gewone verblijfplaats van de trustee, nauwer verbonden zijn met het recht van een Staat waarin de desbetreffende trustfiguur niet voorkomt.¹⁰⁶⁶

Onder relevante, kenmerkende elementen worden in eerste instantie de woon- of verblijfplaats, alsmede de nationaliteit van de bij de trust betrokken personen verstaan.¹⁰⁶⁷ Hierbij kan allereerst worden gedacht aan de nationaliteit en de woon- of verblijfplaats van de settlor en de beneficiaries, maar wellicht ook die van de protector. Daarnaast kan, analoog aan art. 7, lid 2, onderdelen b en d, HTV, worden gewezen op de plaats waar de trustgoederen zijn gelegen, de doeleinden van de trust en de plaats waar deze dienen te worden verwezenlijkt.¹⁰⁶⁸

Op welk moment moet worden getoetst of de trust nauwer is verbonden met een Staat die het trustrecht niet kent, is niet duidelijk. Twee mogelijke ijkpunten dienen zich aan, namelijk het tijdstip waarop de trust is ingesteld en het moment waarop de niet-erkenning wordt ingeroepen.¹⁰⁶⁹

Bij de keuze voor één van deze momenten dient de achtergrond van art. 13 HTV in ogenschouw te worden genomen. De genoemde bepaling is in het HTV opgenomen met de bedoeling om de rechter van de aangezochte Staat de mogelijkheid te bieden erkenning te onthouden aan trustverhoudingen die – globaal gesproken – geen reële band hebben met een trustland.¹⁰⁷⁰ Indien men een relevante inhoud wil toekennen aan deze bepaling, dan dient naar mijn mening het toetsmoment niet statisch, maar juist dynamisch te zijn. Zou uitsluitend het moment van instellen van de trust beslissend zijn, dan zouden alle trusts die bij instelling de toets der kritiek van art. 13 HTV kunnen doorstaan, nooit meer met niet-erkenning kunnen worden geconfronteerd. Omgekeerd zou in alle overige geval-

¹⁰⁶⁴ Koppenol-Laforce 1997, blz. 127.

¹⁰⁶⁵ Zie art. 11, lid 3, onderdeel d, en art. 13 HTV, alsmede art. 15, 16 en 18 HTV.

¹⁰⁶⁶ Koppenol-Laforce 1997, blz. 147 merkt mijns inziens terecht op dat niet vereist is dat de nauwste band dient te bestaan met het (trust)land van het gekozen recht. Het mag ook een ander ‘trustland’ zijn.

¹⁰⁶⁷ Rapport Von Overbeck, nr. 123, blz. 37.

¹⁰⁶⁸ Zie ook Vlas en Koppenol-Laforce 1995, blz. 31. Uiteraard is de plaats van ligging van de trustgoederen ook voor manipulatie vatbaar.

¹⁰⁶⁹ Zie Rapport Von Overbeck, nr. 124, blz. 37 en Koppenol-Laforce 1997, blz. 147-148.

¹⁰⁷⁰ Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23 027, nr. 3, blz. 8, Rapport Von Overbeck, nr. 123-124, blz. 37 en Koppenol-Laforce 1997, 144-147.

len vanwege het bij de trustinstelling verkregen 'oormerk' nooit meer voor erkenning in aanmerking komen, ook niet wanneer als gevolg van legitieme omstandigheden pas na de trustinstelling aan de voorwaarden voor erkenning wordt voldaan. Beide situaties leiden naar mijn mening tot een onwenselijk uitkomst.¹⁰⁷¹

Het komt mij dan ook voor dat de situatie op het moment van inroepen van art. 13 HTV als uitgangspunt moet worden genomen bij de beoordeling.¹⁰⁷² Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken, indien de historische en toekomstige ontwikkelingen van de trust en de daarbij betrokken relaties zodanig in tegenspraak zijn met de situatie op het toetsmoment dat toch (niet) gezegd kan worden dat een nauwere verbondenheid met een trustland bestaat.¹⁰⁷³

Overigens kan worden opgemerkt dat niet alleen onduidelijk is in welke gevallen nu tot niet-erkenning op grond van art. 13 HTV dient te worden geconcludeerd, maar evenmin wat de precieze gevolgen van niet-erkenning zijn. Koppenol-Laforce is dan ook geen voorstander van toepassing van art. 13 HTV.¹⁰⁷⁴ Ten slotte is belangrijk te constateren dat art. 13 HTV, voor zover deze bepaling wordt toegepast, de rechter niet verplicht tot niet-erkenning van de trust over te gaan, maar hem op dit punt een discretionaire bevoegdheid laat.¹⁰⁷⁵

De algemeen geformuleerde grond voor niet-erkenning ex art. 13 HTV wordt aangevuld met de specifieke bepaling van art. 15 HTV. In dat artikel is neergelegd dat bepalingen van dwingend recht van de *lex fori* prevaleren boven de erkenning van de (rechtsgevolgen van een) trust, met name indien deze bepalingen betrekking hebben op:¹⁰⁷⁶

- a) *the protection of minors and incapable parties;*
- b) *the personal and proprietary effects of marriage;*
- c) *succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives;*
- d) *the transfer of title to property and security interests in property;*
- e) *the protection of creditors in matters of insolvency;*
- f) *the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.*

De gedachte achter deze bepaling is dat de uit het HTV voortvloeiende erkenning van het afgescheiden trustvermogen niet in conflict mag komen met regels die een dwingendrechtelijk karakter hebben.¹⁰⁷⁷ In art. 15 HTV is dan ook een niet-limitatieve opsomming gegeven van regels die de erkenning van de trust kunnen inperken. Hoewel een uitvoerige bespreking van dit artikel het kader van dit betoog te buiten gaat, verdienen drie punten kort de aandacht.

Allereerst is het goed in herinnering te roepen dat het HTV niet van toepassing is op de overdracht van vermogensbestanddelen door een insteller aan de trustee ('the launcher and the rocket'). Het bepaalde in art. 15 HTV, met name het genoemde in onderdeel d,

1071 Koppenol-Laforce 1997, blz. 147-148.

1072 Ook in het Rapport Von Overbeck wordt op grond van de 'purpose of the provision' een voorkeur uitgesproken voor toetsing van de omstandigheden op het moment waarop de niet-erkenning wordt ingeroepen (nr. 125-127). Ook Koppenol-Laforce 1997, blz. 148, kiest voor dit toetsingsmoment.

1073 Koppenol-Laforce 1997, blz. 148 en Verhagen 1996 blz. 112.

1074 Koppenol-Laforce 1997, blz. 151.

1075 Aanvankelijk is door Argentijnse, Egyptische, Franse, Griekse en Spaanse delegatie voorgesteld dat de rechter, indien art. 13 HTV van toepassing is, verplicht tot niet-erkenning zou moeten overgaan. Zie Rapport Von Overbeck, nrs. 123, 128 en 129, blz. 37-38.

1076 Art. 15, lid 2, HTV.

1077 In het Rapport Von Overbeck, nr. 137, blz. 41, wordt gesproken over 'a rule which cannot be derogated from by voluntary act'.

heeft dan ook geen betrekking op de geldigheid van de voorafgaande trustinstelling. Het is echter in voorkomende gevallen moeilijk uit te maken of een beperking van de (erkenning van de) rechtsgevolgen van een trust zijn oorsprong vindt in een voorafgaande kwestie ex art. 4 HTV, dan wel het gevolg van de niet-erkenning ex art. 15 HTV.¹⁰⁷⁸

In de tweede plaats kan – in het verlengde van het voorgaande – worden opgemerkt dat art. 15 HTV geen betrekking heeft op de overdracht van goederen aan een trustee in het kader van de trustinstelling. Deze kwestie wordt niet beheerst door het HTV, maar door de regels van de *lex rei sitae*. Ten aanzien van in Nederland gelegen goederen zou dit kunnen betekenen dat ‘het fiduciaverbod’ ex art. 3:84, lid 3, BW,¹⁰⁷⁹ de overdracht van in Nederland gelegen goederen aan de trustee verhindert. Uit art. 4 WCT en de daarop gegeven toelichting,¹⁰⁸⁰ valt echter op te maken dat de wetgever het fiduciaverbod niet op deze situatie van toepassing acht.¹⁰⁸¹ Hoewel de ingreep van de wetgever past binnen het creëren van een effectieve werkingssfeer van het HTV in Nederland, wekt het zonder meer verbazing dat art. 4 WCT indirect is gebaseerd op art. 15 HTV.¹⁰⁸² De reikwijdte van het HTV strekt zich immers niet uit tot kwesties aangaande ‘the launcher’.

Tot slot bevat art. 15 HTV, anders dan art. 13 HTV, een instructie voor de rechter. Beslist de rechter dat op basis van art. 15 HTV de trust niet (geheel) kan worden erkend, dan tracht hij ‘op andere wijze’ gevolg te geven aan de trust. Voor de hand ligt dat hij daarbij zo veel mogelijk probeert aan te sluiten bij naastliggende rechtsfiguren, dan wel op alternatieve wijze probeert een vergelijkbaar resultaat te bereiken.¹⁰⁸³

Het HTV wordt gecompleteerd met de hoofdstukken IV¹⁰⁸⁴ en V.¹⁰⁸⁵ De in hoofdstuk IV opgenomen artikelen, waarvan art. 15 HTV reeds werd besproken, voorzien in enkele algemene bepalingen. hoofdstuk V omvat de slotbepalingen van het verdrag. Belangrijkste bepaling uit deze hoofdstukken – althans voor het fiscale recht – is art. 19 HTV. Dit artikel bepaalt dat: ‘Nothing in the Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters.’ De toelichting uit het Rapport Von Overbeck is kort en duidelijk:

‘It was necessary to state in the Convention that tax law would not be affected; indeed, if the Convention appeared to allow, through means of trust, the evasion of certain taxes, its chances for ratification would be seriously compromised. Article 17 of the preliminary draft [thans art. 19 HTV, JPB] was adopted without discussion by the Fifteenth Session.’

Op deze plaats wordt volstaan met het weergeven van dit artikel en de toelichting daarop. In hoofdstuk 7 wordt de relevantie van het HTV voor de fiscale erkennning van de Anglo-Amerikaanse trust als onderdeel van het kwalificatievraagstuk uitvoerig besproken.

6.9 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is een profielschets gegeven van het Anglo-Amerikaanse trustrecht. De vele, vuistdikke handboeken waarin het Anglo-Amerikaanse trustrecht wordt beschreven,

1078 Koppenol-Laforce 1997, blz. 154 noemt het voorbeeld van de mogelijke onduidelijkheid die kan ontstaan bij een niet-erkenning, omdat de legitieme portie is geschonden. In dat geval is niet duidelijk of de oorzaak van de niet-erkenning is gelegen in de ‘voorfase’ (art. 4 HTV) of de toepassing van een dwingendrechtelijke regeling (art. 15 HTV).

1079 Art. 3:84, lid 3, BW, luidt: ‘Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed.’

1080 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 027, nr. 3, blz. 17-19.

1081 Zie Koppenol-Laforce 1997, blz. 181-182 en Verhagen 1996, blz. 115.

1082 Koppenol-Laforce 1997, blz. 181-182, acht de gekozen methode ‘enigszins merkwaardig’.

1083 Koppenol-Laforce 1997, blz. 170, blz. 222 en blz. 225-226.

1084 Art. 15 HTV t/m 25 HTV.

1085 Art. 26 HTV t/m 32 HTV.

maken duidelijk dat het behandelde slechts een beschrijving op hoofdlijnen kan zijn. De conceptuele onbekendheid met de trustfiguur binnen het Nederlandse civiele recht brengt mee dat een uitgebreide kennismaking met deze rechtsfiguur noodzakelijk is. Een uiteenzetting van het trustrecht is essentieel om de Anglo-Amerikaanse trust als rechtsfiguur in te kunnen passen binnen het Nederlandse fiscale stelsel.

Bij de beschrijving is de historische ontwikkeling van het trustrecht als vertrekpunt gekozen. In de eerste plaats volgt uit de beschouwingen omtrent de oorsprong en ontwikkeling van 'de trust' dat deze rechtsfiguur binnen het geheel eigen systeem van het Anglo-Amerikaanse privaatrecht tot stand is gekomen. De Anglo-Amerikaanse rechtstraditie verschilt wezenlijk van de op het Romeinse recht georiënteerde rechtssystemen, zoals die op het Europese continent. De trust laat zich om die reden dan ook niet plaatsen binnen de conceptuele kaders en het begrippenapparaat van het Romeinse recht. In de tweede plaats draagt bredere kennis van de achtergronden van het trustrecht eraan bij dat de trustfiguur voor een gedeelte van zijn 'mystieke beeldvorming' wordt ontdaan. De trust is in landen met een Anglo-Amerikaanse rechtscultuur namelijk een bijna triviale rechtsvorm.

De civielrechtelijke kenmerken van de Anglo-Amerikaanse trust geven aan dat het een rechtsverhouding *sui generis* betreft. Binnen deze bijzondere rechtsverhouding staan de onderlinge relaties tussen de trustee(s) en de beneficiaries centraal, waarbij de rechtsverhoudingen betrekking hebben op het onder trustverband gestelde vermogen. De verschillende trustvormen kunnen worden ingedeeld aan de hand van de ontstaansgrond van de trust, het met de trustinstelling nagestreefde doel en de aard van de rechtspositie van de beneficiaries. Daarnaast kan de (on)herroepelijkheid van de trust als indelingsgrond worden aangehouden. De belangrijkste categorieën in het kader van dit onderzoek zijn de fixed en discretionary trust.

Vervolgens is de positie van respectievelijk de settlor, de trustee(s), de beneficiary en de protector toegelicht. Ten aanzien van de beneficiaries is ingegaan op de meer algemene aspecten van de rechtspositie van een beneficiary, ongeacht het 'soort trust'. Voorts is aan de hand van het onderscheid tussen fixed en discretionary trusts nader ingegaan op de specifieke elementen die ten aanzien van beide groepen beneficiaries van belang zijn. Hierbij komt naar voren dat de beneficiaries van een fixed trust weliswaar 'aanspraken' kunnen ontlenen aan de trustverhouding, maar dat deze aanspraken aanzienlijk van elkaar kunnen verschillen. De onderlinge verschillen kunnen soms uiterst subtiel zijn, zoals bleek uit de beschrijving van de diverse 'present and future interests'. Bij discretionary trusts verkrijgen de beneficiaries daarentegen geen rechtens afdwingbare aanspraken en koesteren uitsluitend de verwachting dat een uitkering zal worden ontvangen.

Daarnaast zijn enkele specifieke trustvormen besproken met een 'privaat karakter'. Hieruit volgt dat trusts kunnen worden ingezet voor ondernemingsgerichte doeleinden, dan wel voor de behartiging van familiebelangen. Uit deze bespreking komt niet alleen naar voren dat de trust een uiterst veelzijdige rechtsfiguur is, maar geeft tevens inzicht in de vele legitieme situaties waarin van een trustverhouding gebruik kan worden gemaakt.

Bij een vergelijking van de Anglo-Amerikaanse trust met enkele Nederlandse trustachtige figuren – zoals de stichting, de kwaliteitsrekening en het bewind – kan worden geconcludeerd dat de overeenkomsten met name functioneel van aard zijn. De specifieke juridische structuur en flexibiliteit van de Anglo-Amerikaanse trust wordt echter door geen van de genoemde rechtsfiguren benaderd. Bij de Nederlandse equivalenten ontbreekt de kenmerkende splitsing in 'legal and equitable interests'. Voorts heeft een Anglo-Amerikaanse trust geen rechtspersoonlijkheid.

Ten slotte is het HTV aan de orde gekomen. Het verdrag is opgezet volgens het systeem van de 'launcher and the rocket', waardoor kwesties rondom de trustinstelling buiten het

bereik van het HTV vallen. hoofdstuk II bevat de bepalingen omtrent het van toepassing zijnde recht. De door de settlor uitgebrachte rechtskeuze is daarbij het uitgangspunt (art. 6 HTV), tenzij geen keuze is uitgebracht voor een 'trustland' (art. 7 HTV). De regels omtrent de erkenning van trusts zijn opgenomen in hoofdstuk III. Daarbij is de 'ruime erkenning' volgens art. 11 HTV het uitgangspunt, terwijl inperkingen op grond van art. 13 en 15 HTV mogelijk zijn. Ten slotte is in art. 19 HTV bepaald dat het HTV de fiscale bevoegdheden van een Staat onverlet laat.

Deel III

7 *De fiscale erkenning van de Anglo-Amerikaanse express trust*

7.1 INLEIDING

In het kader van de fiscale kwalificatie van een buitenlandse rechtsvorm is de ‘fiscale erkenning’ van de rechtsvorm de eerste stap.¹⁰⁸⁶ Indien een buitenlandse rechtsfiguur binnen de reikwijdte van de Nederlandse fiscale jurisdictie komt, dient te worden beoordeeld op welke wijze het Nederlandse belastingrecht daaraan gevolgen verbindt. Een dergelijke beoordeling is in het bijzonder van belang indien de vreemde rechtsvorm – zoals de Anglo-Amerikaanse express trust – kenmerken vertoont van een fiscaal zelfstandige entiteit. In dat geval dient immers te worden vastgesteld of deze rechtsfiguur voor toepassing van het Nederlandse belastingrecht als een fiscaal zelfstandige dan wel onzelfstandige entiteit kan worden beschouwd.

De fiscale kwalificatie kan echter niet eerder plaatsvinden dan nadat de inhoud van de rechten en verplichtingen die voortkomen uit de door het vreemde recht beheerste rechtsfiguur, zijn vastgesteld en vervolgens zijn ‘vertaald’ naar de concepten en terminologie van het Nederlandse belastingrecht.¹⁰⁸⁷ Deze vertaalslag is als onderdeel van het kwalificatieproces noodzakelijk om toepassing van de bepalingen van het Nederlandse belastingrecht op de inhoud van een buitenlandse rechtsfiguur daadwerkelijk mogelijk te maken. Alvorens een onbekende rechtsfiguur kan worden ingepast in het systeem van het Nederlandse belastingrecht, is immers enige vorm van ‘integratie’ vereist. Deze vindt plaats in de fase van de ‘fiscale erkenning’ van een rechtsfiguur en gaat vooraf aan de eigenlijke ‘fiscale kwalificatie’.

In dit hoofdstuk wordt de ‘fiscale erkenning’ van de Anglo-Amerikaanse trust behandeld. In paragraaf 7.2 wordt de fiscale erkenningsregel vastgesteld. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de eventuele invloed van het HTV op de fiscale erkenningsregel (paragraaf 7.3). Daarna wordt beoordeeld of het binnen de erkenningsregel van belang is dat de rechtsvorm een zekere mate van affiniteit heeft met een ‘trustland’ (paragraaf 7.4). In het verlengde daarvan wordt onderzocht in hoeverre de toepassing van *fraus legis* binnen het leerstuk van de erkenning een rol kan spelen in trustgevallen (paragraaf 7.5). Vervolgens wordt achtereenvolgens ingegaan op de fiscale gevolgen van erkenning (paragraaf 7.6), respectievelijk niet-erkenning van de trustverhouding (paragraaf 7.7). Afgesloten wordt met een samenvatting (paragraaf 7.8).

7.2 FISCAALRECHTELIJKE ERKENNINGSREGEL

7.2.1 Fiscale erkenningsregel vóór de inwerkingtreding van het HTV

In de rechtspraak van vóór de inwerkingtreding van het HTV is in de lagere rechtspraak expliciet terug te vinden dat de Anglo-Amerikaanse trust als buitenlandse rechtsfiguur wordt erkend, indien deze is ingesteld overeenkomstig de bepalingen van het recht dat de

¹⁰⁸⁶ Zie paragraaf 3.2.1.

¹⁰⁸⁷ Zie o.a. Engelen 1998, onderdeel 2.1, Klein 1961 en Wattel, conclusie bij HR 2 juni 2006, BNB 2006/288, onderdeel 4.2.

trustinstelling beheerste.¹⁰⁸⁸ In Hof 's-Hertogenbosch 24 april 1964, BNB 1964/265 werd overwogen:

'dat nu onbetwist vaststaat, dat de litigieuze trust in overeenstemming met het in de Staat Connecticut geldende recht is opgericht en derhalve moet worden aangenomen, dat de bepalingen van de trustakte niet met de dwingende voorschriften van dit recht strijdig zijn, de rechtsverhoudingen, welke uit deze akte voortvloeien, en die voor de rechtstoepassing in Nederland behoren te worden aanvaard gelijk zij in den vreemde zijn vastgelegd, voor de beantwoording van de bovengestelde vraag maatgevend zijn;'

In de eerdere uitspraak van Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, BNB 1963/119 werd hierbij nog als aanvullende voorwaarde genoemd dat de erkenning 'hier te lande' niet in strijd mag komen met 'enig dwingend wettelijk voorschrift'.¹⁰⁸⁹ In de latere rechtspraak komt dit criterium niet langer expliciet terug.

Deze jurisprudentie en de daarin neergelegde erkenningsregel dateren echter van vóór de inwerkingtreding van het HTV. Hierna wordt onderzocht in hoeverre het HTV van invloed is geweest op de fiscale erkenningsregel.

7.2.2 Erkenningsregel na inwerkingtreding van het HTV

In de zogeheten 'novemberarresten'¹⁰⁹⁰ diende de Hoge Raad voor het eerst na de inwerkingtreding van het HTV te oordelen over een casus waarin een trust centraal stond. In dit arrest heeft de Hoge Raad drie uitvoerige rechtsoverwegingen aan de fiscale erkenning van de trust gewijd, waarin tevens de invloed van het HTV op de fiscaalrechtelijke erkenningsregel aan de orde is gekomen.¹⁰⁹¹

Uiteindelijk komt de Hoge Raad in r.o. 3.5 tot twee deelconclusies.¹⁰⁹² De Hoge Raad overweegt dat:

'[u]it artikel 19 van het Verdrag volgt dat de Nederlandse belastingwetgeving kan worden toegepast alsof het Verdrag niet bestaat. Enerzijds staat het Verdrag, ook al is niet aan de in artikel 13 daarvan gestelde voorwaarden voor niet-erkenning van de trust voldaan, niet eraan in de weg het bestaan van een trust te negeren als de toepassing van de Nederlandse belastingwetgeving dat vereist. Anderzijds is het als dit laatste het geval is ook niet nodig daarvoor een beroep te doen op toepassing van art. 13 en de daaraan verbonden civielrechtelijke gevolgen, waardoor afbreuk zou worden gedaan aan de strekking van het Verdrag de erkenning van trusts te bevorderen.'

Vervolgens sluit de Hoge Raad deze rechtsoverweging af met de volgende slotconclusie:

1088 Zie o.a. Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, BNB 1963/119, Hof 's-Hertogenbosch 24 april 1964, BNB 1964/265. In de oudere rechtspraak van de Hoge Raad zijn overigens wel minder expliciete gevallen van erkenning van de trustfiguur terug te vinden. Zie o.a. HR 10 juni 1953, BNB 1953/204 en HR 24 november 1954, BNB 1955/7. Voor zover mij bekend, is slechts in één obscuur geval beslist tot niet-erkenning van de trustfiguur, omdat deze rechtsfiguur binnen de Nederlandse rechtsorde als zodanig niet voorkomt. Zie de resolutie van 22 oktober 1907, PW 10109.

1089 Het Hof 's-Gravenhage overwoog: 'dat in het algemeen in het buitenland geldig tot stand gekomen rechtshandelingen hier te lande moeten worden erkend, ook voor de toepassing van het fiscale recht, en niet is gebleken dat zich hiertegen in dit geval enig dwingend wettelijk voorschrift verzet (...)'

1090 HR 18 november 1998, BNB 1999/35-37. Bij de bespreking hierna wordt telkens BNB 1999/35 aangehaald. De casusposities worden in de paragrafen 7.5.2.1 en 7.5.2.2 uitgebreid besproken.

1091 Overigens is opvallend dat de Hoge Raad in latere uitspraken geen aandacht meer besteedt aan het erkenningsvraagstuk. Zie HR 14 juli 2006, BNB 2007/18-19 en HR 26 oktober 2007, BNB 2008/122.

1092 Sonneveldt 2000a, blz. 142, spreekt in dit verband van het poneren van twee stellingen. Naar mijn mening is het zuiverder om te spreken van 'conclusies', nu ik in de overweging geen verifieerbare of falsificeerbare stellingen lees.

‘Het is, gegeven deze situatie, het meest in overeenstemming met de strekking van het Verdrag en blijkens de in de bijlage bij de Conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.2 vermelde gegevens in overeenstemming met de vóór de inwerkingtreding van het Verdrag in de fiscale rechtspraak heersende opvattingen, voor de beantwoording van de vraag op welke wijze fiscaal rekening moet worden gehouden met het bestaan van een volgens het buitenlandse recht rechtsgeldig tot stand gekomen trust, eerst na te gaan welke rechtsgevolgen naar het op de trust toepasselijke recht aan de trust zijn verbonden, en daarna hoe het Nederlandse belastingrecht op die rechtsgevolgen moet worden toegepast.’

Uit deze rechtsoverweging blijkt dat de fiscale erkenningsregel, ook na de inwerkingtreding van het HTV, neerkomt op een beoordeling van de rechtsgeldigheid van de trustinstelling als zodanig, welke beoordeling dient te worden uitgevoerd naar het recht dat op de instelling van de desbetreffende trust van toepassing was. Indien deze trustinstelling rechtsgeldig heeft plaatsgevonden, is de fiscale erkenning van de trust in beginsel een feit. Hierbij wordt door de Hoge Raad overigens niet expliciet de voorwaarde gesteld dat de erkenning niet in strijd mag komen met ‘enig dwingend wettelijk voorschrift’.¹⁰⁹³

Bij de inhoudelijke beoordeling van de rechtsgeldigheid van de trustinstelling kan het toepasselijke recht, zoals dat voortvloeit uit het hoofdstuk II van het HTV, overigens wel degelijk een rol spelen.¹⁰⁹⁴ Hoewel kan worden betoogd dat de rechtsgeldigheid van de trustinstelling buiten de materiële reikwijdte van het HTV valt (‘the launcher and the rocket’), blijkt uit art. 8 HTV dat het op de trust van toepassing zijnde recht mede de ‘materiële geldigheid’ daarvan omvat.¹⁰⁹⁵ Uitsluitend kwesties omtrent de ‘formele geldigheid’¹⁰⁹⁶ van de trustinstelling worden niet beheerst door het toepasselijke recht uit het HTV.¹⁰⁹⁷ Daarop is het recht van toepassing dat wordt aangewezen door het commune internationaal privaatrecht.¹⁰⁹⁸

Het belangwekkende aan de hiervóór gedemonstreerde bestendiging van de fiscale erkenningsregel door de Hoge Raad, is dat met het ongewijzigd overnemen van de bestaande erkenningsregel twee discussiepunten aangaande het erkenningsvraagstuk zijn weggelaten. In de eerste plaats heeft de Hoge Raad zich met het handhaven van deze regel duidelijk uitgesproken vóór een fiscaal autonome – niet door het HTV geïndiceerde – erkenningstoets. Hiermee is de Hoge Raad een andere weg ingeslagen dan A-G Moltmaker, die voor fiscaalrechtelijke erkenning van een trust de erkenning uit het HTV doorslaggevend achtte.¹⁰⁹⁹

In de tweede plaats heeft de Hoge Raad binnen de erkenningsregel geen ‘affiniteitstoets’ ingebouwd. Een affiniteitstoets, inhoudende dat een rechtsgeldig tot stand gekomen trust slechts voor fiscale erkenning in aanmerking komt, indien de trust tevens reële banden heeft met een ‘trustland’, is door de Hoge Raad in de novemberarresten niet in de erkenningsregel verdisconteerd. Ook op dit punt heeft de Hoge Raad voor een andere benade-

1093 Zie Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, BNB 1963/119. Aan het weglaten van deze – in zijn algemeenheid toch als juist te aanvaarden – toevoeging kan niet de gevolgtrekking worden verbonden dat deze randvoorwaarde niet (langer) zou gelden.

1094 Overigens kan de inhoudelijke uitleg van het op de trustinstelling van toepassing zijnde recht, ingevolge art. 79 RO, slechts in beperkte mate in cassatie op zijn juistheid worden getoetst. Het betreft immers de uitleg van het recht van vreemde Staten. De beoordeling daarvan komt slechts voor cassatie in aanmerking, indien dit lijdt aan een vormverzuim, zoals een onbegrijpelijke motivering.

1095 Koppenol-Laforce 1997, blz. 117 en 121.

1096 Hierbij kan worden gedacht aan de formele geldigheid van het trustdocument, of het testament, alsmede de formele geldigheid van de overdracht van de trustgoederen.

1097 Zie Koppenol-Laforce 1997, blz. 121 en Rapport Von Overbeck, nrs. 82 en 83.

1098 Koppenol-Laforce 1997, blz. 121-122.

1099 Zie in het bijzonder onderdeel 3.5.3 van de bijlage bij de conclusies van A-G Moltmaker in de novemberarresten.

ring gekozen dan de A-G in zijn conclusie.¹¹⁰⁰ Hierna worden in de paragraaf 7.3 en 7.4 beide implicaties van het bestendigen van de 'oude' fiscale erkenningsregel besproken.

7.3 DOORWERKING VAN HET HTV NAAR DE FISCALITEIT

De Hoge Raad heeft door aan te haken bij de 'oude' erkenningsregel de (in)directe doorwerking van de civielrechtelijke erkenning volgens het HTV naar de fiscaliteit afgewezen. Gezien het bepaalde omtrent de fiscale autonomie in art. 19 HTV, lijkt een verdere toelichting op dit punt overbodig. Toch verdient de afwijzing van de (in)directe doorwerking van het HTV naar het belastingrecht nadere beschouwing.

In de eerste plaats kwam A-G Moltmaker in zijn doorwrochte conclusies bij de novemberarresten tot de fiscaalrechtelijke niet-erkenning van de litigieuze trusts. De A-G baseerde zijn oordeel daarbij op de civielrechtelijke niet-erkenning van de trusts die uit het HTV voort zou vloeien, welke niet-erkenning naar zijn oordeel ook voor fiscale doeleinden diende te worden gevolgd. In de tweede plaats zijn, ondanks dat de Hoge Raad in de arresten van november 1998 een duidelijk onderscheid heeft aangebracht tussen de civiel- en fiscaalrechtelijke erkenning van trusts, vóór- en nadien in de literatuur pleidooien gehouden voor (een zekere vorm van) doorwerking van de internationaal privaatrechtelijke erkenningsregel uit het HTV naar de fiscaliteit.

De diverse voorstanders van (enige) doorwerking van het HTV naar de fiscaliteit, kunnen worden onderverdeeld naar de mate van 'dwingendheid' waarin zij de uitkomst van het civielrechtelijke erkenningsvraagstuk doorslaggevend achten bij de fiscaalrechtelijke erkenning. Bij 'directe doorwerking' wordt het uit het HTV volgende oordeel omtrent de civielrechtelijke erkenning van een trust ongewijzigd overgenomen voor toepassing van het belastingrecht, terwijl bij 'indirecte doorwerking' de civielrechtelijke uitkomst uitsluitend als inspiratiebron voor de fiscale rechter wordt gezien.

In deze paragraaf wordt de redenering van de Hoge Raad omtrent de fiscaalrechtelijke erkenningsregel nader verduidelijkt. Daarna worden beide vormen van doorwerking besproken, waarbij de technisch-juridische mogelijkheid om de civielrechtelijke niet-erkenning uit het HTV door te laten werken naar de fiscaliteit wordt beoordeeld.

7.3.1 Afwijzing van doorwerking door de Hoge Raad

In de novemberarresten heeft de Hoge Raad de bestaande erkenningsregel bestendigd en heeft daarbij een scheiding aangebracht tussen de civiel- en fiscaalrechtelijke erkenningsregel. Deze scheiding is echter niet dusdanig sterk geaccentueerd dat op dit punt misverstanden zijn uitgesloten.¹¹⁰¹ Het is dan ook instructief om de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad, met de aangebrachte tweedeling in het achterhoofd, te herlezen. Alvorens de afwijzing van de doorwerking van de civielrechtelijke erkenning naar het fiscale recht te bespreken, geef ik hierna eerst de volledige rechtsoverwegingen 3.3 tot en met 3.5 weer:

'3.3. De in deze zaak aan de orde zijnde rechtsfiguur van de trust, waarvan in de landen met een Angelsaksisch rechtssysteem veelvuldig gebruik wordt gemaakt, is in het algemeen in de landen met een continentaal-Europees rechtssysteem, en ook in Nederland, niet bekend. Voor de daaraan voor het Nederlandse recht toe te kennen rechtsgevolgen moet in de eerste plaats te rade worden gegaan bij het op 1 juli 1985 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, Trb.

1100 Zie onderdeel 2.2.3 van de conclusie bij BNB 1999/35. Ook Sonneveldt 1993 heeft de affiniteits-toets reeds voorafgaande aan de novemberarresten onder de aandacht gebracht.

1101 Zie bijvoorbeeld Van Gijlswijk en Hoppenreijns 1999. In onderdeel 3.1.1 trekken zij enkele conclusies uit de novemberarresten en concluderen dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de trusts voor het Nederlandse civiele recht worden erkend en dat hierbij fiscaal wordt aangesloten.

1985, 141, goedgekeurd bij Wet van 4 oktober 1995, Stb. 507, (hierna: het Verdrag) en bij de Wet van 4 oktober 1995, Stb. 508, (Wet conflictenrecht trusts). Ingevolge dit verdrag en deze wet wordt, globaal gezegd, in het algemeen een volgens het buitenlandse recht rechtsgeldig tot stand gekomen trust hier te lande als zodanig erkend, met als rechtsgevolg onder meer dat de trustee als zodanig in rechte kan optreden en dat het trustvermogen, hoewel toebehorend aan en bestuurd door de trustee, afgescheiden blijft van diens overige vermogen.

3.4. Artikel 13 van het Verdrag bepaalt dat geen Staat is gehouden een trust te erkennen waarvan de kenmerkende elementen, afgezien van de keuze van het toepasselijke recht, de plaats van bestuur van de trust en de gewone verblijfplaats van de trustee, nauwer verbonden zijn met Staten die de rechtsfiguur of de betrokken vorm van trust niet kennen. Artikel 19 van het Verdrag bepaalt dat het Verdrag de bevoegdheden van de Staten op belastinggebied onverlet laat.

3.5. Uit artikel 19 van het Verdrag volgt dat de Nederlandse belastingwetgeving kan worden toegepast alsof het Verdrag niet bestaat. Enerzijds staat het Verdrag, ook al is niet aan de in artikel 13 daarvan gestelde voorwaarden voor niet-erkenning van de trust voldaan, niet eraan in de weg het bestaan van een trust te negeren als de toepassing van de Nederlandse belastingwetgeving dat vereist. Anderzijds is het als dit laatste het geval is, ook niet nodig daarvoor een beroep te doen op toepassing van artikel 13 en de daaraan verbonden civielrechtelijke gevolgen, waardoor afbreuk zou worden gedaan aan de strekking van het Verdrag de erkenning van trusts te bevorderen. Het is, gegeven deze situatie, het meest in overeenstemming met de strekking van het Verdrag en blijkens de in de bijlage bij de Conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.2 vermelde gegevens in overeenstemming met de vóór de inwerkingtreding van het Verdrag in de fiscale rechtspraak heersende opvattingen, voor de beantwoording van de vraag op welke wijze fiscaal rekening moet worden gehouden met het bestaan van een volgens het buitenlandse recht rechtsgeldig tot stand gekomen trust, eerst na te gaan welke rechtsgevolgen naar het op de trust toepasselijke recht aan de trust zijn verbonden, en daarna hoe het Nederlandse belastingrecht op die rechtsgevolgen moet worden toegepast. In 's Hofs oordeel en de standpunten van partijen in cassatie ligt besloten dat de onderhavige trusts rechtsgeldig tot stand zijn gekomen.'

Allereerst overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.3 dat de trustfiguur veelvuldig wordt gebruikt in landen met een Angelsaksisch rechtstelsel,¹¹⁰² terwijl deze in landen met een continentaal-Europese rechtstraditie onbekend is. Vervolgens merkt de Hoge Raad op dat voor de aan een trust toe te kennen rechtsgevolgen 'binnen het Nederlandse recht' te rade dient te worden gegaan bij het HTV en de WCT. De Hoge Raad voegt hieraan toe dat, indien de trust rechtsgeldig tot stand is gekomen, de genoemde regelingen een ruime erkenning voor toepassing van het civiele recht inhouden.

De Hoge Raad gaat vervolgens in r.o. 3.4 over tot een geparafraseerde weergave van art. 13 HTV en art. 19 HTV. Uit de bepalingen blijkt volgens de Hoge Raad dat de ruime civielrechtelijke erkenning van trusts in 'gekunstelde gevallen' achterwege kan blijven, alsmede dat het HTV de bevoegdheden van de Staten op belastinggebied onverlet laat. De kwestie rondom de erkenning wordt afgesloten in r.o. 3.5 (reeds aangehaald in paragraaf 7.2.2). In deze overweging is een centrale rol weggelegd voor art. 19 HTV. Op grond van deze bepaling, zo benadrukt de Hoge Raad, is het voor de fiscale erkenning, noch voor de fiscale niet-erkenning van een trust nodig een beroep te doen op art. 13 HTV. In overeenstemming met de strekking van het HTV, te weten de bevordering van de civielrechtelijke erkenning van trusts, acht de Hoge Raad het zelfs niet in overeenstemming met de strekking van deze regelingen om de basis voor de fiscale niet-erkenning te zoeken in het HTV.¹¹⁰³

1102 In navolging van Uniken Venema 1954, blz. 63, geef ik de voorkeur aan de term 'Anglo-Amerikaans' in plaats van 'Angelsaksisch'. De laatste term wordt wel gebruikt ter aanduiding van het Engelse recht vóór 1066.

1103 Deze overweging dient wellicht zo te worden verstaan, dat de Hoge Raad het na de fiscale niet-erkenning op grond van art. 13 HTV het een (te) kleine stap zou vinden om op die grond ook de civielrechtelijke niet-erkenning van de trust uit te lokken.

Hoewel de oordelen van de Hoge Raad in r.o. 3.5 niet cryptisch zijn geformuleerd, kunnen deze wel aan inzichtelijkheid winnen, indien bij herlezing in het achterhoofd wordt gehouden dat de Hoge Raad het onderscheid tussen de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke erkenning niet overal in de tekst even duidelijk tot uitdrukking heeft gebracht. Aanvankelijk ziet het betoog van de Hoge Raad in r.o. 3.3 op trusts binnen 'het Nederlandse recht' in zijn algemeenheid. Het is aannemelijk dat in deze context zowel het civiele als fiscale recht zijn bedoeld. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de civielrechtelijke aspecten van trusts in Nederland en noemt daarbij de belangrijkste privaatrechtelijke rechtsgevolgen uit het HTV. Ter afsluiting brengt de Hoge Raad een duidelijk onderscheid aan tussen de civiel- en fiscaalrechtelijke erkenning in r.o. 3.4, en werkt de gevolgen van die tweedeling uit in r.o. 3.5. Door de overwegingen van de Hoge Raad op dit punt te expliciteren en daarbij met name het onderscheid tussen civiel- en fiscaalrechtelijke erkenning voor ogen te houden, winnen de overwegingen aan inzichtelijkheid en blijkt de Hoge Raad geen ruimte te laten voor doorwerking van de civielrechtelijke erkenning uit het HTV naar het belastingrecht.

Het voorgaande brengt mee dat de civielrechtelijke erkenning van een trust, in de visie van de Hoge Raad, de fiscaalrechtelijke erkenning niet beïnvloedt. De wellicht *prima facie* opgekomen gedachte dat de civielrechtelijke erkenning ingevolge het HTV tot het antwoord op de fiscale erkenningsvraagstuk zou leiden, acht ik dan ook onjuist.

7.3.2 Directe doorwerking van het HTV naar de fiscaliteit

Alhoewel een aantal auteurs, net als de Hoge Raad, art. 19 HTV als een obstakel ziet voor de doorwerking van het HTV naar de fiscaliteit,¹¹⁰⁴ is daarentegen een aantal andere auteurs van mening dat de civielrechtelijke niet-erkenning ex art. 13 HTV voor toepassing van het belastingrecht wel degelijk dient te worden gevolgd. De auteurs die een dergelijke directe doorwerking van het HTV bepleiten, hebben met elkaar gemeen dat zij – weliswaar op verschillende gronden – expliciet voorbijgaan aan de fiscale autonomiebepaling van art. 19 HTV.

Conclusie A-G Moltmaker

In de eerste plaats kan A-G Moltmaker worden genoemd als voorstander van een directe doorwerking. In zijn conclusies bij de zaken van 18 november 1998 concludeerde hij tot fiscale niet-erkenning van de voorliggende trusts, omdat deze onvoldoende aanknopingspunten zouden hebben met het rechtsstelsel van het land dat op de trustinstelling van toepassing was.¹¹⁰⁵ In een dergelijk geval zou volgens de A-G, zo volgt uit de bijlage bij de conclusies, art. 13 HTV meebrengen dat de trust voor civielrechtelijke doeleinden niet-erkend behoeft te worden. Aldaar betoogt A-G Moltmaker het volgende:¹¹⁰⁶

'3.5.2. Gesteld zou kunnen worden dat de vraag of een trust al dan niet fiscaal moet worden erkend, niet relevant is in verband met art. 19 van het Verdrag. Daarin wordt immers bepaald, dat het Verdrag de bevoegdheden van de Staten op belastinggebied onverlet laat. (...). Naar het mij voorkomt maakt het echter wel degelijk verschil voor de toepassing van het fiscale recht of de trust wel of niet wordt erkend.'

3.5.3. Ik stel voorop, dat art. 13 van het Verdrag naar mijn mening in beginsel ook voor het fiscale recht geldt, d.w.z. dat een trust die onvoldoende aanknopingspunten heeft met het rechtsstelsel waarnaar het is opgericht, fiscaal niet behoeft te worden erkend.'

Het betoog van Moltmaker strandt mijns inziens in technische zin op art. 19 HTV. Het artikel, zoals dat door de Hoge Raad in overeenstemming met de toelichting uit het Rapport

1104 Zie o.a. Van Houte 1999, blz. 64, IJzerman 1996, blz. 473, Koppenol-Laforce 1994, blz. 738.

1105 Zie onderdeel 2.2.1 t/m 2.2.3 van de conclusie bij BNB 1999/35. Overigens wordt in art. 13 HTV een iets andere toets aangelegd (zie paragraaf 6.8).

1106 Zie onderdeel 3.5.2 t/m 3.5.3 van de bijlage bij de conclusies.

Von Overbeck¹¹⁰⁷ is toegepast, staat aan de directe doorwerking van het HTV naar het belastingrecht in de weg. De 'vooropstelling' van de A-G, dat art. 13 HTV naar de mening van de A-G ook geldt voor het fiscale recht, vindt geen steun in (de achtergrond van) het HTV en is onvoldoende om de fiscale autonomie die volgt uit art. 19 HTV terzijde te stellen. De Hoge Raad volgt het betoog van Moltmaker dan ook niet en grijpt terug op de 'vóór de inwerkingtreding van het Verdrag in de fiscale rechtspraak praktijk heersende opvattingen',¹¹⁰⁸ waarmee de rol van het HTV binnen het fiscale erkenningsvraagstuk lijkt te zijn uitgespeeld.

Hoppenrejs en Vriesendorp

Ook Hoppenrejs en Vriesendorp hebben de directe doorwerking van het HTV naar het fiscale recht bepleit.¹¹⁰⁹ Zij dragen daartoe twee verschillende argumenten aan. In de eerste plaats zien zij in de systematiek van het HTV een juridische basis om art. 19 HTV buitenspel te zetten en daarmee een directe doorwerking van de civielrechtelijke niet-erkenning naar de fiscaliteit te bewerkstelligen. Hun redenering luidt als volgt:¹¹¹⁰

'Vooropgesteld zij dat de fiscaal autonome behandeling in de trustarresten betrekking had op erkende trusts waarop het Verdrag van toepassing is. De fiscale autonomie vloeit in dat geval voort uit artikel 19 HTV. Bij niet-erkenning daarentegen mist het Verdrag toepassing en kan men betogen dat reeds hierom artikel 19 HTV niet meer aan de orde is, zodat de autonome fiscale behandeling niet op deze bepaling kan worden gebaseerd.'

Hun betoog komt erop neer dat de civielrechtelijke niet-erkenning van een trust ex art. 13 HTV meebrengt dat het HTV niet langer van toepassing is, waardoor ook het fiscale autonomiegebod van art. 19 HTV niet meer geldt. Nu art. 19 HTV op die wijze buiten werking is gesteld, is de fiscale autonomie ten aanzien van het erkenningsvraagstuk doorbroken en dient de civielrechtelijke niet-erkenning ook fiscaalrechtelijk te worden gevolgd. Overigens geldt deze redenering volgens hen slechts in het geval van een niet-erkende trust. Indien de trust wel wordt erkend, blijft het HTV van toepassing en is de fiscale autonomie in de zin van art. 19 HTV gewaarborgd.¹¹¹¹

In de tweede plaats voeren Hoppenrejs en Vriesendorp aan dat een uiteenlopende civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke erkenning tot 'ongerijmde resultaten leidt'.¹¹¹² Indien civielrechtelijke erkenning van een trust ingevolge het HTV achterwege blijft, maar daarentegen wel tot fiscaalrechtelijke erkenning wordt geconcludeerd, heeft dit tot gevolg dat de belastingheffing op het verkeerde niveau aangrijpt en 'ontstaat een onmogelijke situatie op het ogenblik waarop de fiscus de belastingclaim wil gaan verzilveren'.

Het eerste argument dat Hoppenrejs en Vriesendorp aandragen, berust mijns inziens op een verdragstechnisch misverstand. De civielrechtelijke niet-erkenning van een trust op grond van art. 13 HTV brengt immers niet mee dat het HTV niet (langer) van toepassing is. Indien het HTV van toepassing is op een specifieke trustverhouding, blijft het die toepassing behouden, ook indien art. 13 HTV tot de civielrechtelijke niet-erkenning daarvan leidt. De voorliggende trustverhouding blijft namelijk binnen de materiële, formele en

1107 De eensgezindheid is mede af te leiden uit het feit dat het autonomiegebod zonder discussie en verdere nuances is aangenomen. Zie Rapport Von Overbeck, nr. 165, blz. 48.

1108 Hiermee is bedoeld op de erkenningsregel, zoals die onder meer in BNB 1964/265 is geformuleerd.

1109 Hoppenrejs en Vriesendorp 2000, blz. 47-62. Zie ook de bespreking van de bundel door Sonneveldt 2003, blz. 218-221. Zie tevens Boer en Freudenthal 2003, voor kritiek op de benadering ten aanzien van de werkingssfeer van het HTV, zoals bepleit door Hoppenrejs en Vriesendorp.

1110 Hoppenrejs en Vriesendorp 2000, blz. 59.

1111 Hoppenrejs en Vriesendorp 2000, blz. 60.

1112 Hoppenrejs en Vriesendorp 2000, blz. 59.

temporele reikwijdte van het HTV, waardoor het – evenals art. 19 HTV – van toepassing blijft.

Ter contra-indicatie kan nog worden gewezen op art. 5 HTV. In art. 5 HTV is expliciet neergelegd dat het HTV niet langer (materiële) van toepassing is op een trustrelatie, indien het toepasselijke recht van het aangewezen land – zoals vastgesteld aan de hand van de regels van hoofdstuk II – de (voorliggende) trust niet kent. In dat geval wordt een binnen het HTV vallende trustverhouding alsnog buiten de materiële reikwijdte van het HTV geplaatst. Een met art. 5 HTV vergelijkbare bepaling ontbreekt ten aanzien van de civielrechtelijke niet-erkenning.

Als tweede argument voeren Hoppenrejs en Vriesendorp de onwenselijkheid aan van een uiteenlopende uitkomst van de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke erkenning van eenzelfde trust. Een verschil in uitkomst ten aanzien van de erkenning zou tot ongerijmde resultaten leiden en daarom zou de fiscus¹¹¹³ geen volledige vrijheid hebben om de civielrechtelijk niet-erkende trust fiscaalrechtelijk autonoom te behandelen.¹¹¹⁴ Hoewel ik met de auteurs van mening ben dat een divergentie tussen de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke erkenning onwenselijke effecten kan hebben, kan hieraan naar mijn mening echter niet de gevolgtrekking worden verbonden dat de fiscale autonomie dan maar terzijde dient te worden geschoven.¹¹¹⁵

In de eerste plaats is namelijk niet duidelijk wat de gevolgen zijn van civielrechtelijke niet-erkenning.¹¹¹⁶ De gedachte van Hoppenrejs en Vriesendorp dat in dat geval geen geldige overdracht van de trustgoederen heeft plaatsgevonden is in zijn algemeenheid onjuist.¹¹¹⁷ In de tweede plaats geldt dat de fiscale autonomiebepaling in de aanloop naar de ratificatie van het HTV als een belangrijk instrument voor de eigen fiscaalrechtelijke behandeling van de trust naar voren is geschoven.¹¹¹⁸ De gesignaleerde divergentie is geen onvoorzien effect en kan – hoezeer deze soms ook onwenselijk mag zijn – dan ook geen argument zijn om directe doorwerking van het HTV naar de fiscaliteit te bepleiten.

Het vorenstaande leidt naar mijn mening dan ook tot de conclusie dat de voorstanders van een directe doorwerking van het HTV naar de fiscaliteit geen valide argumenten hebben aangedragen om art. 19 HTV terzijde te stellen, zodat de genoemde bepaling mijns inziens een dam opwerpt tegen de bepleite directe doorwerking.

7.3.3 Indirecte doorwerking van het HTV naar de fiscaliteit

Hiervoor is geconcludeerd dat art. 19 HTV een directe doorwerking van het HTV naar de fiscaliteit verhindert. In de literatuur is dan ook wel de indirecte doorwerking van het HTV bepleit. De voorstanders van een indirecte vorm van doorwerking van de civielrechtelijke erkenning uit het HTV naar de fiscaliteit trachten, anders dan de pleitbezorgers van een directe doorwerking, niet voorbij te gaan aan de fiscale autonomie die art. 19 HTV garandeert. Deze auteurs zien in de uitkomst van het erkenningsvraagstuk van het HTV slechts

1113 Ik acht deze term ongelukkig gekozen, daar het naar mijn mening uiteindelijk gaat om het oordeel van de belastingrechter en niet die van de Belastingdienst.

1114 Hoppenrejs en Vriesendorp 2000, blz. 59. Overigens lijkt de wetgever getuige het ingevoerde APV-regime aanmerkelijk minder moeite te hebben met deze divergentie. Zie paragraaf 9.5.

1115 Het is overigens opmerkelijk dat de auteurs aan de mogelijke divergentie minder zwaar tillen indien de trustverhouding civielrechtelijk wel wordt erkend. In dat geval wordt de autonome fiscale behandeling door hen overreedend gehouden, en zou zich bij fiscale niet-erkenning eveneens divergentie voordoen. Hoppenrejs en Vriesendorp 2000, blz. 60.

1116 Zie Koppenol-Laforce 1997, blz. 151: 'Het effect van niet-erkenning is al even duister als de voorwaarden waaronder de erkenning kan worden geweigerd.'

1117 Hoppenrejs en Vriesendorp 2000, blz. 61.

1118 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 027, nr. 3, blz. 11 en *Kamerstukken II* 1994/95, 23 054 (R 1464), nr. 10, blz. 3.

een richtsnoer voor de fiscale rechter bij de vaststelling van de fiscaalrechtelijke erkenning.

Aan een zekere vorm van doorwerking kan overigens ook niet worden ontkomen. Zelfs als het buitenlandse recht als 'feit' wordt aangenomen, is van belang om te onderzoeken op basis van welk rechtstelsel dat 'feit' moet worden vastgesteld. Hieromtrent maakt Bellingwout terecht de volgende opmerking:¹¹¹⁹

'Het heeft mijn voorkeur hierin de conflictregels van het Nederlandse IPR te volgen. Wat zou immers de zin zijn van het hanteren van autonome fiscale verwijzingsregels bij een onderzoek naar de inhoud van het toepasselijk buitenlands privaatrecht? De fiscale autonomie komt in deze optiek pas aan bod bij de volgende stap: de kwalificatie van de aldus aange troffen buitenlandse of binnenlandse rechtsverhouding voor toepassing van het Nederlandse belastingrecht.'

Overigens gaat de hiervóór besproken directe doorwerking van het HTV veel verder. In dat geval zou de civielrechtelijke erkenning uit het HTV integraal worden overgenomen voor de fiscaliteit. Bij een indirecte doorwerking gaat het slechts om de vraag of in specifieke gevallen bij de fiscale erkenning rekening dient te worden gehouden met de civielrechtelijke uitkomst van het erkenningsvraagstuk uit het HTV.

De rechtvaardiging voor een dergelijke indirecte doorwerking moet mijns inziens worden gezocht in de onwenselijkheid van divergentie in de civiel- en fiscaalrechtelijke erkenning, die ook door Hoppenreijns en Vriesendorp werd genoemd. Hoewel de problemen die zich voordoen bij een uiteenlopende erkenning niet eenvoudig zijn vast te stellen, is het zonneklaar dat bij een uniforme uitkomst van het erkenningsvraagstuk complicaties zo veel mogelijk worden voorkomen.

Bij het streven naar civiel- en fiscaalrechtelijke eenheid in de erkenning van trusts op basis van een indirecte doorwerking van het HTV, dienen echter wel de verschillen tussen beide rechtsgebieden te worden onderkend. In het privaatrecht spelen bij de erkenning van een rechtsvorm de belangen van derden, zoals crediteuren, echtgenoten, erfgenamen en derden te goeder trouw, een belangrijke rol.¹¹²⁰ In het fiscale recht, als onderdeel van het publiekrecht, speelt deze belangenafweging in mindere mate. Het kan zich dus voordoen dat civielrechtelijke erkenning van een trust in een bepaalde casus onwenselijk is – hetgeen overigens niet betekent dat de trust niet bestaat – terwijl voor fiscaalrechtelijke doeleinden een vergelijkbare norm ontbreekt op basis waarvan de erkenning van diezelfde trust zou moeten worden geweigerd. Ook het omgekeerde geval laat zich denken.

Net als Sonneveldt,¹¹²¹ hebben Freudenthal en ik¹¹²² ons eerder uitgesproken voor een indirecte doorwerking van het HTV naar het belastingrecht met de opmerking dat 'uit de niet-erkenning hoogstens een signaal kan worden afgeleid door de fiscale rechter, maar dat dit hem geenszins bindt.' De essentiële verschillen tussen beide rechtsgebieden dwingen naar mijn mening nu eenmaal tot een voorzichtige en indirecte vorm van doorwerking. Het voorgaande brengt naar mijn mening mee dat de belastingrechter voor de fiscale erkenning van trusts als vertrekpunt dient aan te sluiten bij de uitkomst van het civielrechtelijke erkenningsvraagstuk, maar daarbij in alle gevallen een eigen afweging zal moeten maken die tot een andere uitkomst kan leiden.

De voorzichtige, indirecte doorwerking van het HTV wordt naar mijn mening tevens ingegeven door de omstandigheid dat de Hoge Raad in de novemberarresten heeft afgezien

1119 Bellingwout 1996a.

1120 Zie in dit verband bijvoorbeeld ook art. 15 HTV.

1121 Sonneveldt 2000a, blz. 142-143.

1122 Boer en Freudenthal 2003.

van de incorporatie van een zogenaamde 'affiniteitstoets' binnen de fiscale erkenningsregel. Hierna wordt het ontbreken van een affiniteitstoets nader toegelicht.

7.4 AFFINITEITSTOETS BINNEN DE FISCALE ERKENNINGSREGEL

In de door de Hoge Raad geformuleerde erkenningsregel in BNB 1999/35-37 is geen 'affiniteitstoets' opgenomen. Aan het erkennen van een trustverhouding wordt voor fiscale doeleinden immers uitsluitend de voorwaarde gesteld dat deze rechtsgeldig tot stand is gekomen naar het recht dat de trustinstelling beheerste. Het is binnen de fiscale erkenningsregel derhalve niet relevant of de trustverhouding enige affiniteit, ofwel reële aanknopingspunten, vertoont met een land dat het trustrecht kent.

Ontbreken affiniteitstoets binnen de erkenningsregel

Ook op dit punt vormt de fiscale erkenningsregel een bestendiging van de eerdere jurisprudentie waarin een dergelijke toets evenmin voorkwam.¹¹²³ Ook op dit punt wijkt de Hoge Raad af van de marsroute die A-G Moltmaker in zijn conclusies bewandelde. Uit de conclusies kan worden afgeleid dat de A-G de aanwezigheid van reële aanknopingspunten met een 'trustland' als voorwaarde ziet voor de fiscale erkenning van een trust. Zoals opgemerkt, heeft de A-G hiertoe de directe doorwerking van de erkenning uit het HTV als instrument gehanteerd. Bij de civielrechtelijke erkenning wordt immers de reële connectiviteit van een trust met een 'trustland' getoetst binnen art. 13 HTV. Niet alleen heeft de Hoge Raad de directe doorwerking van het HTV naar de fiscaliteit afgewezen, evenmin heeft de Hoge Raad een andere affiniteitstoets in de fiscale erkenningsregel ondergebracht.

In twee analyses van een omvangrijk aantal trustuitspraken, zowel vóór als na de novemberarresten, komt Sonneveldt tot de conclusie dat de affiniteitsvraag door de rechter in het kader van de fiscale erkenning niet wordt aangelegd.¹¹²⁴ Na zijn eerste analyse, die vóór de novemberarresten werd uitgevoerd, laat Sonneveldt nog ruimte vóór de gedachte dat een affiniteitstoets schuilgaat in de erkenningsregel. Hij merkt op dat de door hem onderzochte uitspraken geen kenbare referentie bevatten naar de aan- of afwezigheid van relevante aanknopingspunten van de trustverhouding met een 'trustland' en noemt als mogelijke reden daarvoor dat de rechter in al deze gevallen 'blijkbaar voldoende' aanknopingspunten aanwezig heeft geacht.¹¹²⁵ In dat geval zou de affiniteitstoets weliswaar telkenmale zijn uitgevoerd, maar op een voor buitenstaanders niet kenbare wijze.

Ik acht het, mede gezien het aantal geanalyseerde trustzaken,¹¹²⁶ niet erg aannemelijk dat de rechter in al die zaken de affiniteitstoets impliciet zou hebben aangelegd. Naar mijn mening vindt de daadwerkelijke reden voor de afwezigheid van een verwijzing naar relevante aanknopingspunten van de trustverhouding met een 'trustland' zijn oorsprong in het feit dat de affiniteitstoets eenvoudigweg geen deel uitmaakt van de fiscale erkenningsregel. Aan het slot van zijn tweede analyse, die van ná de novemberarresten dateert, komt ook Sonneveldt tot de conclusie dat de aanvankelijk gelaten mogelijkheid van een affiniteitstoets binnen de fiscale erkenningsregel dient te worden verworpen.

Wenselijkheid van een affiniteitstoets binnen de fiscale erkenningsregel

Veelal wordt als bezwaar tegen het importeren van een affiniteitstoets binnen de erkenningsregel aangevoerd, dat belastingplichtigen kunstmatige aanknopingspunten met 'een trustland' zouden kunnen creëren om erkenning af te dwingen. In dat geval zou de affini-

1123 Zie paragraaf 7.2.2.

1124 Sonneveldt 1993. Een analyse is ook te vinden in Sonneveldt 2000a, blz. 139-143. De eerste analyse vond plaats vóórdat de novemberarresten werden gewezen, de tweede analyse daarna.

1125 Sonneveldt 1993, blz. 379.

1126 In de eerste analyse worden 15 uitspraken beoordeeld. In de tweede zijn hieraan 4 uitspraken toegevoegd.

teitstoets een lege huls zijn.¹¹²⁷ Evenals deze auteurs acht ik een affiniteitstoets binnen de fiscale erkenningsregel dan ook niet wenselijk. Naast het door hen genoemde punt, bestaan vanuit het rechtszekerheids- en het gelijkheidsbeginsel argumenten tegen het invoeren van een affiniteitstoets.¹¹²⁸ Behoudens gevallen waarin de wet, de openbare orde en de goede zeden zich tegen de erkenning van een rechtsfiguur verzetten,¹¹²⁹ acht ik het in strijd met de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid om te verlangen dat bepaalde rechtsfiguren een band hebben met het land van juridische oorsprong.

Ten aanzien van de rechtszekerheid kan worden opgemerkt dat invoering van een affiniteitstoets tot onvoorspelbare en moeizaam te beargumenteren uitkomsten kan leiden. Zelfs indien uitsluitend minder eenvoudig te manipuleren aanknopingspunten zouden worden gebruikt binnen de affiniteitstoets, zoals de aanknopingspunten van art. 13 HTV, blijft deze toets moeilijk hanteerbaar.¹¹³⁰ Illustratief in dit verband is de volgende opmerking van Koppenol-Laforce omtrent de aanknopingspunten van art. 13 HTV:¹¹³¹

'Moet er geteld worden? Meer personen in Nederland met Nederlandse nationaliteit dan in een trustland, dus erkenning weigeren. Moet daarbij nog worden opgeteld hoeveel goederen in het ene dan wel in het andere land liggen? Gaat het om de waarde of het soort goederen? Moet het toekomstperspectief van de insteller meewegen (...)?'

De rechtszekerheid is, zo blijkt uit het voorbeeld, naar mijn mening dan ook niet gediend met het invoeren van een affiniteitstoets binnen de erkenningsregel voor trusts.

Voorts lijkt het aanleggen van een fiscale affiniteitstoets voor trusts in strijd met het gelijkheidsbeginsel. In de eerste plaats kan worden geconstateerd dat bij binnenlandse rechtsfiguren geen affiniteitstoets wordt aangelegd en dat een dergelijke toets evenmin voor andere buitenlandse rechtsfiguren wordt aangelegd. Noch uit de rechtspraak, noch in het beleid van de staatssecretaris van Financiën wordt een dergelijke affiniteitstoets in vergelijkbare gevallen teruggevonden.¹¹³² Het aanleggen van een affiniteitstoets binnen de erkenningsregel voor Anglo-Amerikaanse trusts lijkt dan ook in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

In de tweede plaats kan uit de jurisprudentie van het HvJ EG worden afgeleid dat het aanleggen van een affiniteitstoets in strijd kan komen met het Europeesrechtelijke gelijkheidsbeginsel. In dit verband kan worden gewezen op de arresten Centros¹¹³³ en Überseering,¹¹³⁴ waarin de bezwaren van een affiniteitstoets reeds uitgebreid aan de orde kwamen. In het bijzonder kan voor de Nederlandse situatie nog worden gewezen op het arrest Inspire Art Ltd.¹¹³⁵ Daarin werd de in het kader van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschap¹¹³⁶ vereiste *nexus* van een vennootschap met de Nederlandse rechtssfeer in strijd geacht met het Europees recht.

1127 Zie o.a. Van Houte 1999, blz. 63 en J.W. Zwemmer in zijn noot bij BNB 1999/37, onderdeel 2.

1128 Zie omtrent de praktische kanttekeningen bij een affiniteitstoets, Van Mens 1985, blz. 325-326.

1129 Deze expliciete referentie, die bijvoorbeeld wel is terug te vinden in BNB 1963/119, wordt door de Hoge Raad in de novemberarresten niet herhaald.

1130 Zie Koppenol-Laforce 1997, blz. 147-151 en Verhagen 1996, blz. 109.

1131 Rapport Family Trust, blz. 66.

1132 In de zogeheten kwalificatiebesluiten wordt de affiniteitsvraag niet gesteld.

1133 HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97 (Centros Ltd.), NJ 2000, 48.

1134 HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00 (Überseering), NJ 2003, 58.

1135 HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01 (Inspire Art), NJ 2004/394.

1136 Wet van 17 december 1997, houdende regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen), *Stb.* 1997, 697, laatstelijk gewijzigd per 18 mei 2005, *Stb.* 2005, 263.

Gezien de bovenstaande bezwaren acht ik het niet wenselijk een affiniteitstoets onder te brengen in de erkenningsregel. Hiermee is overigens niet gezegd, dat het ontbreken van aanknopingspunten van een trust met het rechtstelsel dat de trustinstelling beheerste voor het belastingrecht geheel zonder betekenis dient te blijven. De mate waarin een trustverhouding aanknopingspunten heeft met een land dat het trustrecht tot zijn nationale rechtstelsel rekent, kan wellicht van betekenis zijn bij het antwoord op de vraag of in een trustsituatie sprake is van *fraus legis*. In de navolgende paragraaf wordt daarop nader ingegaan.

7.5 DE FISCALE ERKENNINGSREGEL EN FRAUS LEGIS

7.5.1 De relatie tussen de erkenningsregel en *fraus legis*

Ingevolge de fiscale erkenningsregel wordt een trustverhouding erkend, indien deze rechtsgeldig tot stand is gekomen volgens de bepalingen van het recht dat op de trustinstelling van toepassing was. Zoals hiervoor werd geconcludeerd, is de invloed van de civielrechtelijke (niet-)erkenning volgens het HTV daarbij minimaal en wordt binnen de fiscale erkenningsregel evenmin een affiniteitstoets aangelegd. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat een Anglo-Amerikaanse trust voor fiscale doeleinden ook dient te worden erkend in gevallen waarin nauwelijks reële aanknopingspunten met een 'trustland' bestaan, en deze bijvoorbeeld nagenoeg uitsluitend banden met de Nederlandse rechtsfeer heeft.

Aangezien de Nederlandse belastingwetgeving ten principale niet is berekend op de Anglo-Amerikaanse trustfiguur, kan niet worden uitgesloten dat in dergelijke situaties – waarin de trustfiguur 'binnen wordt gesmokkeld' – de bepalingen van het Nederlandse belastingrecht ontoereikend blijken om tot belastingheffing over te kunnen gaan. Voor zover de erkenning van een trust in een dergelijk geval tot apert onbedoelde uitkomsten leidt, dient het bijzondere rechtsmiddel '*fraus legis*' zich als *ultimum remedium* aan om tot aanpassing van de rechtsgevolgen van de trustverhouding (niet-erkenning) te komen.

Het is echter theoretisch onzuiver om de aanpassing van de rechtsgevolgen van een trustfiguur op basis van *fraus legis* als onderdeel van de fiscale erkenningsregel te zien. Het leerstuk van de wetsontduiking maakt immers geen deel uit van de erkenningsregel als zodanig,¹¹³⁷ maar komt als bijzonder leerstuk pas aan de orde *nadat* is vastgesteld dat een trust op basis van de erkenningsregel voor fiscale doeleinden wordt erkend.¹¹³⁸ De reden dat *fraus legis* echter in het raamwerk van het erkenningsvraagstuk wordt geplaatst, moet worden gezocht in het eindresultaat dat bij toepassing van dit leerstuk ontstaat. Indien *fraus legis* in een bepaald geval opgeld doet, worden de civielrechtelijke rechtsgevolgen van een trustverhouding voor toepassing van het Nederlandse fiscale recht immers 'aangepast', waardoor afbreuk wordt gedaan aan de erkenning van de trustverhouding als zodanig. In dat geval wordt de trustfiguur weliswaar aanvankelijk erkend, maar wordt aan de rechtsgevolgen daarvan afbreuk gedaan, zodat de gedachte aan niet-erkenning opkomt.

Uit de rechtspraak blijkt, wellicht tegen de verwachtingen in,¹¹³⁹ dat *fraus legis* tot op heden slechts een enkele keer in stelling is gebracht, waaronder bijvoorbeeld in de meer genoemde novemberarresten. In die zaken is *fraus legis* echter niet aangenomen,

1137 Zie A-G Moltmaker, onderdeel 2.2.1 bij BNB 1999/35. Daarnaast kan worden opgemerkt dat *fraus legis*, als bijzonder rechtsmiddel, op diverse punten kan aangrijpen en niet noodzakelijkerwijs in de erkenningsfase van de trustfiguur dient te worden toegepast.

1138 Zie ook A-G Moltmaker, onderdeel 2.6.3 bij BNB 1999/35.

1139 Sonneveldt 1993, blz. 381, merkt op dat de verklaring hiervoor wellicht is gelegen in het geringe gebruik dat tot BNB 1982/242-246 van *fraus legis* werd gemaakt.

ondanks de uiterst geringe aanknopingspunten met 'trustlanden' (zie paragraaf 7.5.2 hierna).

Hierna wordt beoordeeld in hoeverre het leerstuk van de wetsontduiking, met name in gevallen waarin een trustverhouding met minimale aanknopingspunten met een 'trustland' binnen de Nederlandse rechtssfeer treedt, van invloed is op de eerdere fiscale erkenning.

7.5.2 Toepassingsvoorwaarden voor *fraus legis*

Fraus legis kan worden toegepast indien aan twee voorwaarden is voldaan.¹¹⁴⁰ Ten eerste dient het doorslaggevende, dan wel volstrekt overwegende, motief van de belastingplichtige voor het uitvoeren van de rechtshandeling te hebben bestaan uit de verijdeling van belasting (motiefvereiste).¹¹⁴¹ Ten tweede dient de belastingplichtige met de daarbij gekozen weg te hebben gehandeld in strijd met doel en strekking van de belastingwet (normvereiste).¹¹⁴²

Belastingverijdelingsmotief

In beginsel draagt de fiscus de bewijslast ten aanzien van de subjectieve elementen.¹¹⁴³ De bewijslast op dit punt vormt in praktisch opzicht één van de grootste obstakels voor de toepassing van het leerstuk. Uit de jurisprudentie is echter te herleiden dat de fiscus ter onderbouwing van het belastingverijdelingsmotief indirecte omstandigheden aannemelijk kan maken. Zo zijn de 'gekunsteldheid' van rechtshandelingen,¹¹⁴⁴ het ontbreken van wezenlijke veranderingen in de bestaande (eigendoms)verhoudingen,¹¹⁴⁵ alsmede het feit dat – behoudens het fiscale voordeel – de rechtshandelingen voorzienbaar nadelig zijn,¹¹⁴⁶ indicatoren die de 'anti-fiscale bedoelingen' van de belastingplichtige kunnen verraden. In dat geval zal de belastingplichtige het tegendeel, het ontbreken van een belastingverijdelingsmotief, aannemelijk dienen te maken door bijvoorbeeld zakelijke motieven aan te voeren.

Strijd met doel en strekking van de belastingwet

Teneinde vast te stellen of een belastingplichtige in strijd met doel en strekking van de wet heeft gehandeld, dient een onderzoek naar de bedoeling van de wetgever te worden ingesteld. Hierbij kan worden teruggevallen op uitspraken van de wetgever tijdens de parlementaire behandeling. Indien deze ontbreken, kan de rechter niet veel anders dan de vermeende bedoeling van de wetgever vaststellen.¹¹⁴⁷ Geppaart heeft opgemerkt dat het niet zo is:¹¹⁴⁸

'dat de bedoeling van de wetgever uitsluitend wordt vastgesteld aan de hand van de Kamerstukken. In sommige gevallen wordt die bedoeling afgeleid uit het stelsel van de wet, (...) uit de ratio, (...) met behulp van een redelijke wetsuitlegging. In een aantal gevallen wordt die bedoeling vastgesteld door de overweging dat de wetgever een onredelijk resultaat niet heeft gewild.'

Bij het bepalen van de bedoeling van de wetgever is voorts relevant of hij een bepaald gevolg heeft 'aanvaard'. Indien 'oneigenlijke gebruik' ten tijde van het wetgevingsproces

1140 HR 20 maart 1985, BNB 1985/171.

1141 Ook wel het subjectieve vereiste binnen de *fraus legis*-toets (paragraaf 7.5.2.1).

1142 Ook wel het objectieve vereiste binnen de *fraus legis*-toets (paragraaf 7.5.2.2).

1143 HR 31 januari 2003, BNB 2003/190.

1144 HR 21 november 1984, BNB 1985/32.

1145 HR 10 maart 1993, BNB 1993/195.

1146 HR 22 juli 1982, BNB 1982/243 en HR 7 december 1983, BNB 1984/21.

1147 Zie o.a. HR 22 juli 1982, BNB 1982/243 en HR 27 januari 1993, BNB 1993/111.

1148 Geppaart 1965, blz. 56.

reeds kon worden voorzien, maar de wetgever de desbetreffende handelingen niet onder de reikwijdte van de bepaling heeft gebracht, dan is achteraf doorgaans geen ruimte meer voor *fraus legis*.¹¹⁴⁹

Ondanks het feit dat de specifieke beoordeling ten aanzien van *fraus legis* in een concrete situatie altijd sterk verweven is met de feiten en omstandigheden van het geval, worden hierna enkele opmerkingen gemaakt over de toepasbaarheid van *fraus legis* in algemene zin ten aanzien van trustgevallen.

7.5.2.1 *Fraus legis* in trustsituaties: belastingverijdelingsmotief

Bij de beoordeling van *fraus legis* spelen de motieven van de belastingplichtige een belangrijke rol. Omtrent deze motieven merkt de staatssecretaris van Financiën ten aanzien van trustverhoudingen – overigens ongemotiveerd – het volgende op:¹¹⁵⁰

'Het belangrijkste motief is in veel gevallen het ontgaan van belastingheffing in het woonland van de inbrenger en van de begunstigten. Andere dan fiscale motieven, bijvoorbeeld het bundelen van (familie)vermogen, spelen slechts een ondergeschikte rol.'

Alhoewel de Anglo-Amerikaanse trust dikwijls wordt geassocieerd met fiscaal gedreven constructies, komt uit een analyse van de jurisprudentie een ander beeld naar voren.¹¹⁵¹ In de rechtspraak komt de bedoeling van belastingplichtigen om met behulp van de instelling van een trust belastingheffing te verijdelen slechts een enkele keer expliciet aan de oppervlakte.¹¹⁵² In de overgrote meerderheid van de uitspraken waarin de trustfiguur wordt aangetroffen, is de betrokkenheid van belastingplichtigen bij een trustverhouding (mede) terug te voeren op niet-fiscaal geïndiceerde omstandigheden, zoals het overlijden van de in het buitenland woonachtige partner van belastingplichtige,¹¹⁵³ trustinstelling door een (buitenlands) familielid,¹¹⁵⁴ dan wel gebruikmaking van de trustfiguur tijdens een langdurig buitenlands verblijf.¹¹⁵⁵ Zo al van een fiscaal motief kan worden gesproken, dient te worden onderzocht of verijdeling van de Nederlandse belastingheffing is bedoeld.¹¹⁵⁶

Fraus legis in de novemberarresten

In de novemberarresten lijkt – mede gezien het geringe aantal reële aanknopingspunten met 'trustlanden' – de trustfiguur doelbewust door belastingplichtigen te zijn opgezocht

1149 Zie o.a. HR 11 mei 1988, *BNB* 1988/289, HR 11 mei 1988, *BNB* 1988/290 en HR 27 juni 1990, *BNB* 1990/317. Zie in dit verband tevens de opmerkingen van De Vries met betrekking tot 'rechtswerking' in zijn annotatie bij HR 13 november 2009, *BNB* 2010/24 (punt 11).

1150 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 12.

1151 Zie bijvoorbeeld de naargeestige toonzetting in het 'trustbesluit', waarbij voor trustgevallen werd verwezen naar de Coördinatiegroep Constructie Bestrijding. Daarnaast beschrijft Sonneveldt 2000a, blz. 129-130 op treffende wijze de 'anti-fiscale geur' waarmee de trust wordt omgeven.

1152 Behoudens de hierna te bespreken novemberarresten is ook in r.o. 6.3 van de hofuitspraak die voorafgaat aan HR 18 september 1991, *BNB* 1992/177, een verwijzing naar richtige heffing en *fraus legis* terug te vinden. Daarnaast is *fraus legis* aan de orde gekomen in de zaak die heeft geleid tot Hof 's-Gravenhage 3 november 2010, *NTFR* 2011/110.

1153 Zie HR 1 november 1961, *BNB* 1962/87, HR 14 juli 2006, *BNB* 2007/18 en Rb. Haarlem 18 december 2006, *V-N* 2007/36.13.

1154 Zie Hof Arnhem 20 december 1963, *BNB* 1964/117, Hof Arnhem 17 juni 1965, *BNB* 1966/10, HR 17 november 1971, *BNB* 1972/13, HR 18 september 1991, *BNB* 1992/177, HR 14 juli 2006, *BNB* 2007/19.

1155 Zie HR 18 september 1991, *BNB* 1992/286 en HR 26 oktober 2007, *BNB* 2008/122.

1156 Zie Rb. 's-Gravenhage 16 december 2009, *NTFR* 2010/658. De Rechtbank oordeelde dat *fraus legis* niet aan de orde kon komen nu eiser – die Nederland als sinds 1964 metterwoon heeft verlaten en in 1997 de trust heeft ingesteld – niet heeft beoogd de Nederlandse belastingheffing te verijdelen. Het Hof heeft dit oordeel bevestigd. Zie Hof 's-Gravenhage 3 november 2010, *NTFR* 2011/110.

teneinde een fiscaal voordeel te behalen. Voor de fiscus was dit aanleiding om in die gevallen frauduleus legitiem in stelling te brengen. In de novemberarresten, die overigens twee verschillende belastingplichtigen betrof, stond de volgende – in essentie gelijke – casuspositie centraal.¹¹⁵⁷

In beide gevallen stelde een in Nederland woonachtige settlor een irrevocable discretionary trust in.¹¹⁵⁸ Enige tijd na de trustinstelling hebben de settlors Nederland metterwoon verlaten. Als gevolg van de trustinstelling kwam in het ene geval een tweetal Jersey trusts tot stand, en in het andere geval een Cayman Island Trust, waarbij de trustees over ruime bevoegdheden ten aanzien van het trustvermogen en het uitkeringsbeleid beschikten.¹¹⁵⁹ Het onder trustverband gestelde vermogen bestond uit geld en effecten. De potentiële beneficiaries bestonden uit – globaal gesproken – familieleden van de settlors, en waren woonachtig in 'niet-trustlanden'.¹¹⁶⁰ In het geval van de Jersey Trust werd tevens een in België woonachtige protector aangesteld en vond de inbreng van vermogensbestanddelen plaats onder de ontbindende voorwaarde dat de vermogensbestanddelen zouden terugvloeien aan de settlor indien in rechte onherroepelijk zou komen vast te staan dat schenkingsrechten zouden zijn verschuldigd.

De fiscus heeft zowel aanslagen schenkingsrecht opgelegd aan de beneficiaries,¹¹⁶¹ als – in het geval van de Jersey Trusts – aan de trusts.¹¹⁶² Belanghebbenden stelden zich in de procedure voor Hof 's-Gravenhage op het standpunt dat geen sprake was van een belastbare schenking, aangezien de beneficiaries geen 'rechten' hebben verkregen en de trusts als zodanig – bij gebrek aan rechtspersoonlijkheid – geen verkrijger kunnen zijn voor de SW 1956. Ook zouden de trustees niet in de heffing kunnen worden betrokken, omdat ten aanzien van hen het motief van vrijgevigheid heeft ontbroken.

Voorafgaande hofuitspraak

In de procedures voor het Hof nam de inspecteur onder meer de stelling in dat de trusts ter ontduiking van de SW 1956 waren ingesteld. Hof 's-Gravenhage overwoog hieromtrent het volgende:¹¹⁶³

'Belanghebbenden hebben in dit verband gesteld dat voor de instelling van de in het internationaal verkeer bekende en veelal erkende figuur als de trust mede is gekozen met het oog op de mobiliteit van de leden van de familie X en voorts dat de insteller kort na de instelling van de trusts naar de Verenigde Staten is vertrokken en sindsdien daar verblijf houdt, terwijl vele leden van de familie X voor wie de trusts van betekenis zouden kunnen zijn, eveneens in het buitenland wonen of verblijfhouden, hetgeen de Inspecteur niet heeft bestreden. Het Hof acht dit motief voor de instelling van de trusts geoorloofd en oordeelt dat het de insteller onder deze omstandigheden vrij stond om mede uit het oogpunt van belastingbesparing hiervoor te kiezen.'

1157 Zie voor een uitgebreide bespreking van deze arresten, Sonneveldt 1999.

1158 Sonneveldt 1999, merkt omtrent de kwalificatie van de trustfiguren op dat 'geen sprake is van een discretionary trust, maar van een accumulation trust with discretionary powers'. Voor het subtiële onderscheid tussen een 'trust' en een 'power' wordt verwezen naar paragraaf 6.5.2 en de daar aangehaalde literatuur.

1159 In BNB 1999/35-36, betrof het een tweetal Jersey trusts, ingesteld door dezelfde belastingplichtige (de zaak met nr. 31.757 is overigens niet opgenomen in BNB, maar wel in FED 1999/652). In BNB 1999/37, betrof het een Cayman Island trust.

1160 In de zaken aangaande de Jersey trust is tevens een Nederlandse stichting als potentiële beneficiar aangewezen.

1161 Zie BNB 1999/35, en BNB 1999/37.

1162 Zie FED 1999/652 en BNB 1999/36. Aan de Cayman Island trust is destijds geen aanslag opgelegd, hetgeen de inspecteur na het wijzen van de novemberarresten met een beroep op art. 52 SW 1956 (tevergeefs) heeft geprobeerd te herstellen. Zie HR 11 augustus 2006, BNB 2007/20-21.

1163 Hof 's-Gravenhage 30 november 1995, r.o. 6.2, zoals opgenomen in BNB 1999/35.

Aldus kwam het Hof tot het oordeel dat het belastingverrijdelingsmotief niet aannemelijk was gemaakt. Ook voor het overige nam het Hof de zienswijze van belanghebbenden over.

Geding in cassatie

In zijn beroepsschrift in cassatie merkt de staatssecretaris van Financiën op dat het Hof heeft miskend dat de onderhavige trustfiguur nauwelijks aanknopingspunten vertoont met het recht van een 'trustland' en dat het dientengevolge meer voor de hand had gelegen het vermogen in te brengen in een stichting, dan wel gebruik te maken van een andere Nederlandse rechtsfiguur.¹¹⁶⁴ In zijn conclusie volgt A-G Moltmaker het standpunt van de staatssecretaris:¹¹⁶⁵

'Op grond van dezelfde argumenten die mij ertoe brachten te verdedigen dat de trusts niet zouden moeten worden erkend (...) [het bestaan van onvoldoende aanknopingspunten met het recht van Jersey, JPB] en mede gelet op het feit dat de settlor de heffing van schenkingsrecht als ontbindende voorwaarde aan de belangrijkste vermogensoverdracht heeft verbonden, zou ik menen, dat de daartegenover door het hof genoemde omstandigheden onvoldoende zijn om aan te nemen, dat belastingbesparing niet het doorslaggevende motief van de transacties is geweest.'

De Hoge Raad oordeelde dat in de voorliggende gevallen de irrevocable discretionary trust als een 'doelvermogen' dient te worden aangemerkt. Het doelvermogen is dan als verkrijger voor de SW 1956 aan te merken. De Hoge Raad besliste dan ook dat sprake was van een belastbare schenking – overigens tegen het zogeheten derdentarief – en hoefde zich vervolgens niet meer uit te laten over het cassatiemiddel met betrekking tot *fraus legis*.¹¹⁶⁶

De novemberarresten geven weliswaar geen antwoord op de vraag of *fraus legis* kan worden toegepast in een geval waarin een trust is ingesteld die nauwelijks aanknopingspunten heeft met het recht van een 'trustland', maar bieden wel een inzicht in de vele subjectieve elementen die daarbij een rol kunnen spelen. Naar het mij voorkomt zal het daarbij voor de fiscus niet eenvoudig zijn om het belastingverrijdelingsmotief als volstrekt overwegende beweegreden aannemelijk te maken, gezien de vele legitieme (neven)doelstellingen die met een trustfiguur kunnen worden nagestreefd.¹¹⁶⁷ De trust heeft door de eeuwen heen, vanwege zijn flexibiliteit, juist in een haast ondenkbaar aantal behoeftes voorzien.¹¹⁶⁸

Uit de rechtspraak kan naar mijn mening, weliswaar met de nodige voorzichtigheid, worden afgeleid dat geen verrijdelingsmotief wordt aangenomen, indien de trustverhouding

1164 Zie het tweede cassatiemiddel en de toelichting daarop, zoals opgenomen in BNB 1999/35.

1165 Conclusie A-G Moltmaker, BNB 1999/35, onderdeel 2.6.5.

1166 In de overige zaken, waarin aanslagen schenkingsrecht waren opgelegd aan de beneficiarissen, kon de stelling dat sprake was van *fraus legis* niet leiden tot toerekening aan de beneficiarissen, en derhalve ook niet tot het handhaven van de aan hen opgelegde aanslagen. Zie onderdeel 2.6.6 van de conclusie van A-G Moltmaker bij BNB 1999/35. Om dezelfde reden is de stelling dat sprake is van *fraus legis* ook niet meer terug te vinden in de zaak BNB 1999/37, aangezien daar reeds voor het Hof vast kwam te staan dat deze stelling de inspecteur niet kon baten. Zie r.o. 5.5 van de uitspraak van Hof 's-Gravenhage 30 november 1995, zoals opgenomen in BNB 1999/37.

1167 Zie in zijn algemeenheid omtrent de verschillende zakelijke motieven die belastingplichtige kan aanvoeren, IJzerman 1991, blz. 113-118. Sonneveldt 2000a, blz. 135-138, komt tot een rubricering van mogelijke motieven die specifiek bij de instelling van een trust een rol kunnen spelen. Hij noemt (i) *estateplannings* motieven, (ii) het ontgaan van dwingende niet-fiscale regelgeving, en (iii) buitenlandse fiscale motieven. Ten slotte kan worden gewezen op het gastcollege van de staatssecretaris van Financiën aan de Universiteit van Tilburg d.d. 14 april 2008 (http://www.minfin.nl/Actueel/Toespraken/Jan_Kees_de_Jager/2008/04/De_Wet_schenk_en_erfbelasting_evenwichtiger_eenvoudiger). Daar wordt het zogeheten 'Ferrari-syndroom' als legitieme oorzaak genoemd voor het instellen van een trustverhouding.

1168 Zie ook Sonneveldt 1993, blz. 381.

nauwelijks reële aanknopingspunten heeft met een 'trustland'. De Hoge Raad lijkt in een dergelijk geval eerder geneigd de gevolgen van de fiscaalrechtelijke erkenning met een (extensieve) wetsinterpretatie te mitigeren dan tot toepassing van *fraus legis* over te gaan.

7.5.2.2 *Fraus legis* in trustsituaties: het normvereiste

De voorwaarde dat belastingplichtige in strijd met doel en strekking van de belastingwet heeft gehandeld, dient primair in het licht van de concreet geschonden bepaling te worden beoordeeld.¹¹⁶⁹ Bij aanwijsbaar handelen in strijd met doel en strekking van een regeling, maakt het op zichzelf geen verschil of de belastingplichtige zich heeft bediend van een trust, een stichting of een besloten vennootschap.¹¹⁷⁰ In zoverre heeft gebruikmaking van een trust – als bijzondere rechtsfiguur – binnen een bepaald feitencomplex, naar mijn mening geen invloed op de beoordeling of sprake is van *fraus legis*.¹¹⁷¹

In een aantal gevallen is het echter niet eenvoudig om ten behoeve van het normvereiste de precieze bedoeling van de wetgever te achterhalen, hetgeen onder meer aan de orde is indien een situatie niet expliciet door de wetgever is voorzien. In dat geval dient de rechter de veronderstelde wil van de wetgever uit het wettelijke systeem te herleiden.¹¹⁷² IJzerman merkt evenwel op dat:¹¹⁷³

'De uiterste grens bij de vaststelling van doel en strekking wordt bereikt, indien de strekking wordt afgeleid uit het systeem van de wet met inachtneming van de veronderstelde wil van de wetgever. Dat is slechts aanvaardbaar in sprekende gevallen. Daarbij is met name van belang dat een belastingwet verondersteld mag worden niet te voorzien in zijn eigen willekeurige buitenwerkingstelling, tenzij het tegendeel in een concreet geval blijkt.'

In dit verband kan worden gedacht aan de problematiek die in het kader van trusts veelvuldig opkomt ten aanzien van het bestaan van 'zwevend vermogen'.¹¹⁷⁴ Uitgaande van de klassieke invulling van het begrip 'zwevend vermogen', wordt hiermee bedoeld op de situatie waarin het vermogen voor fiscale doeleinden aan niemand toerekenbaar is. Ook in de situatie die aan de orde was in de novemberarresten leek 'zwevend vermogen' te ontstaan. De Hoge Raad heeft uitvoerig aandacht besteed aan dit fenomeen.¹¹⁷⁵

'3.6. Hier gaat het om door de settlor ingestelde irrevocable discretionary trusts (...). De settlor heeft van de goederen die hij onder trustverband heeft gebracht, onherroepelijk afstand gedaan en de beschikkingsmacht erover verloren. Hij heeft slechts in zijn kwaliteit van beneficiary een verwachting, evenals de overige beneficiaries, dat te eniger tijd aan hem een uitkering uit het trustvermogen zal worden gedaan. Enig recht op een uitkering hebben de beneficiaries niet, ook niet een voorwaardelijk recht, nog daargelaten de bevoegdheid van de protector een beneficiary zijn hoedanigheid te ontnemen. De trustees zijn weliswaar eigenaar van de trustgoederen geworden en het bestuur erover is in hun handen gelegd, maar het trustvermogen blijft afgescheiden van hun overig vermogen en zij mogen hun bevoegdheden uitsluitend uitoefenen ten behoeve van de beneficiaries. Enige vermogenswaarde heeft het trustvermogen voor hen niet. De protector heeft met betrekking tot het functione-

1169 IJzerman 1991, blz. 139.

1170 Het zou immers te ver voeren om aan de mystiek waarmee de trustfiguur wordt omringd een stigmatiserend effect te verbinden, zodat eerder sprake zou zijn van *fraus legis* in trustverhoudingen.

1171 De mogelijkheid van vermeend onoorbaar gebruik is niet voorbehouden aan de Anglo-Amerikaanse trust. Evenmin is gebruikmaking van trusts afkeurenswaardig. Zie de eerder genoemde opmerking van Hayton 2003, blz. 3.

1172 Zie o.a. HR 22 juli 1982, BNB 1982/243, HR 27 januari 1993, BNB 1993/111 en HR 10 februari 1999, BNB 1999/129.

1173 IJzerman 1991, blz. 163.

1174 Zie paragraaf 2.7.3.

1175 Overwegingen afkomstig uit BNB 1999/35.

ren van de trusts vergaande bevoegdheden gekregen, maar heeft geen enkel recht met betrekking tot de trustgoederen.

3.7. Hetgeen onder 3.6 is overwogen leidt tot de gevolgtrekking dat door het instellen van de trusts met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen geen der bij de trusts betrokken personen in een positie is komen te verkeren dat hij naar Nederlands recht daaraan enig recht met een vermogenswaarde kan ontlelen.'

De Hoge Raad beschrijft dat met de instelling van de trusts een situatie is ontstaan waarbij het vermogen aan 'geen der bij de trusts betrokken personen' kan worden toegerekend, zonder daarbij overigens de term 'zwevend vermogen' te gebruiken.

In de daarop volgende overwegingen komt de Hoge Raad tot de slotsom dat alle elementen voor een belastbare schenking aanwezig zijn, maar dat een 'bevoordeelde' ontbreekt. Vervolgens merkt de Hoge Raad op dat het niet binnen het stelsel van de SW 1956 past dat een in Nederland woonachtige persoon zich uit vrijgevigheid van zijn vermogen ontdoet, zonder dat daarbij schenkingsrechten worden gegeven.

Daarna overweegt de Hoge Raad dat 'in het Nederlandse fiscale recht' het begrip 'doelvermogen' bekend is. Vervolgens bedient de Hoge Raad zich van een (zeer) extensieve interpretatie. De irrevocable discretionary trust wordt tot 'doelvermogen' bestempeld en wordt als verkrijger voor het schenkingsrecht aangemerkt.¹¹⁷⁶ Het doelvermogen wordt als toerekeningscentrum gezien, zodat geen sprake (meer) van zwevend vermogen. Opvallend is dat de Hoge Raad ter voorkoming van een zwevend vermogen een (zeer) extensieve interpretatie heeft gehanteerd, maar het leerstuk van *fraus legis* onbenut laat.

De terughoudende toepassing ten aanzien van *fraus legis* lijkt aan te sluiten bij het navolgende citaat, waarin ook de staatssecretaris de toepassing van *fraus legis* niet direct aan de orde acht:¹¹⁷⁷

*'De vragen van de leden van de CDA-fractie, of door de wijze van redigeren van de trustakte belastingbetaling kan worden uitgesteld en zelfs ontgaan en of een trustakte de fiscale kwalificatie van een bepaalde opbrengst, bijvoorbeeld uit onroerend goed, zodanig kan wijzigen dat het onzeker wordt of de in het buitenland gevestigde beneficiaries van een in trust gebracht in Nederland gelegen onroerend goed hier te lande kunnen worden aangeslagen wegens het genieten van opbrengst uit dat onroerend goed, brengen mij ertoe erop te wijzen dat door de instelling van een trust de belastbaarheid van in Nederland aanwezig vermogen of van in Nederland genoten inkomsten niet wijzigt; een beroep op bijvoorbeeld het leerstuk van de *fraus legis* komt dan ook niet aan de orde. De trust doet wel de vraag rijzen, wie als belastingplichtige is te beschouwen.'*

Het probleem van 'zwevend vermogen' kan zich bij erkenning van de trustfiguur ook voordoen in de sfeer van de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Het is echter de vraag of de eventuele complicaties die als gevolg van de fiscale erkenning van de trustfiguur ontstaan met behulp van *fraus legis* dienen te worden weggenomen. Bij beantwoording van deze vraag spelen doel en strekking van de belastingwet een belangrijke rol.

Fraus legis bij zwevend vermogen in de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969

Het is niet eenvoudig om in dit kader de bedoeling van de wetgever vast te stellen. Hoewel kan worden geconstateerd dat de trustfiguur op diverse andere plaatsen tijdens de parlementaire behandeling opduikt, is het probleem van het 'zwevend vermogen' – vóór invoering van het APV-regime – nergens expliciet door de wetgever aan de orde gesteld. Wel is in meer algemene zin in de memorie van toelichting bij de WCT, omtrent de inpasbaar-

1176 Zie voor kritiek op deze extensieve interpretatie o.a. Sonneveldt 1999, Nobel 1999, blz. 789 en K.L.H. van Mens in zijn aantekening bij FED 1999/654.

1177 Kamerstukken II 1993/94, 23 027, nr. 5, blz. 2.

heid van de Anglo-Amerikaanse trust binnen het Nederlandse fiscale stelsel het volgende opgemerkt:¹¹⁷⁸

‘Gebleken is dat geen zekerheid bestaat over de fiscale gevolgen van de onderscheidene trustfiguren; er is vrijwel geen jurisprudentie op dit terrein. Niettemin dienen aan de trustfiguur in hier te lande voorkomende gevallen fiscale gevolgen te worden verbonden. Deze gevolgen dienen uiteraard te passen binnen het nationale fiscale stelsel.’

Het is dan ook van belang op zoek te gaan naar de veronderstelde bedoeling van de wetgever. Enerzijds kan daarbij worden verdedigd dat het creëren van ‘zwevend vermogen’ niet binnen het Nederlandse fiscale stelsel past. Van Mens merkt naar aanleiding van de novemberarresten op dat:¹¹⁷⁹

‘het maatschappelijk niet wenselijk is en ook niet door de wetgever beoogd om een overheveling van vermogen naar de trust, zoals deze in de onderhavige arresten heeft plaatsgevonden, onbelast te laten. De wetgever heeft in een eerder stadium gewoon niet aan de inpasning hiervan in het wettelijk systeem gedacht. (...) Zowel in de wetgeving van de VS als in de Engelse fiscale wetgeving is, ik zou haast zeggen uiteraard, het onbelast creëren van zwevend vermogen, dat op basis van equity tussen wal en schip dreigt te raken, expliciet geregeld.’

Anderzijds kan de gerechtvaardigde vraag worden opgeworpen of hiermee ook vaststaat dat het in stand laten van (onbelast) ‘zwevend vermogen’ in strijd komt met doel en strekking van de belastingwetgeving.¹¹⁸⁰ Op dit punt lijken de bedoelingen van de wetgever minder duidelijk. Binnen het systeem van de inkomsten- en vennootschapsbelasting zijn immers wel voorbeelden denkbaar, waarin een vorm van (onbelast) ‘zwevend vermogen’ kan bestaan. Het meest sprekende voorbeeld is het vermogen dat is overgedragen aan een niet-belastingplichtige stichting.¹¹⁸¹

Trustbesluiten

De staatssecretaris van Financiën verdedigt in ‘de trustbesluiten’ echter dat het bestaan van ‘zwevend vermogen’ in strijd is met doel en strekking van het Nederlandse fiscale stelsel. Waar de bewindsman in eerdere trustbesluiten opmerkte dat als richtlijn bij de fiscale behandeling heeft te gelden ‘dat ik het ongewenst acht dat personen die in Nederland belastingplichtig zijn een belastingvrij zwevend vermogen creëren’,¹¹⁸² is deze opmerking in de laatste versie van ‘het trustbesluit’ in gewijzigde vorm opgenomen. Aldaar is het volgende opgemerkt:¹¹⁸³

‘De arresten van 18 november 1998 geven alleen zekerheid over de heffing van schenkingsrecht bij inbreng van vermogen in een irrevocable discretionary trust. Voor andere trustvormen of andere rechtsfiguren en andere belastingwetten bieden de arresten – waar mogelijk – een richtsnoer. Wel heeft de Hoge Raad met de arresten naar mijn oordeel in ieder geval aangegeven dat het creëren en bestaan van een ‘zwevend’ vermogen niet past in het fiscale recht.’

Opmerkelijk is dat de eerdere opmerking van de staatssecretaris – die door A-G Moltmaker reeds als een ‘enkel machtswoord van de Regering’ is afgedaan¹¹⁸⁴ – uit de context van een ‘eigen opvatting’ wordt gehaald en daaraan de autoriteit wordt verbonden van (een uit-

1178 Kamerstukken II 1992/93, 23 027, nr. 3, blz. 12.

1179 Aantekening bij deze arresten in FED 1999/654.

1180 De term ‘zwevend vermogen’ wordt door de wetgever ook gebruikt om het bestaan van ‘onbelast vermogen’ aan te duiden. Zie paragraaf 2.7.3.

1181 Zie art. 2, lid 1, onderdeel e, Wet Vpb 1969.

1182 Besluit van 22 oktober 2002, nr. CPP2002/2773M, BNB 2003/39.

1183 Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, BNB 2006/139.

1184 Zie onderdeel 2.6.2 van de conclusie bij BNB 1999/35.

spraak van) de Hoge Raad. Ik kan mij echter niet geheel aan de indruk onttrekken dat deze opmerking op een vrije interpretatie van de novemberarresten berust.¹¹⁸⁵ De Hoge Raad oordeelde in die arresten weliswaar dat de irrevocable discretionary trust – als doelvermogen – een verkrijger voor de SW 1956 kan zijn, waardoor het onbelast creëren van een ‘zwevend vermogen’ wordt voorkomen, maar doet dit – naar blijkt uit r.o. 3.10 – geheel binnen de strekking van het schenkingsrecht. Het gaat te ver om hierin te lezen dat de Hoge Raad heeft beslist dat ook bestaan van een ‘zwevend vermogen’ niet past binnen het Nederlandse fiscale recht. Zoals opgemerkt, gebruikt de Hoge Raad ook geen bewoordingen van die strekking.

Introductie APV-regime

Tot slot kan de vraag worden opgeworpen of de mogelijkheden om frauduleus in trustverhoudingen toe te passen zijn veranderd als gevolg van de invoering van het APV-regime per 1 januari 2010. Bij de beantwoording van deze vraag dient mijns inziens een onderscheid te worden gemaakt tussen de periode vóór en na de invoering van deze wetgeving.

Periode vóór 1 januari 2010

Ten aanzien van de periode tot 2010 heeft te gelden dat de fiscale wetgeving nauwelijks duidelijkheid bood ten aanzien van trustverhoudingen en de fiscale gevolgen voor de daarbij betrokken personen.¹¹⁸⁶ In de uitvoeringspraktijk kon evenmin een duidelijke lijn worden ontdekt op basis waarvan de fiscale behandeling van trusts kon worden gekend.¹¹⁸⁷ Weliswaar deelde de uitvoerder al in 1993 mee dat het bestaan van ‘zwevend vermogen’ naar zijn mening niet past in het Nederlandse fiscale stelsel, maar voor het overige was het onduidelijk welke fiscale consequenties wel dienden te worden verbonden aan een trustverhouding.¹¹⁸⁸ Het komt mij dan ook voor dat het in veel gevallen niet eenvoudig is – en soms zelfs onmogelijk zal zijn – om de contouren van de bedoeling van de wetgever zodanig scherp te krijgen dat vervolgens kan worden beoordeeld of in strijd met ‘doel en strekking van de belastingwetgeving’ is gehandeld.

Deze conclusie hangt nauw samen met het lange(re) tijd ‘stilzitten’ van de wetgever. Alhoewel het eigenlijk niet mogelijk is om aan te geven wanneer die periode nu precies is aangevangen, ben ik van mening dat na de ratificatie van het HTV kan worden gesproken van ‘stilzitten’ van de wetgever. Ik meen dat sindsdien bij eventuele onduidelijkheden rekening moet worden gehouden met het stilzitten van de wetgever en niet ‘zomaar’ frauduleus kan worden toegepast.¹¹⁸⁹ Uit de uitspraken van 11 mei 1988 valt duidelijk af te leiden dat het niet-optreden van de wetgever ten koste gaat van de toepassingsruimte van frauduleus.¹¹⁹⁰ Voorts kan nog worden gewezen op de conclusies van A-G Wattel bij de zaken met betrekking tot ontgaansmogelijkheden in de overdrachtsbelasting. De A-G komt tot de slotsom dat frauduleus niet toepasbaar is, indien de wetgever ontgaansmogelijkheden heeft onderkend, maar niet heeft ingegrepen.¹¹⁹¹

‘Uit het bovenstaande volgt dat de wetgever de litigieuze ontgaansmogelijkheid onder ogen heeft gezien en er om onvoldoende redenen niet tijdig iets aan heeft gedaan. Hij heeft slechts adequaat optreden in het vooruitzicht gesteld als dat nodig zou blijken te zijn. Zoals Zwemmer aanmerkte in BNB 2000/23: de praktijk wist genoeg.’

1185 Zie ook de aantekening van de Redactie Vakstudie Nieuws bij het trustbesluit in V-N 2006/15.1.

1186 Zulks is door de wetgever ook expliciet onderkend in. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 027, nr. 5.

1187 Zie het Besluit 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, BNB 2006/139.

1188 Mededeling Staatssecretaris van Financiën 16 december 1993, nr. DB93/4451, V-N 1994/155.13.

1189 Ijzerman 1991, blz. 143, spreekt bij lang stilzitten van de wetgever over ‘rechtsverwerking’.

1190 HR 11 mei 1988, BNB 1988/289-291.

1191 Zie het slot van de conclusies bij HR 12 april 2002, BNB 2002/187-189. De Hoge Raad oordeelde in die zaken dat frauduleus niet kon worden toegepast.

De conclusie uit het voorgaande is, dat toepassing van *fraus legis* in veel gevallen waarin de trustfiguur centraal staat afstuit op het normvereiste. Uiteindelijk heeft de wetgever door de mogelijkheid van misbruik misschien wel te signaleren, maar uiteindelijk niet in te grijpen 'doel en strekking van de belastingwet' onvoldoende omlind. Ik ben dan ook van mening dat de toepassingsmogelijkheden van *fraus legis* vóór invoering van het APV-regime beperkt worden door de gebrekkige omlijning van doel en strekking van de belastingwet.¹¹⁹²

Periode ná 1 januari 2010

De invoering van art. 2.14a Wet IB 2001 heeft een einde gemaakt aan 'het stilzitten' van de wetgever. De bedoelingen van de wetgever zijn daarmee duidelijker tot uitdrukking gebracht. Het APV-regime kan worden gezien als een generieke antimisbruikbepaling ten aanzien van afgezonderde particuliere vermogens, waaronder de Anglo-Amerikaanse trust. Veel gevallen die in de ogen van de wetgever tot oneigenlijk gebruik van trusts leidden, zijn met de invoering van het speciale regime voorkomen. Het is dan ook de vraag in hoeverre het leerstuk van de wetsontduiking nog van toepassing is ten aanzien van gevallen die niet onder de APV-regime kunnen worden gebracht. Hierbij kan worden gedacht aan gevallen waarin geen toerekening aan de inbrenger plaatsvindt, omdat het APV is onderworpen aan een reële heffing.¹¹⁹³

In dit verband dringt zich de meer algemene vraag welke ruimte resteert voor *fraus legis*, indien de wetgever antimisbruikwetgeving heeft ingevoerd.¹¹⁹⁴ Het zou te ver gaan om te concluderen dat *fraus legis* niet kan worden toegepast, indien de wetgever antimisbruikwetgeving heeft geëntameerd. Die ruimte bestaat dan naar mijn mening nog steeds. Uitsluitend in het geval de wetgever een (deel)terrein uitputtend zou hebben willen afdekken, bestaat mijns inziens geen ruimte meer voor rechterlijke aanvulling.¹¹⁹⁵ Deze ambitie lijkt de wetgever als zodanig niet te hebben gehad met het APV-regime.¹¹⁹⁶

Het voorgaande laat evenwel onverlet dat de wetgever veel bestaande situaties van misbruik heeft (kunnen) overzien en ook heeft willen bestrijden.¹¹⁹⁷ De zeer ruim geformuleerde wettekst, het veelvuldige gebruik van vage normen en het opnemen van zeer brede definities zijn hiervan de 'stille getuigen'.¹¹⁹⁸ Hierbij is zelfs de mogelijkheid van 'overkill' als 'collateral damage' expliciet aanvaard.¹¹⁹⁹ Het is dan ook de vraag hoe dient te worden

1192 Vgl. Sonneveldt 2000a, blz. 139.

1193 Zie uitgebreid paragraaf 9.5.3.

1194 Deze discussie is voornamelijk bekend in de sfeer van de renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969 en is uitvoerig aan de orde gesteld door Marres 2005, hoofdstuk 3 (in het bijzonder blz. 58-65). Zie ook de aldaar aangehaalde literatuur.

1195 Vgl. Marres 2005, blz. 59, die ten aanzien van de gedetailleerde renteaftrekbeperking van art. 10a Wet Vpb 1969 eveneens betoogt dat toepassing van *fraus legis* nog steeds tot de mogelijkheden behoort.

1196 Uit de parlementaire behandeling volgt dat het regime op onderdelen in zekere zin een 'trail and error-karakter' heeft. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 38, blz. 14 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 76, blz. 11-12 en 15-16. Freudenthal 2010, merkt op dat van wetgeverszijde is onderkend dat het beter kan, maar dat men niet heeft gerekend op applaus.

1197 Niet in de laatste plaats is hierbij relevant dat de wetgever zich tijdens het wetgevingsproces uitvoerig heeft laten informeren door de Coördinatiegroep Constructie Bestrijding van de Belastingdienst. Zie onder meer *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 15, blz. 4 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 35.

1198 In het artikel komt de strofe 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect' veelvuldig terug. Daarnaast zijn essentiële begrippen als het 'afzonderen van vermogen' en 'erfgenaam' zeer ruim omschreven.

1199 In *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 48 is te lezen: 'Zelden of nooit zal iemand in de heffing worden betrokken zonder dat hij tot (een deel van) het vermogen van het afgezonderd particulier vermogen gerechtigd zal worden.' In *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 40, wordt vervolgens opgemerkt dat de hardheidsclausule in deze gevallen niet wordt toegepast, omdat de onbillijkheid niet 'onvoorzien' is.

geoordeeld over de mogelijkheid van *fraus legis* ten aanzien van situaties die 'zelfs' nog daarbuiten blijven. Mijns inziens past hier een terughoudende opstelling van de rechter bij de aanvulling van de wettekst naar 'doel en strekking'. Allereerst dient te worden onderkend dat de wetgever veel gevallen van misbruik heeft voorzien, dan wel heeft kunnen voorzien. De wetgever heeft thans bekendheid met (het gebruik van) trustverhoudingen en kan daarmee ook beter rekening houden. Het argument dat de Anglo-Amerikaanse trust met diens afwijkende civielrechtelijke karakteristieken een onbekende rechtsvorm is, levert nu dus geen geloofwaardig argument meer op.

Voorts heeft de wetgever met de 'toerekeningsfictie' duidelijk gekozen voor een aanpassing in de systematiek van het subjectgerichte stelsel. Daarbij wordt het trustvermogen – in strijd met de civielrechtelijke werkelijkheid – toegerekend aan een ander dan de rechthebber. Deze keuze voor een afwijkende systematiek als antwoord op het oneigenlijke gebruik – de mogelijke ontoereikende werking daarvan – komt mijns inziens voor rekening van de wetgever. Uit de rechtspraak blijkt zulks in ieder geval te gelden voor de fundamentele keuze om voor bepaalde inkomensbronnen het objectieve stelsel te hanteren.¹²⁰⁰ Het is dan ook de vraag welke ruimte voor *fraus legis* overblijft, indien de wetgever bewust van de fundamentele, subjectgerichte systematiek afwijkt. In de aan BNB 1998/216 voorafgaande conclusie van A-G Van den Berge kan het volgende citaat worden teruggevonden:

*'3.3. Echter, ook in de ruime opvatting zal aan de doelstelling van een specifieke regeling voorrang moeten worden verleend boven de abstracte doelstelling of strekking van de wet als geheel. Voor zover de wetgever met een specifieke regeling bewust heeft willen afwijken van de abstracte doelstelling van de wet als geheel (zie par. 2.2 slot), kan een op die algemene strekking steunend beroep op *fraus legis* geen uitkomst bieden.'*

Mijns inziens is de kans dan ook aanzienlijk dat rechter de gevolgen van de keuze voor een afwijkende techniek voor rekening van de wetgever laat en de ruimte voor *fraus legis* beperkt acht.

Tot slot kan worden opgemerkt dat reeds gedurende de parlementaire behandeling, in verschillende stadia, in de literatuur is gewezen op de gebreken van het APV-regime.¹²⁰¹ De wetgever heeft in reactie daarop aanvullende bepalingen opgenomen in de tweede nota van wijziging.¹²⁰² Het komt mij voor dat resterende gebreken in de wetgeving het gevolg zijn van voorzienbaar ontoereikende wetgeving en niet zonder meer met *fraus legis* kunnen worden aangevuld.¹²⁰³ Daarbij komt dat de toerekening van het trustvermogen aan de inbrenger en erfgenamen 'voorzienbaar' tot 'onvoorzienbare omstandigheden' kan leiden die de wetgever in het nadeel van de belastingplichtige expliciet wenst te aanvaarden.¹²⁰⁴ Het lijkt mij dan ook niet goed denkbaar dat in een omgekeerd geval, waarbij belastingplichtigen bijvoorbeeld als gevolg van de reële heffingstoets buiten de reikwijdte van het APV-regime blijven, met een beroep op doel en strekking van het APV-regime *fraus legis* kan worden beargumenteerd.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat *fraus legis* zowel vóór als ná invoering van het APV-regime in meer algemene zin beperkt toepasbaar lijkt.

1200 Vgl. HR 29 april 1998, BNB 1998/216, waarin tevens wordt verwezen naar HR 15 juli 1997, BNB 1997/296 en 15 juli 1997, BNB 1997/297.

1201 Zie o.a. Auerbach 2009a, Boer en Freudenthal 2009, blz. 507-511, Cornelisse 2009, Sonneveldt en De Kroon 2009.

1202 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, wijziging art. II.

1203 Vgl. HR 8 juli 1992, BNB 1992/308.

1204 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 40, voor het tenenkrommende antwoord van de staatssecretaris ten aanzien van gevallen waarin belasting wordt geheven op basis van het APV-regime bij iemand die het toegerekende vermogen uiteindelijk nooit zal verkrijgen.

7.5.3 Conclusie omtrent de invloed van *fraus legis* op de fiscale erkenning

De toepassing van het '*fraus legis*' is een uiterst casuïstische aangelegenheid. Conclusies omtrent de mogelijke invloed daarvan op het erkenningsvraagstuk dienen dan ook met de nodige voorzichtigheid te worden getrokken, aangezien deze zijn gebaseerd op een hoog abstractieniveau. In iedere concrete casus zal de toepassing van *fraus legis* afhangen van de feiten en omstandigheden van het geval. Desalniettemin kunnen enkele voorzichtige conclusies worden getrokken met betrekking tot de toepassingruimte voor *fraus legis*.

De vele (neven)doelstellingen die met de trustinstelling kunnen worden nagestreefd, verhinderen een eenvoudige vaststelling van het belastingverijdelingsmotief. Uiteraard kan de afwezigheid van reële aanknopingspunten met een 'trustland' een rol spelen bij de beoordeling van de motieven van de insteller, maar de invloed daarvan lijkt beperkt.

Daarnaast kan worden geconcludeerd dat de vaststelling van doel en strekking van de belastingwet ten aanzien van de inpassing van trustverhoudingen niet eenvoudig is. Lange tijd heeft de wetgever de mogelijkheid onbenut gelaten om door middel van wetgeving duidelijkheid te scheppen. Het is daarbij onduidelijk of het bestaan van 'zwevend vermogen' als zodanig in strijd met doel en strekking van de belastingwet komt. Voorts dient bij de bepaling van 'doel en strekking van de belastingwet' in ogenschouw te worden genomen dat het Nederlandse fiscale stelsel weliswaar principieel onbekend is met de Anglo-Amerikaanse trust. Overigens heeft dit argument na de introductie van het HTV en de ontwikkelingen in de rechtspraak aan belang ingeboet.

Ten slotte kan worden geconcludeerd dat de invoering van het APV-regime de bedoelingen van de wetgever ten aanzien van 'zwevend vermogen' weliswaar duidelijker tot uitdrukking heeft gebracht, maar dat de toepassing van *fraus legis* in voorkomende gevallen beperkt zal zijn. De wetgever is met het APV-regime bewust van de systematiek van het subjectgerichte stelsel afgeweken en heeft voorts veel (on)voorzienbare gevolgen voor lief genomen.

Alles overwegende, acht ik de toepassingruimte voor *fraus legis* binnen het erkenningsvraagstuk beperkt. De ruimhartige fiscale erkenning van trusts lijkt uitsluitend in evidente gevallen van misbruik door het 'paardenmiddel van *fraus legis*'¹²⁰⁵ te kunnen worden teruggenomen.

7.6 DE GEVOLGEN BIJ FISCALE ERKENNING VAN EEN TRUSTVERHOUDING

De fiscale erkenningsregel brengt mee dat een Anglo-Amerikaanse trust voor toepassing van het belastingrecht wordt erkend, indien de instelling heeft plaatsgevonden overeenkomstig de bepalingen van het recht dat de instelling beheerste. De erkenning van een trustverhouding houdt in 'dat men aan een onder vreemd recht gecreëerde duurzame rechtsbetrekking in de eigen rechtssfeer effect toekent'.¹²⁰⁶ Anders gezegd, de civielrechtelijke rechtsgevolgen van de trustrelatie worden voor toepassing van het Nederlandse belastingrecht aanvaard, ondanks dat deze rechtsfiguur alhier onbekend is. Alvorens de bepalingen van het Nederlandse belastingrecht kunnen worden toegepast op de rechtsgevolgen die uit de trustinstelling voortvloeien, dient de inhoud van die rechten nauwkeurig te zijn geanalyseerd.¹²⁰⁷

¹²⁰⁵ Zie K.L.H. van Mens in zijn aantekening bij de trustzaken van 1998 in *FED* 1999/654.

¹²⁰⁶ Van Boeschoten 1994, blz. 17. Van Boeschoten heeft daarbij het oog op de civielrechtelijke erkenning van een trust, maar de tekst geeft eveneens de kern van de fiscaalrechtelijke erkenning weer.

¹²⁰⁷ Deze analyse dient plaats te vinden aan de hand van de relevante trustdocumenten, voorzover de daarin geregelde rechtsgevolgen in overeenstemming zijn met het voor de trust geldende recht. Zie r.o. 3.6, *BNB* 1999/35.

Hiermee is echter nog niet gezegd op welke wijze de uitkomst van die civielrechtelijke analyse wordt 'overgebracht' naar het belastingrecht.¹²⁰⁸ Het proces van overbrenging van de Anglo-Amerikaanse rechtsgevolgen naar het Nederlandse belastingrecht, noem ik de 'fiscale transitie'. De fiscale transitie bevindt zich daarmee in het kwalificatieproces tussen de fiscale erkenning en de fiscale kwalificatie van een rechtsvorm in. Hierna wordt de fiscale transitie nader besproken.

7.6.1 Fiscale transitie

In theorie dienen zich twee methoden voor de fiscale transitie aan, te weten: de zogeheten 'conversiemethode' en de 'sui generis-methode'.¹²⁰⁹ Bij toepassing van de 'conversiemethode' worden de civiele rechtsgevolgen van de trustinstelling geconverteerd naar de meest nabij gelegen rechtsfiguur binnen het Nederlandse privaatrecht, om vervolgens de daarop betrekking hebbende bepalingen van het belastingrecht toe te passen. In dat geval zou aansluiting kunnen worden gezocht bij analoge rechtsfiguren als vruchtgebruik, bewind, en de stichting.¹²¹⁰

Bij de 'sui generis-methode' worden de rechtsgevolgen vastgesteld die uit een trustverhouding voortvloeien en deze worden *sui generis* aanvaard. In dat geval vindt geen conversie plaats, maar wordt de rechtspositie van alle bij de trust betrokken personen volgens het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht onderzocht. Hierbij geldt vervolgens dat:¹²¹¹

'niet beslissend is hoe die rechten naar Engels recht moeten worden gequalificeerd, maar of de inhoud, die deze rechten naar Engels recht hebben, voldoet aan de vereisten, waarvan de Nederlandse wet, met name de Wet op de Vermogensbelasting 1892 de toepasselijkheid van hare bepalingen afhankelijk stelt.'

Beide methoden kunnen tot uiteenlopende uitkomsten leiden. Ik wijs ter illustratie op twee arresten met betrekking tot een fixed trust en de daaraan ten grondslag liggende hofuitspraken.¹²¹² In beide gevallen stond de vraag centraal op welke wijze de gerechtigdheid van de beneficiary tot een 'life interest trust' in de VB 1964 diende te worden betrokken. Ondanks een vrijwel gelijkkluidend feitencomplex, kwamen beide hoven vanwege een verschillende transitiemethode tot een andersluidend oordeel.

Hof 's-Gravenhage¹²¹³ maakte gebruik van de 'conversiemethode' en oordeelde dat de rechten van de 'life tenant' gelijk dienden te worden gesteld met het recht van vruchtgebruik. De hierna geciteerde rechtsoverweging geeft inzicht in de door het Hof gehanteerde methode.¹²¹⁴

'De Trust naar Engels recht brengt een complex van rechten en verplichtingen met zich mee waarvoor geen rechtstreeks toepasselijke Nederlandse rechtsregels bestaan. Het kwalificeren

1208 Zie ook onderdeel 2 van de annotatie van Hoogendoorn bij HR 18 september 1991, BNB 1992/177.

1209 Zie Drielsma 1963a, blz. 219 en Drielsma 1963b, blz. 229, alsmede onderdeel 2 van de annotatie van Hoogendoorn bij HR 18 september 1991, BNB 1992/177. Van Boeschoten 1994, blz. 18, noemt voor het civiele recht nog een derde mogelijkheid. Het betreft een mengvorm van beide hier beschreven varianten. Voor het fiscale recht lijkt deze variant niet goed werkbaar, omdat ook bij een gedeeltelijke inbreuk op de civielrechtelijke eigenschappen van de trustverhouding naar mijn mening geen sprake meer is van 'erkenning'. In die situatie wordt hier gesproken van niet-erkenning. Voor 'gedeeltelijke erkenning' lijkt mij geen plaats. Zie ook paragraaf 7.7.

1210 Zie Drielsma 1963a, blz. 219. Zie ook paragraaf 6.7.

1211 HR 10 juni 1953, BNB 1953/204.

1212 HR 18 september 1991, BNB 1992/177 en HR 18 september 1991, BNB 1992/286.

1213 Hof 's-Gravenhage 8 maart 1990, Infobulletin 1990/465.

1214 Zie r.o. 3.6, zoals opgenomen in BNB 1992/286.

van het complex van rechten en verplichtingen van een Engelse Trust in een concreet geval als het onderhavige dient te geschieden aan de hand van de desbetreffende Deed of Settlement, waarbij, (...), de gevolgen verbonden aan de buitenlandse rechtsfiguur in principe gehonoreerd dienen te worden. Uit de Deed of Settlement blijkt dat het enige recht dat belastingplichtige op het trustvermogen kon doen gelden is het ontvangen van inkomen zoals vastgesteld door Trustees. Het Hof is met belanghebbenden van mening dat dit recht op vruchtgebruik naar Nederlands recht zozeer nabij komt dat het voor wat betreft de heffing van vermogensbelasting als hier aan de orde daarmee gelijk dient te worden gesteld.'

Hof 's-Hertogenbosch¹²¹⁵ paste daarentegen de 'sui generis-methode' toe. In de uitspraak is duidelijk terug te lezen dat het Hof de conversiemethode afwijst en de rechten van de beneficiary, juist met inachtneming van de eigen juridische nuances, heeft beoordeeld. Anders dan de inspecteur betoogde, oordeelde het Hof expliciet dat het recht van de beneficiary – gezien de subtiele juridische verschillen – niet kan worden gezien als een eigendomsrecht,¹²¹⁶ een met fidei-commis of bewind bezwaard eigendomsrecht,¹²¹⁷ noch als een recht van vruchtgebruik.¹²¹⁸ Ten slotte oordeelde het Hof dat binnen het stelsel van de Wet VB 1964, voor wat betreft de waardering van de specifieke rechten van de beneficiary, aansluiting diende te worden gezocht bij de bepalingen met betrekking tot periodieke uitkeringen.¹²¹⁹

De Hoge Raad deed in beide zaken op dezelfde dag uitspraak en oordeelde dat Hof 's-Hertogenbosch terecht de *sui generis*-methode heeft gehanteerd.¹²²⁰ Ook op andere plaatsen in de rechtspraak kan de *sui generis*-methode ter uitvoering van de fiscale transitie worden teruggevonden.¹²²¹ Een treffende verwoording daarvan wordt aangetroffen in een hofuitspraak waarin een revocable discretionary trust centraal stond.¹²²² Het Hof overwoog dat:

'ter beantwoording van de vraag, of belangh. en zijn echtgenote de opbrengst over 1956 van het onder trustverband gestelde vermogen in de zin van art. 15 van het Besluit in 1956 hebben genoten, beslissend is of de inhoud, die de rechten van belangh. en zijn echtgenote naar het recht van de Staat Conneticut hebben, voldoet aan de vereisten waarvan de Nederlandse wet, met name het Besluit, de toepasselijkheid van hare bepalingen afhankelijk stelt.'

De Hoge Raad heeft deze benaderingswijze expliciet bevestigd in de novemberarresten. In de derde volzin van r.o. 3.5 wordt de fiscale transitiemethode als volgt omschreven:¹²²³

'voor de beantwoording van de vraag op welke wijze fiscaal rekening moet worden gehouden met het bestaan van een volgens het buitenlandse recht rechtsgeldig tot stand gekomen trust, eerst na te gaan welke rechtsgevolgen naar het op de trust toepasselijke recht aan de trust zijn verbonden, en daarna hoe het Nederlandse belastingrecht op die [onderstreept, JPB] rechtsgevolgen moet worden toegepast.'

Ten slotte wordt op deze plaats benadrukt dat de methode die bij de fiscale transitie wordt gebruikt niet meebrengt dat een naar buitenlands recht aan een uitheemse rechtsfiguur

1215 Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 1990, Infobulletin 1990/464.

1216 Zie r.o. 5.2.

1217 Zie r.o. 5.3.

1218 Zie r.o. 5.4.

1219 Zie r.o. 5.5, zoals opgenomen in BNB 1992/177.

1220 HR 18 september 1991, BNB 1992/177. Het oordeel van Hof 's-Gravenhage werd op dit punt zelfs vanwege een ambtshalve aanwezig bevonden grond voor cassatie vernietigd. Zie HR 18 september 1991, BNB 1992/286, r.o. 4 t/m 4.3.

1221 Zie onder meer HR 10 juni 1953, BNB 1953/204, HR 24 november 1954, BNB 1955/7, HR 18 januari 1956, BNB 1956/72, HR 19 maart 1958, BNB 1958/184, HR 11 maart 1998, BNB 1998/265, HR 18 november 1998, BNB 1999/35-37.

1222 Hof 's-Hertogenbosch 24 april 1964, BNB 1964/265.

1223 Afkomstig uit BNB 1999/35.

te verlenen fiscale kwalificatie ook voor toepassing van het Nederlandse belastingrecht dient te worden gevolgd. Integendeel, de methode van fiscale transitie dient slechts ter vaststelling van de 'inhoud' van de rechtsverhouding die naar buitenlands recht tot stand is gekomen. Deze methode laat de daaraan naar Nederlands fiscaal recht te verlenen fiscale kwalificatie onverlet.¹²²⁴ Zo kan voor toepassing van het Nederlandse belastingrecht een buitenlandse rechtsvorm als fiscaal zelfstandige entiteit worden aangemerkt, niettegenstaande het feit dat deze rechtsvorm ingevolge de bepalingen van het land van herkomst fiscaal transparant is.¹²²⁵

7.6.2 Overzicht van civielrechtelijke rechtsgevolgen bij fiscale erkenning

Uit het voorgaande volgt dat de fiscaalrechtelijke erkenning van een trust *sui generis* dient te geschieden. Daarbij zijn de civielrechtelijke rechtsgevolgen, zoals beschreven in hoofdstuk 2, bepalend voor de uiteindelijke fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust en de fiscale rechtspositie van de bij de trust betrokken personen. De precieze rechtsgevolgen van een trustverhouding dienen in ieder specifiek geval te worden vastgesteld aan de hand van de bepalingen van het van toepassing zijnde trustrecht, met inachtneming van de trustakte en de overige trustdocumenten.

In zijn algemeenheid kan ten aanzien van de civielrechtelijke kenmerken van de Anglo-Amerikaanse trustfiguur worden aangesloten bij hetgeen is beschreven in hoofdstuk 2. De volgende civielrechtelijke verhoudingen kunnen als uitgangspunt worden genomen voor de fiscale kwalificatie in hoofdstuk 8:¹²²⁶

- de settlor heeft – al dan niet door middel van overdracht aan een trustee – vermogen afgezonderd ten behoeve van de beneficiaries;
- de settlor kan zich in voorkomende gevallen het recht hebben voorbehouden om de trustverhouding gedurende zijn leven te herroepen, dan wel aan te passen;
- de 'legal title' van de onder trustverband gebrachte goederen berust bij de trustee, hij beheert en bestuurt het trustvermogen ten behoeve van de beneficiaries en kan dienaangaande in rechte optreden;
- de trustgoederen behoren in juridische zin toe aan de trustee, maar deze heeft in zijn hoedanigheid van trustee geen economisch belang bij het trustvermogen en het daaruit afkomstige inkomen;
- de trust als zodanig heeft geen rechtspersoonlijkheid;
- de 'equitable title' van de onder trustverband gebrachte goederen berust bij de beneficiaries;
- de inhoud van de eventuele aanspraken van de beneficiaries op de trustgoederen en/of de daaruit afkomstige inkomsten is afhankelijk van hetgeen dienaangaande in de trustakte is bepaald; en
- de trustinstelling kan onder meer worden beëindigd, indien het doel van de trust is verwezenlijkt, de periode waarvoor de trust is ingesteld ten einde is gekomen of alle beneficiaries met de beëindiging van de trust instemmen.

1224 HR 10 juni 1953, BNB 1953/204.

1225 Zie Hof 's-Gravenhage 14 juli 1981, BNB 1982/264 en Hof Arnhem 18 maart 1992, V-N 1992/1884. Ook uit het Besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, BNB 2005/88 kan worden afgeleid dat de fiscale kwalificatie in het land van herkomst irrelevant is voor de fiscale kwalificatie van een buitenlandse rechtsvorm.

1226 Deze hoofdlijnen zijn ook te vinden in de zogeheten 'Principles of European Trust Law'. Zie Hayton e.a. 1999.

De fiscale niet-erkenning van een trust kan, gezien de voorgaande analyse, twee oorzaken hebben.¹²²⁷ Erkenning van een trust kan in de eerste plaats wordt geweigerd op grond van het feit dat aan de trustinstelling gebreken kleven, waardoor de trust overeenkomstig de bepalingen van het land dat de trustinstelling regeerde niet rechtsgeldig tot stand is gekomen (paragraaf 7.7.1). Daarnaast kan fiscale erkenning van een trust achterwege blijven op grond van het bijzondere leerstuk van *fraus legis* (paragraaf 7.7.2). Daarnaast zien voorstanders van een directe doorwerking van het HTV in de civielrechtelijke niet-erkenning van een trust nog een derde oorzaak voor fiscale niet-erkenning.¹²²⁸

De fiscale niet-erkenning brengt mee dat de civielrechtelijke gevolgen van de trustverhouding voor het fiscale recht ook niet (volledig) *sui generis* hoeven te worden aanvaard. Bij niet-erkenning komen de civielrechtelijke rechtsgevolgen derhalve op losse schroeven te staan. Voor het belastingrecht kan een eigen invulling worden gegeven aan de ontstane rechtsverhoudingen, waarbij het voor de hand ligt zo veel mogelijk aan te sluiten bij de wél tot stand gekomen rechtsverhoudingen. Hierna wordt nader ingegaan op de fiscaalrechtelijke rechtsgevolgen bij niet-erkenning.

7.7.1 Niet-erkenning op basis van de erkenningsregel

De niet-erkenning van een trust op basis van de fiscale erkenningsregel komt aan de orde, indien de trustverhouding niet in overeenstemming met de voorwaarden en formaliteiten van het recht van het land dat de instelling beheerste tot stand is gekomen. In dat geval wordt de ontstane rechtsverhouding voor fiscale doeleinden niet 'als trust' erkend. De fiscaalrechtelijke niet-erkenning is dan ook logisch te verklaren. Civielrechtelijk is immers geen trustverhouding tot stand gekomen, zodat deze voor fiscale doeleinden ook niet erkend kan worden erkend. De fiscale niet-erkenning op basis van de erkenningsregel veroorzaakt in dat geval ook geen divergentie tussen het civiele en het fiscale recht. Het is in dit verband overigens niet geheel zuiver om te spreken van de 'niet-erkenning van de trustverhouding'. Wat er niet is, kan ook niet worden erkend.¹²²⁹

Voor fiscale doeleinden lijkt het in dergelijk gevallen voor de hand te liggen aan te knopen bij de civielrechtelijke gevolgen die aan de mislukte poging tot instelling van de trust worden verbonden. Een dergelijke benadering, waarbij wordt aangeknoopt bij de civielrechtelijke werkelijkheid, verlangt een hernieuwde analyse naar het recht dat de 'mislukte' trustinstelling beheerste.

Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de vermogensbestanddelen – die niet onder trustverband zijn geplaatst – nog steeds tot het vermogen van de settlor behoren. Dit is bijvoorbeeld het geval, indien niet de juiste leveringsformaliteiten zijn vervuld bij de overdracht van de vermogensbestanddelen aan de trustee. Voor de fiscale doeleinden wordt het vermogensbestanddeel als onderdeel van het vermogen van de settlor beschouwd.

1227 Aangezien de frase dat erkenning niet in strijd mag komen met 'de wet, openbare orde of goede zeden' niet meer terugkomt in de rechtspraak, wordt deze hier verder niet behandeld. Mocht toch niet-erkenning worden aangenomen op die grond, dan geldt hetgeen in deze paragraaf is opgenomen onverkort.

1228 In de paragrafen 7.3.1 en 7.3.2 is beschreven dat de directe doorwerking op art. 19 HTV stuit. Om die reden wordt deze 'grond' voor fiscale niet-erkenning hier verder niet besproken.

1229 In dit verband zou, evenals voor het internationaal privaatrecht wel is gesuggereerd, bij de niet-erkenning nog onderscheid kunnen worden tussen 'nietige' en 'vernietigbare' trustinstellingen. Bij een nietige trustinstelling is de trust nooit tot stand gekomen, en is erkenning dus niet mogelijk. Bij een vernietigbare trustinstelling zou de trust, tot het moment dat de vernietiging wordt ingeroepen, kunnen worden erkend. Zie Koppenol-Laforce 1997, blz. 154.

Voorts kan een niet geslaagde poging tot het instellen van een trust meebrengen dat een 'resulting trust' is ontstaan. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin de settlor niet over de volledige 'equitable title' heeft beschikt. In dat geval ontstaat een resulting trust ten behoeve van de settlor, waarbij aan hem de reversion toekomt. Hoewel een uitvoerige bespreking van deze 'implied trust' de strekking van dit betoog te buiten zou gaan, is hiermee slechts bedoeld te illustreren dat de ontstane rechtsverhoudingen na een mislukte trustinstelling uiteenlopend kunnen zijn en van een hernieuwde beoordeling dienen te worden voorzien.

In gevallen waarbij de trustverhouding niet in overeenstemming met het recht dat de trustinstelling beheerste tot stand is gebracht, dient voor fiscale doeleinden een analyse te worden gemaakt van de civielrechtelijke rechtsgevolgen van de imperfecte trustinstelling. Vervolgens dienen daarop de bepalingen van het Nederlandse belastingrecht te worden toegepast. Niet alleen sluit een dergelijke benadering divergentie tussen het civiele en fiscale recht zo veel mogelijk uit, tevens wordt hiermee een niet-willekeurige oplossing bereikt die zo veel mogelijk in lijn ligt met de (reguliere) fiscale erkenningsregel.

7.7.2 Niet-erkenning op basis van *fraus legis*

Hoewel de toepassingsruimte voor *fraus legis* in trustverhoudingen relatief beperkt lijkt, kan *fraus legis* meebrengen dat een rechtsgeldig ingestelde trust voor fiscale doeleinden niet *sui generis* wordt erkend. In dat geval kan de rechter de civielrechtelijke gevolgen van een trustverhouding negeren (eliminatie),¹²³⁰ dan wel vervangen door een nabij gelegen rechtsfiguur (substitutie).¹²³¹ De rechter kan door middel van eliminatie of substitutie de rechtsgevolgen zodanig wijzigen dat niet langer strijd met doel en strekking van de belastingwet bestaat. Bij keuze voor één van beide oplossingsmethoden dient te worden beoordeeld 'welke ingreep het meest effectief is voor het tot gelding brengen van de fiscale norm'.¹²³² In zoverre is toepassing van het leerstuk '*fraus legis*' uitkomstgericht te noemen.

De buitengrens is dat de rechter, in het kader van de opgelegde aanslag, een oplossing dient te bewerkstelligen die de gewraakte handelingen in overeenstemming brengen met doel en strekking van de geschonden regeling. Indien daarbij verschillende wegen kunnen worden bewandeld, dient de gekozen oplossing zo veel mogelijk aan te sluiten bij de (fiscaal-)juridische werkelijkheid.¹²³³ In dat kader heeft Sonneveldt gesuggereerd dat de rechter zich zou kunnen laten inspireren door het bepaalde in art. 15, lid 2, HTV, inhoudende dat de rechter – ook bij niet-erkenning op grond van *fraus legis* – toch zo veel mogelijk tracht om gevolg te geven aan het doel van de trust.¹²³⁴

In zijn conclusies bij de trustarresten van 1998 noemt A-G Moltmaker drie mogelijke oplossingsrichtingen die in het kader van *fraus legis* zouden kunnen worden gekozen om de rechtsgevolgen in overeenstemming met doel en strekking van de belastingwet te brengen:¹²³⁵

'Ingeval van niet-erkenning zijn er dan drie mogelijkheden:

a. de trust wordt genegeerd, d.w.z. geacht niet te zijn opgericht;

b. het trustvermogen wordt geacht toe te behoren aan de (of een of meer van de) beneficiaires;

1230 Zie o.a. HR 27 december 1967, BNB 1968/80 en HR 22 juli 1982, BNB 1982/245.

1231 Zie o.a. HR 24 september 1980, BNB 1980/331 en HR 11 juni 1986, BNB 1986/283.

1232 Den Boer, Koopman en Wattel 1999, blz. 70.

1233 Den Boer, Koopman en Wattel 1999, blz. 70-71.

1234 Sonneveldt 2000a, blz. 143.

1235 Zie onderdeel 2.2.4 van de conclusie bij BNB 1999/35.

c. het trustvermogen wordt geacht toe te behoren aan de trust zelf, als ware het een rechtspersoon naar Nederlands recht;

De drie alternatieven zijn door Moltmaker in het kader van de SW 1956 genoemd, maar gelden ook als mogelijke uitkomsten van *fraus legis* ten aanzien van andere belastingen. Het eerste alternatief komt neer op een 'quasi-transparantie' van de trustverhouding, waarbij het trustvermogen en -inkomen worden toegerekend aan de settlor. Het derde alternatief betekent een tegenovergestelde uitkomst, waarbij de trustverhouding volledig in aanmerking wordt genomen als 'quasi-rechtspersoon'. In dat geval wordt de trust als 'eigenaar' van de trustgoederen en -inkomen beschouwd.¹²³⁶ Het tweede alternatief lijkt het minste rekening te houden met de aanwezigheid van de trustfiguur en schrijft een enigszins willekeurige toerekening aan de beneficiaries voor.

De genoemde alternatieven passen naar mijn mening niet allemaal even goed bij de civielrechtelijke rechtsgevolgen die, ondanks de fiscale niet-erkenning, zijn ontstaan. In het bijzonder kan dit worden gezegd van de tweede variant.¹²³⁷ Zelfs bij een civielrechtelijke niet-erkenning van de trust staat deze variant erg ver af van de civielrechtelijke werkelijkheid. Het is mijns inziens dan ook niet aannemelijk dat deze variant, zeker bij een *discretionary trust*, het meest geschikt is om de civielrechtelijke verhoudingen in overeenstemming te brengen met de fiscaalrechtelijke norm. Uitgesloten is dat bij de toepassing van *fraus legis* uiteraard niet.

Ook de twee overige varianten staan op gespannen voet met de civielrechtelijke realiteit die hoort bij een rechtsgeldig ingestelde, maar fiscaal niet-erkende trustverhouding. In het eerste geval wordt de trustverhouding genegeerd, terwijl in het laatste geval de trustverhouding juist wordt gegarandeerd. Alhoewel zulks onwenselijk kan worden geacht, is een dergelijke civiel- en fiscaalrechtelijke divergentie nu eenmaal eigen aan de toepassing van *fraus legis*. Deze onwenselijkheid dient, om de rechtshandeling in overeenstemming te kunnen brengen met doel en strekking van de belastingwet, dan ook te worden geaccepteerd.

7.8 CONCLUSIE

De Anglo-Amerikaanse trust wordt voor fiscale doeleinden erkend, indien de trustverhouding rechtsgeldig tot stand is gekomen overeenkomstig de bepalingen van het recht dat de instelling beheerst (fiscale erkenningsregel). Bij fiscale erkenning worden de civielrechtelijke rechtsgevolgen van de trustfiguur *sui generis* erkend, waarna wordt beoordeeld op welke wijze het Nederlandse belastingrecht daaraan gevolgen verbindt (fiscale transitie).

De civielrechtelijke (niet-)erkenning uit het HTV werkt niet rechtstreeks door naar het belastingrecht. Door art. 19 HTV wordt de fiscale autonomie immers gegarandeerd. Hieruit volgt dat de civielrechtelijke (niet-)erkenning van een trust niet automatisch voor fiscale doeleinden wordt gevolgd. Overigens zal een op grond van het HTV erkende trust, in beginsel ook binnen de reikwijdte van de fiscale erkenningsregel vallen en voor fiscale doeleinden *sui generis* worden erkend. Indien het HTV tot civielrechtelijke niet-erkenning leidt, ligt een fiscaal overeenkomstige beoordeling in de rede. In die gevallen is sprake van een indirecte doorwerking van het HTV. Uiteraard kan in beide gevallen tot een anders-

¹²³⁶ Het alternatief doet wellicht vreemd aan als variant bij niet-erkenning van de trustverhouding. De reden om deze variant bij de niet-erkenning op te nemen, is mijns inziens gelegen in de erkenning van de trust als rechtspersoon, hetgeen een niet-erkenning van de trust *sui generis* impliceert.

¹²³⁷ In het voorliggende geval wijst A-G Moltmaker de tweede mogelijkheid zelf ook van de hand en geeft uiteindelijk de voorkeur aan de vergelijking met een niet-transparante familiestichting (optie c).

luidende uitkomst worden geconcludeerd, waarbij voor het fiscale recht van de civielrechtelijke verhoudingen wordt afgeweken.

Binnen de fiscale erkenningsregel vindt geen affiniteitstoets plaats. Het is derhalve binnen de fiscale erkenningsregel niet relevant of de trustverhouding reële aanknopingspunten met een 'trustland' vertoont. De volstrekte afwezigheid van aanknopingspunten met een trustjurisdictie kan reden zijn om *fraus legis* toe te passen. Uit een analyse van de rechtspraak blijkt evenwel dat de rechter, ook bij weinig aanknopingspunten met een 'trustland', niet snel dit bijzondere leerstuk toepast. Mocht toepassing van *fraus legis* aan de orde zijn, dan staat het de rechter vrij de trustverhouding weg te denken, dan wel aan te passen. Daarbij dient de civielrechtelijke werkelijkheid in overeenstemming te worden gebracht met de fiscale norm. Indien tot niet-erkenning wordt geconcludeerd op basis van de fiscale erkenningsregel, dienen de civielrechtelijke verhoudingen zo veel mogelijk te worden gevolgd.

8.1 INLEIDING

De gedachte dat een Anglo-Amerikaanse trust in civielrechtelijk opzicht een entiteit is, wordt van oudsher stellig verworpen. De trust is immers geen (rechts)persoon en een 'personificatie van de trust' zou leiden tot het denatureren van de specifieke eigenschappen van een trustverhouding, waardoor onvoldoende recht zou worden gedaan aan de bijzondere karakteristieken van deze rechtsfiguur. Onder meer Donovan Waters vertolkt dit klassieke standpunt:¹²³⁸

'Personification is another path from that seeking to capture the qualities, elements or characteristics of a foreign concept. For common lawyers to simplify the trust – the notion of a funded obligation – by giving it persona reduces the trust to yet another form of incorporation (that is, the condition of being in corpore).'

Daarentegen worden in de civielrechtelijke literatuur ook minder 'puriteinse' standpunten aangetroffen. Zo merken Hansmann en Kraakman op dat:¹²³⁹

'[w]hile it is sometimes said that the common-law trust lacks legal personality, in our view it is, on the contrary, quite clearly a legal entity, and trust law is consequently a form of organizational law.'

Ook al is het klassieke standpunt van Waters nog steeds de heersende opvatting, inmiddels is een verschuiving waarneembaar in de richting van een 'entiteitsgedachte'. In de Restatement (Third) of Trusts komt The American Law Institute tot de volgende conclusie:¹²⁴⁰

'Increasingly, modern common-law and statutory concepts and terminology tacitly recognize the trust as a legal "entity", consisting of the trust estate and the associated fiduciary relation between the trustee and the beneficiaries. This is increasingly and appropriately reflected both in language (referring, for example, to the duties or liability of a trustee to "the trust") and in doctrine, especially in distinguishing between the trustee personally or as an individual and the trustee in a fiduciary or representative capacity.'

De civielrechtelijke tendens in de richting van een 'entiteitsgedachte' heeft ten aanzien van de fiscaalrechtelijke duiding van een trustverhouding nog geen beslissende betekenis. Deze ontwikkeling geeft echter wel aan dat de personificatie van een trustverhouding niet ondenkbaar is, hetgeen in het bijzonder geldt voor een autonoom rechtsgebied als het belastingrecht. Het buitenlandse belastingrecht biedt diverse voorbeelden – in meer en mindere mate – van personificatie van de Anglo-Amerikaanse trust. In dit verband kan

1238 Waters 1995, blz. 427.

1239 Hansmann en Kraakman 2000, blz. 416.

1240 American Law Institute, Part 1, Ch. 1, § 2 (Definition of Trust), en de Reporter's Notes (a) en (i).

onder meer worden gewezen op de fiscale systemen voor trusts in Canada,¹²⁴¹ de Verenigde Staten van Amerika¹²⁴² en het Verenigd Koninkrijk.¹²⁴³

Uiteraard is deze opsomming zeer globaal en is geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende trustvormen en belastingmiddelen. Desalniettemin kan reeds hieruit worden geconcludeerd dat deze systemen zijn gebaseerd op een zekere 'entiteitsgedachte', waarbij de trust als subject wordt gezien. Hierbij worden eventuele nadelige gevolgen van een entiteitsbenadering afgezwakt, bijvoorbeeld door middel van een 'flow through-benadering'.¹²⁴⁴ In verschillende buitenlandse fiscale stelsels wordt de kwalificatie van een trustfiguur dan ook eerder gekenmerkt door een praktische insteek dan door een dogmatische opstelling.¹²⁴⁵

'The framework which exists is often the product of many years of experience of dealing with trusts and of countering those activities of settlors, trustees and beneficiaries which are considered undesirable. It is, consequently, far from simple and pragmatic rather than principled. No doubt one way of achieving a simple regime for the taxation of trusts would be to have a single fiscal approach to the trust in respect of all taxes, but any reader of this book will quickly see that different taxes within a single jurisdiction may easily have differing conceptions of the trust.'

In dit hoofdstuk staat de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust binnen het Nederlandse fiscale stelsel centraal. Daarbij wordt aan de hand van het kwalificatiemodel, dat in deel I van het onderzoek is ontwikkeld (hoofdstukken 3 t/m 5), onderzocht welke kwalificatie dient te worden toegekend aan de intermediatie die volgt uit een *sui generis* erkende Anglo-Amerikaanse private express trust (hoofdstuk 7). De fiscale kwalificatie als transparante rechtsvorm, dan wel non-transparante entiteit wordt beoordeeld door de civielrechtelijke kenmerken van de Anglo-Amerikaanse trust, zoals beschreven in hoofdstuk 6 te toetsen aan de criteria die binnen het kwalificatiemodel worden aangelegd.

Hierna komt de fiscale kwalificatie van discretionary trust (paragraaf 8.2) en de fixed trust (paragraaf 8.3) in een aparte paragraaf aan de orde. Daarbij wordt de uitkomst op grond van het kwalificatiemodel vergeleken met de benaderingswijze van deze trustvormen in de jurisprudentie en de opvattingen daaromtrent in de literatuur. In paragraaf 8.4 komt de invloed van de herroepelijkheid (*revocability*) van een trustverhouding op de fiscale kwalificatie aan bod. Afgesloten wordt met een conclusie ten aanzien van de fiscale kwalificatie van Anglo-Amerikaanse trusts (paragraaf 8.5).

In hoofdstuk 9 wordt aan de hand van de in dit hoofdstuk vastgestelde fiscale kwalificatie onderzocht welke knelpunten bij toepassing van de bepalingen van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 kunnen worden onderkend. In het verlengde daarvan wordt beoordeeld op welke wijze die knelpunten kunnen worden weggenomen en een consistente inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel kan worden bereikt. Bij deze beoordeling wordt geabstraheerd van het APV-regime. Het APV-regime komt in hoofdstuk 9 namelijk separaat aan de orde. Daarbij wordt de benaderingswijze van het APV-regime beoordeeld in het licht van het Nederlandse fiscale stelsel en wordt onderzocht of de gekozen oplossingsrichting tot een consistente inpassing leidt.

1241 Met uitzondering van Quebec.

1242 Bedoeld is het federale systeem, uiteraard zonder 'grantor trusts'.

1243 Voor een uitgebreidere beschrijving van deze systemen verwijs ik naar daarop betrekking hebbende landenoverzichten in Lyons (ed.) 2010.

1244 Aldus ontstaat in de meeste gevallen een 'wettelijke transparantie'. Zie Easson en Thuronyi 1998, blz. 950 e.v.

1245 Lyons (ed.) 2010.

8.2 DE FISCALE KWALIFICATIE VAN DISCRETIONARY TRUSTS

In hoofdstuk 6 zijn de civielrechtelijke kenmerken van de (ir)revocable discretionary trust uitvoerig besproken. Op deze plaats wordt volstaan met een herhaling van een definitie van de discretionary trust:¹²⁴⁶

'Under a discretionary trust the duty of a trustee is to select from among a class of beneficiaries those who are to receive, and the proportions in which they are to receive, income or capital from the trust property.'

Hierna wordt aan de hand van het kwalificatiemodel (opgenomen in paragraaf 5.7), zoals ontwikkeld in de hoofdstukken 3 t/m 5, dat is gebaseerd op de uitgangspunten die de wetgever heeft gehanteerd bij het onderscheid tussen transparante en non-transparante entiteiten, beoordeeld of een discretionary trust een zelfstandige entiteit vormt. Daarbij wordt telkens uitgegaan van een 'zuivere' discretionary trust, waarbij zowel de distributie van het inkomen als het kapitaal ter vrije beoordeling van de trustee staan. De uitkomst op grond van het kwalificatiemodel wordt vergeleken met de wijze waarop de discretionary trust in de rechtspraak wordt benaderd. Ten slotte worden de opvattingen uit de literatuur besproken. Afgesloten wordt met een conclusie.

8.2.1 Fiscale kwalificatie volgens het kwalificatiemodel

Bij de vaststelling van de fiscale rechtssubjectiviteit van een discretionary trust dient op basis van het kwalificatiemodel primair te worden onderzocht voor wiens rekening en risico het onder trustverband gestelde vermogen en inkomen komt. Indien het onder trustverband gestelde vermogen en inkomen niet rechtstreeks voor rekening en risico van één van de begunstigten wordt aangehouden, leidt het kwalificatiemodel tot non-transparantie. Het ligt in een dergelijk geval voor de hand de Anglo-Amerikaanse trust in de visie van de wetgever te benaderen als een 'doelvermogen'. Aansluiting bij deze gedachte brengt in het kader van het kwalificatieleerstuk mee dat ten aanzien van een zelfstandig 'doelvermogen' kan worden gezegd dat het vermogen/inkomen als gevolg van de intermediactie niet langer aan een bij het doelvermogen betrokken persoon kan worden toegerekend. Het doelvermogen is tijdens de parlementaire behandeling omschreven als:¹²⁴⁷

'(...) een door buitenlands recht beheerst, afzonderlijk vermogen [...] dat naar Nederlandse rechtsbegrippen niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een rechtspersoon dan wel een commanditaire vennootschap op aandelen of een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, [om deze] fiscaal op dezelfde wijze te kunnen behandelen als ten aanzien van de evengenoemde lichamen geschiedt.'

In de woorden 'vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een rechtspersoon' komt tot uitdrukking dat vermogen dat met een bepaald doel is afgezonderd en niet tevens aan een ander rechtssubject kan worden toegerekend, een zekere zelfstandigheid bezit.¹²⁴⁸ Het (doel)vermogen komt dan als gevolg van de daarmee samenhangende intermediactie niet voor rekening en risico van één van de bij de trustfiguur betrokken personen en vormt een voldoende aangrijpingspunt als fiscaal rechtssubject.

Bij de beoordeling voor wiens rekening en risico het trustvermogen en -inkomen in het geval van een discretionary trust komen, spelen de volgende factoren een rol. In de eerste plaats dient te worden vastgesteld wie 'eigenaar' is van het onder trustverband gestelde vermogen. In de tweede plaats wie aansprakelijk is ten aanzien van de verplichtingen die

¹²⁴⁶ Watt 2003, blz. 100.

¹²⁴⁷ Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, blz. 17 rk.

¹²⁴⁸ In de woorden 'vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan' komen respectievelijk de vennootschapsbelasting- en inkomstenbelastingdimensie tot uitdrukking.

in het kader van het beheer van het trustvermogen worden aangegaan. Ten slotte dient te worden beoordeeld of het trustvermogen en -inkomen niet overigens voor rekening en risico van de beneficiaries komen.

Eigendom van de vermogensbestanddelen

Ten aanzien van 'het eigendomsvraagstuk' kan worden opgemerkt dat de trustee de 'legal owner' is van de onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen. Ingevolge het civiele recht heeft hij de volledige juridische eigendom van het afgezonderde vermogen. Zoals opgemerkt in paragraaf 6.3.1, betreft het een 'formeel eigendom'. De trustee heeft immers geen enkel economisch belang bij het trustvermogen, dat door hem ten behoeve van de beneficiaries wordt aangehouden. De beneficiaries beschikken daarentegen niet over de juridische eigendom van de goederen en – zolang de trustee nog geen beslissing heeft genomen ten aanzien van de toewijzing van het inkomen of kapitaal – niet eens over een 'recht' (equitable interest).¹²⁴⁹ De vraag naar de eigendom van het trustvermogen leidt derhalve eenduidig in de richting van de trustee, die echter geen economisch belang heeft bij de trustverhouding. Het kan dan ook niet gezegd worden dat de resultaten 'voor rekening' van de trustee komen.

Onbeperkte aansprakelijkheid

Waar het de aansprakelijkheidsvraag betreft, geldt dat in beginsel de trustee persoonlijk aansprakelijk is voor de verbintenissen die door hem in het kader van zijn beheersfunctie met derden worden aangegaan.¹²⁵⁰ Het trustvermogen biedt crediteuren van de trustee in beginsel geen verhaal. Het is wel mogelijk, en in commerciële verhoudingen niet ongebruikelijk, dat de privéaansprakelijkheid van de trustee in de trustakte wordt uitgesloten. Hierbij kan tevens worden bepaald dat alle verbintenissen die de trustee in de uitvoering van een behoorlijke taakvervulling aangaat op het trustvermogen zullen worden verhaald. Crediteuren van de trustee kunnen in bepaalde gevallen zelfs via 'subrogatie' in de rechten van de trustee worden geplaatst om – langs een omweg – het trustvermogen als verhaalsobject te bereiken.¹²⁵¹ In dat geval wordt *de facto* het trustvermogen aangesproken. In economische zin komen de gevolgen van deze aansprakelijkheid weliswaar ten laste van de (toekomstige) beneficiaries die uiteindelijk een (lagere) uitkering ontvangen, maar in dat verband kan niet worden gesproken van een onbeperkte aansprakelijkheid van de beneficiaries zelve.

Ook overigens niet voor rekening en risico

Ten slotte dient te worden vastgesteld of de inkomsten uit het trustvermogen ook overigens niet voor rekening en risico van de beneficiaries komen. Alhoewel niet geheel duidelijk is wat de precieze reikwijdte van deze voorwaarde is, kan hierin mogelijk de noodzaak van een 'uitdelingsbesluit' worden onderkend. Het vereiste van een uitdelingsbesluit is reeds in het kwalificatiebesluit 2004,¹²⁵² vanwege een gebrek aan onderscheidende betekenis, komen te vervallen. Terecht is het onderscheidend vermogen van het uitdelingsbesluit als criterium voor (non-)transparantie door Van Kempen ter discussie gesteld.¹²⁵³ In de vergelijking tussen kapitaal- en personenvennootschappen komt hieraan dan ook geen reële betekenis toe.

Het voorgaande laat echter onverlet dat de benodigdheid van een uitdelingsbesluit kenmerkend kan zijn voor bepaalde gevallen van non-transparantie. Het gaat dan om die gevallen waarin zonder 'uitdelingsbesluit' geen enkele gerechtigdheid bestaat bij de achterliggende betrokkenen. Anders gezegd, dat de wetgever is uitgegaan van een misver-

1249 Zie o.a. Aertsen 2004, blz. 24 en Lupoi 2000, blz. 3.

1250 Aertsen 2004, blz. 42.

1251 Aertsen 2004, blz. 43-44.

1252 Besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, BNB 2005/88.

1253 Zie Van Kempen 1999a, blz. 69-70, alsmede paragraaf 4.4.1 en 4.5.2.4.

stand bij het toekennen van belang aan het uitdelingsbesluit als criterium voor (non-)transparantie bij kapitaal- en personenvennootschappen, betekent niet dat hieraan geen enkel belang toe kan komen. Integendeel, juist bij instellingen van de ‘dooide hand’ lijkt de noodzaak van een ‘uitdelingsbesluit’ alvorens een gerechtigdheid ontstaat de afzondering – en daarmee zelfstandigheid – van het (doel)vermogen te bevestigen.

In het geval van een discretionary trust kan naar mijn mening worden geconcludeerd dat de benodigdheid van een ‘uitdelingsbesluit’ door de trustee in ieder geval tot gevolg heeft dat het kapitaal en inkomen niet rechtstreeks voor rekening en risico van de beneficiaries komen. De beneficiaries hebben geen enkel afdwingbaar recht op het onder trustverband gestelde vermogen en het daaruit afkomstige inkomen tot het moment waarop de trustee een besluit heeft genomen ten aanzien van de distributie. Bij een discretionary trust is de beleidsvrijheid van de trustee met betrekking tot het doen van uitkeringen derhalve van doorslaggevende betekenis. Zolang de trustee geen beslissing heeft genomen omtrent het doen van een uitkering aan één van de beneficiaries, kan niemand enig recht ontleen aan het onder trustverband geplaatste vermogen, zodat het geheel op zichzelf staat.

Nu het trustinkomen niet rechtstreeks voor rekening en risico van de beneficiaries komt, leidt de intermediatie die uit de discretionary trust voortvloeit tot de aanwezigheid van een non-transparante rechtsverhouding. In dat geval, zo volgt uit HR 2 juni 2006, BNB 2006/288 komt de vraag naar het open karakter niet aan de orde en is de discretionary trust als non-transparante entiteit aan te merken.

8.2.2 Jurisprudentie

In de rechtspraak met betrekking tot de inkomsten- en vennootschapsbelasting is de discretionary trust slechts een enkele keer aan de orde geweest.¹²⁵⁴ Het ging in die uitspraken niet zozeer om de fiscale kwalificatie van de discretionary trust, maar om de inkomsten- en vermogensbelastingpositie van de bij de trust betrokken personen. Hierna wordt deze jurisprudentie besproken ter controle van de uitkomst van het kwalificatiemodel.

BNB 1964/265 en BNB 1963/118

In de zaken BNB 1964/265 en BNB 1963/118 betrof het een ‘revocable’ discretionary trust. Daarbij kwam niet alleen de positie van de beneficiaries aan de orde, maar ook die van de settlor. De vraag met betrekking tot de kwalificatie van de trust als entiteit wordt in deze zaken niet opgeworpen en daarop wordt dan ook geen direct antwoord verkregen. Desalniettemin kan in indirecte zin wel uit deze uitspraken worden afgeleid dat de discretionaire trustverhouding in de weg staat aan de toerekening van het inkomen en vermogen aan de achterliggende betrokkenen. Beide hoven komen tot het oordeel dat in de gegeven feitenconstellatie de trustverhouding tot gevolg heeft dat belanghebbenden geen inkomen hebben genoten, nu de trustee (nog) geen beslissing ten aanzien van het doen van uitkeringen heeft genomen. Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in BNB 1964/265:

‘dat het aan het Hof uit eigen wetenschap bekend is, dat bij trusts als de onderhavige, welke naar Amerikaans recht zijn opgericht, niet de “beneficiaries” en evenmin de “donors”, de instellers, van het onder trustverband gesteld vermogen naar Amerikaans burgerlijk recht de eigenaren of vruchtgebruikers zijn, hetgeen niet slechts voor de onherroepelijke trust maar evenzeer voor de herroepelijke, doch niet herroepen trust geldt; dat derhalve nu noch ten aanzien van de uitkering van een deel van het kapitaal noch ten aanzien van de uitkering van een deel van de opbrengst van dit kapitaal in 1956 door de trustee een beslissing is genomen, uit het trustvermogen of de opbrengst daarvan in 1956

1254 Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, BNB 1963/118 en Hof 's-Hertogenbosch 24 april 1964, BNB 1964/265, Rb. Haarlem 19 januari 2009, FED 2009/37, Rb. 's-Gravenhage 16 december 2009, NTFR 2010/658 en Hof 's-Gravenhage 3 november 2010, NTFR 2011/110. Voor de Wet VB 1964 kan nog worden gewezen op Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, BNB 1963/119.

niet enkel niets door belangh. of zijn echtgenote is ontvangen of met hen verrekend dan wel te hunner beschikking is gesteld, doch voor hem evenmin iets vorderbaar en inbaar is geweest;'

Het gegeven dat het kapitaal/inkomen niet aan de bij de discretionary trust betrokken personen kan worden toegerekend, brengt mee dat de intermediatie tot gevolg heeft dat het niet (langer) mogelijk is om het onder trustverband geplaatste vermogen als object aan de achterliggende subjecten toe te rekenen. Hieruit kan weliswaar worden afgeleid dat het vermogen niet aan één van de genoemde rechtssubjecten kan worden toegerekend, maar daarmee is nog niet vastgesteld dat de discretionary trust ook als zelfstandig rechtssubject wordt gezien. Opvallend is wel dat het Hof in de gebezigde bewoordingen neigt naar personificatie van de trustfiguur. Niet alleen spreekt het Hof van 'opgericht', een term die voorbehouden lijkt aan rechtspersoonlijkheid bezittende entiteiten, daarnaast gebruikt het Hof bewoordingen als 'trust' en 'trustvermogen'. Uiteraard zijn deze aanwijzingen onvoldoende om de non-transparantie van de discretionary trust te beargumenteren. Het zijn echter duidelijke voorbeelden van hetgeen The American Law Institute heeft gesignaleerd (zie paragraaf 8.1), namelijk dat de erkenning van de trust als entiteit op verschillende plaatsen in het taalgebruik is geslopen.

BNB 1999/35-37

Uit de trustarresten van 1998 kan daarentegen met meer overtuiging worden afgeleid dat de discretionary trust – ook voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting – een zelfstandig rechtssubject vormt.¹²⁵⁵ Hoewel deze arresten voor toepassing van de SW 1956 zijn gewezen, is het oordeel van de Hoge Raad – op grond van de gehanteerde bewoordingen – naar mijn mening evenzeer toepasbaar binnen het fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen.¹²⁵⁶ De belangrijkste overweging in dit verband is r.o. 3.9 uit BNB 1999/35:

'In het Nederlandse fiscale recht is bekend het begrip doelvermogen, een tot een bepaald doel afgezonderd vermogen, dat niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een (rechts)persoon en wordt behandeld als een zelfstandige fiscale entiteit. Op onderscheiden plaatsen in de fiscale wetgeving is rekening gehouden met de omstandigheid dat in feite in het economische verkeer dergelijke doelvermogens optreden. De onderhavige trusts zijn, gelet op hetgeen onder 3.6 en 3.7 is overwogen, aan te merken als zodanige doelvermogens.'

Bewoordingen als 'in het Nederlandse fiscale recht' en 'op onderscheiden plaatsen in de fiscale wetgeving' impliceren dat de aan het begrip 'doelvermogen' gegeven uitleg een breder toepassingsbereik heeft dan de SW 1956 alleen. Aangezien de term 'doelvermogen' zelfs niet voorkomt in de SW 1956, en daarvoor dus leentjebuurt is gespeeld bij onder meer de inkomsten- en vennootschapsbelasting, lijkt deze constatering mij haast onvermijdelijk. In de lagere rechtspraak wordt de benadering uit de novemberarresten ook wel gevolgd voor toepassing van de Wet IB 2001.¹²⁵⁷ De invulling die voor toepassing van het schenkingsrecht aan het begrip 'doelvermogen' wordt gegeven, dient dan omgekeerd ook te worden toegepast voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

Uit het citaat kan voorts worden afgeleid dat de Hoge Raad twee elementen van belang heeft geacht voor het aanmerken van de discretionary trust als doelvermogen en daarmee als zelfstandige entiteit ('verkrijger' voor de SW 1956). In de eerste plaats dient het vermogen 'tot een bepaald doel' te zijn afgezonderd. Hiermee brengt de Hoge Raad tot uitdrukking dat het vermogen, samengebonden door een overkoepelend doel, een zekere mate van zelfstandigheid heeft. In de tweede plaats is het vermogen niet op te vatten 'als vor-

1255 HR 18 november 1998, BNB 1999/35-37.

1256 Zie ook Van Gijlswijk en Hoppenreijns 1999, Nobel 1999, De Vries 2001 en Hoevenaars 2001.

1257 Zie Rb. 's-Gravenhage 16 december 2009, NTFR 2010/658 en Hof 's-Gravenhage 3 november 2010, NTFR 2011/110.

mende, onderscheidenlijk toebehorende aan een (rechts)persoon'. Het vermogen is daarmee definitief losgekomen van de achterliggende betrokkenen; het is op zichzelf komen te staan. De rechtsvorm voorkomt daarmee dat de resultaten rechtstreeks voor rekening en risico van één van de achterliggende personen komen. Deze zelfstandigheid heeft tot gevolg dat het onder trustverband gebrachte vermogen niet aan een ander kan worden toegerekend, maar als het ware 'in zichzelf neerslaat'. Het vermogen is dan ook geen zwevend vermogen, maar toerekenbaar aan de trust als fiscale entiteit. Indien deze elementen worden vertaald naar *BNB* 1964/265 en *BNB* 1963/118, lijkt mij dat ook in die zaken van een doelvermogen kan worden gesproken. Ook in die situatie is het vermogen tot een bepaald doel afgezonderd,¹²⁵⁸ en vervolgens – zo blijkt ook uit de geciteerde overweging – niet langer toerekenbaar aan één van de bij de trust betrokken personen. Het vermogen is daarmee op zichzelf komen te staan.

FED 2009/37

Voorts kan worden gewezen op de uitspraak van Rb. Haarlem 19 januari 2009, *FED* 2009/37. In die zaak had belanghebbende, de insteller van een irrevocable discretionary trust, naar het oordeel van de Rechtbank 'meer dan een blote verwachting' ten aanzien van het onder trustverband gebrachte vermogen. Desalniettemin gebruikt de Rechtbank veelvuldig bewoordingen waaruit blijkt dat 'de trust' als entiteit wordt benaderd. Het bestaan van 'de trust' laat echter onverlet dat belanghebbende ten aanzien van het trustvermogen een 'overig vermogensrecht' heeft in de zin van art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001. Deze uitspraak illustreert dat het bestaan van een trust als 'zelfstandige entiteit' in theoretisch opzicht niet betekent dat geen rechten ten opzichte van dat doelvermogen kunnen bestaan.

NTFR 2011/110

Ten slotte kan de uitspraak van Hof 's-Gravenhage 3 november 2010, *NTFR* 2011/110 worden genoemd. In die zaak nam de inspecteur – onder meer – het standpunt in dat de irrevocable discretionary trust als 'transparant' diende te worden aangemerkt voor toepassing van de Wet IB 2001. Hiertoe voerde de inspecteur aan dat belanghebbende settlor en tevens één van de beneficiaries was van de trust en dat in de letter of wishes was opgenomen dat belanghebbende in aanmerking wenste te komen voor uitkeringen, indien haar persoonlijke situatie daartoe aanleiding zou geven. Ook de betrokkenheid van de peet-zoon van belanghebbende als (beleggings)adviseur van de trustee, leidde volgens de inspecteur tot het aannemen van (indirecte) beschikkingsmacht van belanghebbende.

In navolging van de Rechtbank oordeelde het Hof dat de discretionary trust als non-transparante entiteit dient te worden aangemerkt. Allereerst geeft het Hof een opsomming van de rechtsgevolgen van de onderhavige trustverhouding en merkt op dat bij de trustee de eigendom en beschikkingmacht berusten ten aanzien van de trustgoederen. De trustverhouding is – anders dan de inspecteur ongemotiveerd heeft aangevoerd¹²⁵⁹ – niet herroepelijk en eindigt na 99 jaar, dan wel zo veel eerder als de trustee aangeeft.¹²⁶⁰ Het Hof stelt voorop dat de inspecteur aannemelijk dient te maken dat belanghebbende – in afwijking van de civielrechtelijke verhoudingen – de beschikkingsmacht zou hebben behouden ten aanzien van het afgezonderde vermogen. Hetgeen de inspecteur daartoe heeft aangedragen met betrekking tot de juridisch niet-bindende letter of wishes en de rol van de peet-zoon is in de ogen van het rechtscollege evenwel volstrekt onvoldoende:

1258 In *BNB* 1963/188 komt het doel van de trustinstelling nadrukkelijk naar voren. In *BNB* 1964/265 wordt omtrent de doelstelling uitsluitend vermeld dat het vermogen dient voor het onderhoud van de beneficiaries.

1259 Het wordt overigens niet duidelijk of de inspecteur voor de beëindiging van de trust nu een beroep doet op de 'rule' uit *Saunders v. Vautier*.

1260 Het Hof spreekt van 'onopzegbaar'.

‘Al hetgeen de Inspecteur heeft gesteld, in onderling verband en samenhang beschouwd, levert naar het oordeel van het Hof niet een begin van bewijs op dat belanghebbende in strijd met de Deed of settlement van de trust en de aard van de trustverhouding, beschikkingsbevoegd is gebleven ten aanzien van het in de trust gebrachte vermogen.’

Het Hof komt mijns inziens dan ook terecht tot de conclusie dat de discretionary trust een non-transparante entiteit is.

8.2.3 Literatuur

In de literatuur is de kwalificatie van de discretionary trust als entiteit voor toepassing van de inkomsten- en vennootschapsbelasting in enkele bijdragen aan de orde gesteld. Uitgaande van de veronderstellingen die de wetgever heeft aangehouden bij het onderscheid tussen transparante en non-transparante entiteiten, is door deze auteurs onderzocht welke fiscale kwalificatie aan een discretionary trust dient te worden toegekend, indien de uitgangspunten van de wetgever worden gevolgd ten aanzien van de zelfstandigheid van lichamen.¹²⁶¹ Het betreft in wezen een ‘fiscale reconstructie’ van de gedachten van de wetgever ten aanzien van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust.

In haar bijdrage, waarin de irrevocable discretionary trust wordt behandeld, komt Van der Kroft tot de conclusie dat het toekennen van zelfstandigheid aan de irrevocable discretionary trust ‘geheel in overeenstemming [zou] zijn met de bedoeling van de fiscale wetgever’.¹²⁶² Het feit dat de resultaten niet rechtstreeks toekomen aan de beneficiaries en het trustvermogen in juridisch en economisch opzicht verzelfstandigd is, vormen de belangrijkste argumenten om tot non-transparantie te concluderen.

Op vergelijkbare gronden hebben De Vries en ik de zelfstandigheid van de discretionary trust beoordeeld.¹²⁶³ In het bijzonder ten aanzien van de irrevocable discretionary trust is de zelfstandigheid van de rechtsfiguur vanuit de rechtsgrondslagen van de inkomsten- en vennootschapsbelasting gemotiveerd. Daarbij is geconcludeerd dat de irrevocable discretionary trust aan alle voorwaarden voor non-transparantie voldoet. Het doelvermogen dient zich als toerekeningscentrum aan voor de onder trustverband gestelde goederen en inkomsten die daaruit opkomen. Als gevolg van de intermediatie kunnen deze immers niet aan één van de andere bij de trust betrokken personen worden toegerekend. Het vermogen zweeft niet langer, maar is toe te rekenen aan het doelvermogen.¹²⁶⁴

Ook Olde Bijvank en Stevens benaderen het transparantievraagstuk vanuit de oorspronkelijke uitgangspunten van de wetgever.¹²⁶⁵ In hun betoog wordt de irrevocable discretionary trust, na toetsing aan de genoemde uitgangspunten, eveneens als zelfstandige entiteit gezien. Ten aanzien van de ‘revocable trust’ merken zij op dat kan worden beargumenteerd dat het vermogen in een dergelijk geval het vermogen van de settlor materieel bezien nooit heeft verlaten. Alles overziende concluderen zij dat de irrevocable discretionary trust het meeste op een non-transparante entiteit lijkt, maar dat de kwalificatie voor andere trustvormen minder duidelijk is.

Op diverse andere plaatsen in de literatuur is steun te vinden voor de gedachte dat de discretionary trust een fiscaal autonome entiteit is. In het bijzonder naar aanleiding van de novemberarresten is door verschillende auteurs verdedigd dat de discretionary trust voor

1261 Zie Van der Kroft 2005, blz. 15-20, Boer en De Vries 2005 en Olde Bijvank en Stevens 2007, blz. 5-16.

1262 Van der Kroft 2005, blz. 20.

1263 Boer en De Vries 2005, blz. 959.

1264 Vgl. Sonneveldt 2009, voetnoot 15 en Auerbach 2009b.

1265 Olde Bijvank en Stevens 2007, onderdeel 4.1.

de inkomsten- en vennootschapsbelasting een non-transparante entiteit is.¹²⁶⁶ Ook voorafgaande aan deze arresten is wel opgemerkt dat de Anglo-Amerikaanse trust een 'doelvermogen' kan zijn en derhalve als zelfstandige entiteit dient te worden aangemerkt.¹²⁶⁷ In die gevallen werd doorgaans volstaan met de constatering dat de trust onder het begrip 'doelvermogen' zou kunnen worden geschaard. Het betrof daarmee een kwalificatie aan de hand van de mogelijke belastingplicht als doelvermogen in plaats van een analyse van de civielrechtelijke kenmerken die de discretionary trust als intermediaat oproept.

8.2.4 Conclusie

In de voorgaande paragrafen heb ik aan de hand van het kwalificatiemodel onderzoek verricht naar de fiscale kwalificatie van de discretionary trust. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de discretionary trust als een zelfstandige entiteit dient te worden aangemerkt. De rechtspraak en literatuur ondersteunen deze conclusie. Het onder trustverband gestelde vermogen dient dan ook aan 'de trust' als zelfstandig rechtsfiguur te worden toegerekend. Het voorgaande brengt mee dat eigenlijk niet kan worden gesproken van 'zwevend vermogen'. Het onder trustverband gestelde vermogen is 'neergeslagen' bij de trust en ook het inkomen daaruit komt bij de trust op.

8.3 DE FISCALE KWALIFICATIE VAN DE (IR)REVOCABLE FIXED TRUST

In deze paragraaf komt de kwalificatie van de (ir)revocable fixed trust aan de orde. Voor een uitvoerige uiteenzetting van de civielrechtelijke aspecten van een fixed trust wordt verwezen naar hoofdstuk 6. Ook op deze plaats wordt de eerdere omschrijving van een fixed trust herhaald:¹²⁶⁸

'In the case of a fixed trust, each of the beneficiaries is entitled in equity to a fixed pre-determined share of the trust property at the appropriate time and he may enforce his rights to that share against the trustees.'

Kenmerkend is derhalve dat de beneficiaries over 'bepaalde of bepaalbare aanspraken' ten aanzien van het trustkapitaal of -inkomen beschikken.¹²⁶⁹ Het bestaan van de aanspraken is niet afhankelijk van de discretie van de trustee. De rechten *sui generis* van de beneficiaries van een fixed trust kunnen zeer uiteenlopend van aard en inhoud zijn.

Als voorbeeld van een fixed trust kan de zogeheten 'bare trust' worden genoemd. Een andere, veel voorkomende, fixed trust is de zogeheten 'life interest trust'. Daarbij heeft een beneficiary als 'life tenant' gedurende zijn leven recht op het trustinkomen, terwijl andere beneficiaries – de 'remaindermen' – aanspraak hebben op het trustkapitaal bij het overlijden van de 'life tenant'.¹²⁷⁰ Voorts kan de aanspraak van de beneficiaries aan voorwaarden verbonden zijn. Als gevolg van ontbindende en/of opschortende voorwaarden, die – al dan niet opvolgend – aan de 'beneficial interests' zijn verbonden, kunnen zeer

1266 Zie voor een overzicht voetnoot 1261, alsmede Auerbach 2009b.

1267 Zie o.a. Nobel 1991, blz. 40-41, Rapport Stichtingen, blz. 76, Sonneveldt 1998, blz. 59, Van der Molen 1990, blz. 1534, Goossen 1991, blz. 68 en Mok 1994. Overigens wordt niet altijd een duidelijke uitsplitsing gemaakt naar de specifieke trustvorm (fixed/discretionary).

1268 Oakley 2003, blz. 41.

1269 Lupoi 2000, blz. 131: 'Those trusts which identify one or more beneficiaries as holder of an (equitable) right to receive income or capital are known as fixed trusts.'

1270 Overigens komt het recht van de remainderman niet te vervallen, indien deze komt te overlijden vóór de life tenant. De remainder interest maakt in dat geval gewoonweg deel uit van de nalatenschap van de overleden remainderman. Zie ook Sonneveldt 2002, blz. 24 in reactie op de bijdrage van Hoppenreijns 2001, blz. 13-21.

moeilijk te omlijnen 'rechten' ontstaan.¹²⁷¹ De vlag van een 'fixed trust' kan derhalve zeer verschillende ladingen dekken en is in zoverre minder eenduidig dan de discretionary trust.

In deze paragraaf wordt de kwalificatie van de (ir)revocable fixed trust nader onderzocht aan de hand van de criteria voor (non-)transparante entiteiten. Hierbij wordt rekening gehouden met de verschillende varianten die onder de noemer 'fixed trust' schuil gaan, en hun verschillende juridische intermediatie. Vervolgens wordt nagegaan welke kwalificatie aan deze trustvorm in de rechtspraak en literatuur wordt verleend. Afgesloten wordt met een conclusie.

8.3.1 Fiscale kwalificatie volgens het kwalificatiemodel

Op basis van het kwalificatiemodel dient eerst te worden vastgesteld of de vermogensbestanddelen die deel uitmaken van een irrevocable fixed trustverhouding voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen. In dat kader dient te worden onderzocht of de beneficiaries van een fixed trust, op grond van de aanspraak die zij aan de trustinstelling kunnen ontleen, de inkomsten uit het trustvermogen al dan niet rechtstreeks genieten. Indien de beneficiaries rechtstreeks gerechtigdheid zijn tot de inkomsten, is de intermediatie in beginsel onvoldoende om tot non-transparantie te kunnen concluderen. De trustverhouding kan in dat geval uitsluitend nog worden gezien als non-transparante rechtsfiguur, indien vrije toe- en uittreding mogelijk is ('open rechtsverhouding').

Eigendom van de vermogensbestanddelen

In het kader van de toepassing van het eerste onderdeel van het kwalificatiemodel is van belang 'wie' de eigenaar is van het onder trustverband gestelde vermogen. De eigenaar wordt immers geacht in economische zin het volledige belang te dragen van zijn eigendom. Bij een fixed trust is, evenals bij een discretionary trust, de trustee 'legal owner' van het trustvermogen. Hier geldt echter dat de generale veronderstelling dat de trustee – als eigenaar – het economische belang bij het trustvermogen bezit, niet opgaat. Binnen het vermogen van de trustee nemen de onder trustverband geplaatste goederen namelijk een separate positie in ten opzichte van zijn 'eigen vermogen'. Het economische belang ligt besloten in de equitable interest.¹²⁷² De 'legal title' geeft derhalve onvoldoende aanleiding om de trustee als degene te zien voor wiens rekening de resultaten uit het onder trustverband gestelde vermogen komen.

Het economische belang bij het trustvermogen wordt derhalve niet vertegenwoordigd door de 'legal title', maar ligt besloten in de (gehele) 'equitable interest'. Anders dan bij een discretionary trust verkrijgen de beneficiaries van een fixed trust reeds bij instelling een recht. Hoewel deze rechten ('equitable interests') zeer verschillend kunnen zijn, komt daarmee reeds ten tijde van de trustcreatie een splitsing tot stand tussen de 'juridische (beschikkings)macht' en het 'economische belang' bij het trustvermogen. De aanspraken

1271 Illustratief is het voorbeeld dat Sonneveldt 2000a, blz. 71-72, geeft ten aanzien van een fixed trust: 'By virtue of the provisions of a will, widow is entitled to life estate, presently valued at \$100,000 so long as she remains unmarried, the executor being empowered to pay her so much of the principal as may be necessary for her maintenance and support, and upon her death, each of two children, if living, is entitled to surviving life estate in 1/2 of the estate, the values of the life estates of the children being assumed to be respectively \$60,000 and \$40,000. Remainder of each trust is to pass to the issue of the children, if any, and failing issue, to the survivor of the two children. If neither of the children survive decedent's widow, then the corpus is to pass to the persons answering to the description of the next of kin of the decedent at the date of the death of the widow who may be nephews or nieces, taxable at 5% rate, and/or sisters and brothers taxable at 2% rate.' Ook in Hof Arnhem 17 juni 1965, BNB 1966/10, is sprake van een 'complexe fixed trust'.

1272 Zie hieromtrent paragraaf 6.3.1. Zie ook Zwolve 2000, blz. 294-296.

van de beneficiaries mogen bijvoorbeeld voorwaardelijk zijn, het economische belang bij het trustvermogen is op het moment van de trustinstelling reeds 'gefixeerd'. Hiermee bedoel ik aan te geven dat de toedeling van het trustvermogen en -inkomen aan de beneficiaries niet wordt overgelaten aan de beslissingsbevoegdheid van de trustee. Anders dan bij de discretionary trust ontstaat dus in zekere zin een gerechtigdheid – 'een kanaal' – ten opzichte van de achterliggende trustgoederen.

Het economische belang dat de beneficiary verkrijgt, is afhankelijk van hetgeen ten aanzien van zijn gerechtigdheid in de trustakte is bepaald. Hierbij kan worden verwezen naar hetgeen ten aanzien van de verschillende 'rechten' van beneficiaries van een fixed trust is opgemerkt (paragraaf 6.5.3.2). Het belangrijkste onderscheid daarbij is dat tussen 'interests in possession' en 'future interests'. De eerste verschaffen de beneficiary het 'tegenwoordige genot' van een vermogensbestanddeel, terwijl de laatste een 'toekomstig genot' kunnen verschaffen. Een 'interest in possession' is altijd 'vested', maar kan aan een ontbindende voorwaarde onderhevig zijn ('subject to defeasance'). Een 'future interest' (een 'remainder' of 'reversion') kan onvoorwaardelijk zijn toegekend (indefeasibly vested), maar evengoed aan een ontbindende of opschortende voorwaarde verbonden zijn.¹²⁷³

Bare trust

Uitsluitend in het geval van een 'bare trust' is de aanspraak van de beneficiary gelijk te stellen met een rechtstreekse gerechtigdheid. De beneficiary is onmiddellijk gerechtigd tot de trustgoederen en de daaruit opgekomen inkomsten en kan deze ook opeisen op ieder gewenst moment. In dat geval kan worden gesteld dat het gehele economische belang de beneficiary aangaat. De trustee vervult de functie van een 'mere repository of the trust property'.¹²⁷⁴ In termen van juridische intermediatie uitgedrukt, vertoont deze rechtsverhouding dan ook sterke gelijkenissen met de minder vergaande variant van de 'vertegenwoordigingsverhouding'. De bare trust is – beoordeeld aan de hand van dit kwalificatiemodel – binnen het Nederlandse fiscale stelsel dan ook fiscaal transparant.

Deze conclusie kan eveneens worden getrokken voor het geval waarin alle beneficiaries, onder de voorwaarden van de Saunders v. Vautier-doctrine,¹²⁷⁵ het trustverband hebben beëindigd en op die grond van de trustee verlangen dat hij de trustgoederen aan hen overdraagt. Nadat alle beneficiaries overeenstemming hebben bereikt over de beëindiging en verdeling van het trustverband dient de trustee de trustgoederen 'als nominee' aan te houden in overeenstemming met de aanwijzingen van de beneficiaries. In sommige gevallen kan iedere beneficiary daarna zijn vastgestelde 'share' van het trustvermogen opeisen. Alhoewel verdeeldheid bestaat omtrent het antwoord op de vraag of in dat geval een 'bare trust' ontstaat, is in die situatie eveneens een rechtstreekse gerechtigdheid ontstaan.¹²⁷⁶

Life interest trust

Ook in andere trustverhoudingen verkrijgen beneficiaries een 'interest in possession', zoals de life tenant van een 'life interest trust'. De life tenant bijvoorbeeld verkrijgt het recht op de inkomsten uit het onder trustverband gestelde vermogen. Bij een dergelijke trustvariant is niet de gehele equitable interest 'in possession'; de remainder interest is 'nonpossessory'. De remainder interest vertegenwoordigt een economische waarde, zeker in het geval deze onvoorwaardelijk is ('indefeasibly vested'),¹²⁷⁷ maar de remainderman heeft daarmee nog geen tegenwoordig genot. In een dergelijke trustverhouding heeft

1273 Dit geldt niet alleen bij een 'contingency', maar ook bij 'non-indefeasibly vested' future interests.

1274 Underhill en Hayton 2003, blz. 57.

1275 Zie paragraaf 6.4.3.

1276 Waters 2005, 2.VIII.

1277 Behoudens restricties in de trustakte ten aanzien van dergelijke handelingen van de beneficiary, kan de remainderman zijn nonpossessory interest overdragen, of de vermogenswaarde daarvan op andere wijze te gelde maken.

geen van de beneficiaries een rechtstreekse gerechtigdheid ten aanzien van het afgezonderde vermogen. Het belang bij het onderliggende vermogen en de daaruit opgekomen vruchten is geknipt. Noch de life tenant, noch de remainderman is in staat om rechtstreeks over de trustinkomsten én -goederen te beschikken. Het vermogensbestanddeel komt dan ook niet voor rekening van slechts één van beide beneficiaries.

Toerekening bij een life interest

In het verlengde hiervan dient de vraag te worden opgeworpen of de gerechtigdheid van een life tenant leidt tot toerekening van het onderliggende vermogensbestanddeel. In dat geval geniet de beneficiary het inkomen rechtstreeks. De strekking van deze vraag komt ook terug in de conclusie van A-G Overgaauw van 29 juni 2006 bij BNB 2008/122. In zijn conclusie vergelijkt de A-G het recht van de beneficiary op de inkomsten uit het trustvermogen met het recht van vruchtgebruik. Daarbij acht hij in navolging van HR 15 april 1964, BNB 1964/213, niet het (zakelijke) recht van de beneficiary de bron van inkomen, maar de achterliggende vermogensbestanddelen. In de benadering van de A-G wordt dan ook niet 'de waarde van het genotsrecht (...) in box 3 in aanmerking genomen, maar de (gecorrigeerde) waarde van de vermogensbestanddelen waarop het genotsrecht betrekking heeft'.

Uitgaande van de vergelijkbaarheid met het recht van vruchtgebruik, kan ik de conclusie van de A-G dat de afzonderlijke vermogensbestanddelen worden toegerekend aan de beneficiaries, niet volgen.¹²⁷⁸ De systematiek van box 3 brengt mee dat een recht van vruchtgebruik als zodanig – als (genots)recht – in de vermogensrendementsheffing wordt opgenomen en niet de gecorrigeerde waarde van de achterliggende vermogensbestanddelen.¹²⁷⁹ Ook tijdens de parlementaire behandeling is hiervan uitgegaan.¹²⁸⁰ De constatering dat het '(genots)recht' en niet het achterliggende vermogensbestanddeel in de rendementsgrondslag wordt opgenomen, is niet alleen relevant ten aanzien van vrijstellingen en de voorkoming van dubbele belasting, maar is kenmerkend voor de benaderingswijze van inkomsten uit vermogensrechten in box 3. Anders dan de A-G betoogt, wordt dan ook niet (de gecorrigeerde waarde van) het achterliggende vermogensbestanddeel, maar het recht daartoe, als bezitting in aanmerking genomen voor toepassing van de Wet IB 2001.

Ook ten aanzien van de Wet IB 1964 gaat de gedachtegang van de A-G naar mijn mening niet op. Het onveranderd genieten van de inkomsten uit het achterliggende vermogensbestanddeel brengt nog niet mee dat die vermogensbestanddelen ook aan de genotsgerechtigde worden toegerekend. Het achterliggende vermogensbestanddeel wordt immers toegerekend aan de eigenaar daarvan, niettegenstaande het feit dat deze daaruit geen inkomsten ontvangt. Anders dan de A-G lijkt te veronderstellen, leidt het onveranderd genieten van de inkomst door de genotsgerechtigde er niet toe dat het vermogensbestanddeel ook aan hem wordt toegerekend.

Hoogendoorn legt mijns inziens eveneens ten onrechte het verband tussen de positie van de 'life tenant' als vruchtgebruiker en de 'transparance fiscale' van de fixed trust.¹²⁸¹ De aanspraak van de beneficiary als gerechtigde tot de vruchten gaat in beginsel uitsluitend de (toerekening van de) inkomsten aan. Het voorgaande ligt niet anders in het geval waarin een recht van vruchtgebruik rust op een vermogensbestanddeel dat behoort tot het vermogen van een besloten vennootschap. Het onveranderd genieten van de vruchten door de vruchtgebruiker laat de toerekening van het vermogensbestanddeel aan en de fiscale non-transparantie van de besloten vennootschap onverlet.

1278 Zie hieromtrent ook paragraaf 8.3.3.

1279 Vergelijk art. 5.3, lid 2, onderdelen b, d, e en f, Wet IB 2001.

1280 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 226-230. Zie ook *Cursus Belastingrecht* (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.A.

1281 Zie de annotatie bij BNB 1992/177.

Vergelijking fixed interest en het recht van vruchtgebruik

Alhoewel in voorkomende gevallen geen bezwaar lijkt te bestaan tegen aansluiting bij het recht van vruchtgebruik, is deze vergelijking slechts in een beperkt aantal gevallen accuraat om de positie van een beneficiary bij een fixed trust te omschrijven. Zo waren de beneficiaries in BNB 2007/18-19, anders dan de beneficiary in BNB 2008/122,¹²⁸² niet gerechtigd tot het gehele inkomen uit de trust, maar slechts tot een gedeelte daarvan.¹²⁸³ Het is dan ook onjuist om de vergelijking met het recht van vruchtgebruik als conceptueel uitgangspunt te nemen bij de benadering van fixed trusts. Gezien de uiteenlopende aanspraken van de beneficiaries bij een fixed trust, is het beter om de 'present and future interests' van de beneficiaries als rechten *sui generis* te blijven beschouwen.

De beneficiaries hebben weliswaar gezamenlijk het volledige economische belang bij het onder trustverband geplaatste vermogen, maar – ondanks de goederenrechtelijke bescherming van de aanspraken van de beneficiaries – het is een indirecte aanspraak. De trust als rechtsvorm, met de trustee als 'legal owner' van het trustvermogen, neemt een zelfstandige positie in ten opzichte van de beneficiaries. De juridische beschikkingsmacht berust niet bij de beneficiaries. De beneficiaries zijn niet onmiddellijk gerechtigd tot de trustgoederen en het daaruit afkomstige inkomen. De trustgoederen zijn als zodanig dan ook niet rechtstreeks toerekenbaar aan de beneficiaries in juridische zin. Ook kan – afhankelijk van de vormgeving van de rechten van de beneficiaries – de trust in economische zin een rechtstreekse gerechtigdheid in de weg staan. Het voorgaande geldt *a fortiori*, indien de equitable interest niet volledig 'in possession' is. De trustinstelling heeft dan nog duidelijker een juridische en economische intermediatie tot gevolg, die meebrengt dat geen van de bij de trust betrokken personen het rechtstreekse, volledige economische belang heeft bij de trustgoederen.

Onbeperkte aansprakelijkheid

Bij het voorgaande argument komt dat de beneficiaries niet aansprakelijk zijn voor eventuele verbintenissen die in het kader van het beheer van de trustgoederen worden aangegaan. De trustee is daarvoor aansprakelijk met zijn privévermogen.¹²⁸⁴ In zoverre is de economische betrokkenheid bij het trustvermogen beperkt. Zoals eerder opgemerkt, is de trustee in beginsel persoonlijk aansprakelijk voor de verbintenissen die hij met derden aangaat. Hetzelfde geldt voor belastingverplichtingen en verbintenissen die uit onrechtmatig handelen van de trustee ontstaan.¹²⁸⁵ Veelal kunnen deze verbintenissen echter op basis van het bepaalde in de trustakte ten laste van het trustvermogen worden gebracht, met uitzondering van verbintenissen die ontstaan door opzet of grove schuld van de trustee. Als gevolg van die verhaalsmogelijkheid ten laste van de onder trustverband gebrachte goederen wordt de gedachte van een zelfstandig trustvermogen onderstreept.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de onder trustverband gestelde goederen niet rechtstreeks voor rekening en risico van de beneficiaries komen. Weliswaar hebben de beneficiaries van een fixed trust het economische belang bij 'het trustvermogen', maar deze band is – vrijwel zonder uitzondering – 'niet-rechtstreeks' van aard. De beneficiaries hebben een recht *sui generis* ten aanzien van het onder trustverband gestelde vermogen dat al dan niet voorwaardelijk recht geeft op het trustvermogen en/of trustinkomen. Uit-

1282 Helemaal duidelijk is de casus van BNB 2008/122 op dit punt overigens niet. In art. 10, onderdeel c, van de trustakte is bepaald dat de beneficiary aanvullend 'discretionary payments of income or principal' kan krijgen. Klaarblijkelijk heeft de beneficiary niet het recht op alle inkomsten uit het trustvermogen.

1283 In BNB 2007/18 heeft de beneficiary recht op een uitkering van £ 10.000 per jaar uit het trustinkomen. In BNB 2007/19 heeft de beneficiary recht op de jaarlijkse inkomsten met een maximum van 5% van de nettowaarde van het trustvermogen, waarbij meer dan 5% wordt uitgekeerd, indien in voorgaande jaren minder is uitgekeerd dan 5% van de nettowaarde.

1284 Aertsen 2004, blz. 42.

1285 Zie o.a. Aertsen 2004, blz. 43.

sluitend in het geval de trustee optreedt als 'bare trustee' – de situatie van een beëindigde trustverhouding volgens 'Saunders v. Vautier' daaronder begrepen – en de beneficiary het onderliggende trustvermogen direct mag opeisen, kan van een rechtstreekse gerechtigdheid worden gesproken.

Vrije toe- en uittreding

Aangezien het trustvermogen niet voor rekening en risico van de beneficiaries komt, hoeft de vraag naar de vrije toe- en uittreding niet meer te worden gesteld. Desalniettemin maak ik daaromtrent een enkele korte opmerking. De 'equitable interest' maakt deel uit van het vermogen van de beneficiary. Crediteuren van een beneficiary kunnen daarop verhaal nemen. De beneficiary kan zijn equitable interest dan ook in beginsel vrijelijk bezwaren en vervreemden.¹²⁸⁶ Eventuele beperkingen die zijn verbonden aan de 'equitable interest', zijn in beginsel nietig.¹²⁸⁷ Voor de overdracht van een equitable interest is geen toestemming van de trustee nodig; het is zelfs niet noodzakelijk dat daarvan mededeling wordt gedaan aan de trustee.¹²⁸⁸ De overdracht van de equitable interest is voor wat betreft de leveringsformaliteiten niet afhankelijk van de aard van de onderliggende trustgoederen en behoeft op zichzelf ook niet schriftelijk.¹²⁸⁹ De overdracht van een equitable interest is gelijk te stellen met de overdracht van een vordering op naam.¹²⁹⁰

Overigens bestaan ten aanzien van de voorgaande uitgangspunten wel enkele uitzonderingen met name in de sfeer van 'equitable interests in land'. Uiteraard kan een beneficiary niet 'meer' overdragen dan hij zelf heeft. Hieruit volgt in de eerste plaats dat de overdracht in het geval van een discretionary trust of discretionary power zinloos is.¹²⁹¹ In de tweede plaats kan een equitable interest uitsluitend worden overgedragen met de daarbij behorende last, zoals een 'equitable mortgage' of een 'equitable charge'.¹²⁹² Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat – zo al een rechtstreekse gerechtigdheid kan worden aangenomen – ieder der beneficiaries in beginsel 'vrij kan uittreden'. De fixed trust heeft in dat opzicht dan ook een 'open karakter'. Sommige trustvarianten, veelal Unit Trust en Real Estate Investment Trusts, zijn zelfs beursgenoteerd.

8.3.2 Jurisprudentie

In deze paragraaf wordt beoordeeld of de uitkomst uit het kwalificatiemodel overeenkomt met de opvattingen ten aanzien van de kwalificatie van fixed trusts in de rechtspraak. Alhoewel het overgrote aantal 'trustzaken' op het terrein van het belastingrecht betrekking heeft op (ir)revocable fixed trusts, is de kwalificatie van deze trustvorm als (non-)transparante entiteit in de rechtspraak uitsluitend zijdelings aan de orde gekomen. Op één uitspraak uit 1957 na, stond in alle procedures de rechtspositie van de beneficiaries centraal. De fiscale kwalificatie van de fixed trust werd daarbij niet als afzonderlijke rechtsvraag gepresenteerd, maar wel enkele keren indirect aan de orde gesteld.

V-N 1958, 351-352

De enige uitspraak waarin de zelfstandigheid van een fixed trust expliciet naar voren komt, is die van de Raad van Beroep Amsterdam 4 januari 1957.¹²⁹³ In die zaak betoogde de inspecteur dat de onderhavige trustvorm – een niet nader omschreven 'private trust' –

1286 Thomas en Hudson 2004, blz. 177. Overigens geldt in sommige staten van Noord-Amerika wel de voorwaarde dat de trustakte een transfer toestaat.

1287 Thomas en Hudson 2004, blz. 253. Overigens is het trustrecht in de verschillende staten van Noord-Amerika op dit punt aanmerkelijk soepeler dan in het Verenigd Koninkrijk.

1288 Thomas en Hudson 2004, blz. 177-178.

1289 American Law Institute, Part 4, Ch. 11, § 53.

1290 Aertsen 2004, blz. 92.

1291 Thomas en Hudson 2004, blz. 191-192.

1292 Thomas en Hudson 2004, blz. 178.

1293 Raad van Beroep Amsterdam 4 januari 1957, V-N 1958, blz. 351-352.

als ‘fonds’ in de zin van art. 3 Besluit Vpb 1942 diende te worden aangemerkt. De Raad van Beroep oordeelde echter dat de beneficiaries het vruchtgenot hadden van het onder trustverband gebrachte vermogen en derhalve op grond van ‘een redelijke uitlegging’ het Besluit Vpb 1942 niet aan de orde kon komen.

Alhoewel deze uitspraak, vanwege de summiere feitenweergave en de geparafraseerde rechtsoverwegingen, zich nauwelijks leent voor algemene conclusies, levert de motivering van de staatssecretaris om geen cassatieberoep in te stellen een interessant aanknopingspunt op. De staatssecretaris motiveerde zijn beslissing als volgt.¹²⁹⁴

‘De beslissing van de Raad van beroep dat in het onderhavige geval de beneficiaries (rechtstreeks) het genot hebben van de bestanddelen van het trustvermogen is naar mijn mening van feitelijke aard, terwijl zij wordt gedragen door de vaststaande feiten en omstandigheden.

(...).

het standpunt van de inspecteur der belastingen te Amsterdam acht ik sterker, indien de beneficiaries niet rechtstreeks het genot hebben van het onder trustverband gestelde vermogen, doch slechts recht hebben op een periodieke uitkering’.

Uit de reactie van de bewindsman kan worden begrepen dat hij voor non-transparantie van belang acht dat de achterliggende gerechtigden de inkomsten uit de trustgoederen ‘niet rechtstreeks’ genieten. Van een niet-rechtstreekse aanspraak zou kunnen worden gesproken, indien de beneficiaries uitsluitend recht hebben op een periodieke uitkering, en derhalve niet het genot van de bestanddelen van het trustvermogen zelf.¹²⁹⁵ Deze beoordelingswijze van de non-transparantie sluit op zichzelf aan bij het ‘voor rekening en risico van’-criterium uit het kwalificatiemodel.

In een aantal andere zaken waarin de betrokkenheid van een beneficiary bij een fixed trust aan de belastingrechter werd voorgelegd, kwam het kwalificatievraagstuk enkele malen zijdelings aan de orde. Alhoewel de fiscale zelfstandigheid van de trust in die gevallen niet het eigenlijke onderwerp van geschil vormde – hetgeen ook verklaart waarom de kwalificatie van een fixed trust niet eerder aan de hand van de criteria voor (non-)transparante entiteiten werd beoordeeld – diende de rechter in de motivering ter onderbouwing van het eindoordeel, bijvoorbeeld ten aanzien van de aard van de (periodieke) uitkeringen, toch een uitspraak te doen omtrent de fiscale hoedanigheid van de fixed trust. Hierna worden enkele uitspraken geanalyseerd.

FED 2003/172 en FED 2003/308

Een uitspraak waaruit indirect de kwalificatie van de fixed trust blijkt, is Hof ‘s-Gravenhage 12 december 2002, *FED 2003/172*.¹²⁹⁶ In die zaak betrof het de betrokkenheid bij een ‘testamentary trust’ waaraan belanghebbende het recht ontleende op een jaarlijkse uitkering van £ 10.000 uit de opbrengst van het trustvermogen. De inspecteur stelde zich op het standpunt dat de periodieke uitkeringen¹²⁹⁷ integraal dienden te worden belast op grond van art. 30, lid 1, onderdeel c, Wet IB 1964. Belanghebbende betoogde daarentegen dat de uitkeringen de tegenwaarde voor een prestatie vormden en om die reden de saldo-

1294 Zie de aantekening bij de uitspraak in *V-N* 1958, blz. 352.

1295 Helaas wordt uit de uitspraak niet duidelijk op welke gronden de Raad van Beroep – en in navolging daarvan de staatssecretaris – heeft geoordeeld dat de beneficiaries een rechtstreekse gerechtigdheid tot de vruchten zouden hebben. In Hof Arnhem 17 juni 1965, *BNB* 1966/10 werd beslist dat de daar aan de orde zijnde fixed interest evenmin leidde tot een rechtstreekse gerechtigdheid tot het trustkapitaal en -inkomen.

1296 Op dezelfde dag werd ook Hof ‘s-Gravenhage, *FED 2003/308*, gewezen. In die casuspositie betrof het eveneens een fixed trust, maar had belanghebbende – globaal gesproken – recht op een jaarlijkse uitkering ter grootte van 5% van het (sub)trustinkomen.

1297 Partijen waren, zo blijkt uit de hofuitspraak (r.o. 6.2), eenparig van mening dat sprake was van een recht op ‘periodieke uitkeringen’ in de zin van de inkomstenbelasting.

methode van art. 29, lid 1, onderdeel g, Wet IB 1964 van toepassing was. Vooruitlopend op het uiteindelijke oordeel overwoog het Hof:¹²⁹⁸

'6.4 Mede gelet op het hiervoor overwogene is er geen reden om, zoals belanghebbende bepleit, het bestaan van de trust te negeren. (...)

6.5 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen (...) is te dezen sprake van een recht op periodieke uitkeringen dat eenzijdig aan belanghebbende is toegekend bij het testament, welke uitkeringen door de trustee's moeten worden uitgekeerd ten laste van de inkomsten uit het trustvermogen. Als schuldenaar van die uitkeringen heeft hetzij de trust hetzij de trustee te gelden. (...).'

Uit de aangehaalde passages kan worden afgeleid dat het Hof 'de trust' als zelfstandige entiteit en bijvoorbeeld als mogelijke schuldenaar van de uitkeringen heeft aangemerkt. De kwalificatie van de fixed trust als een non-transparante entiteit indachtig, oordeelde het rechtscollège evenwel dat de uitkeringen niet de tegenwaarde voor een prestatie vormen.

BNB 2007/18-19

In cassatie komt de Hoge Raad op het punt van de tegenwaarde voor een prestatie tot een andersluidend oordeel, maar bevestigt 'en passant' de zienswijze van het Hof ten aanzien van de non-transparantie van de fixed trust. Uit de motivering van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat het hoogste rechtscollège de fixed trust als een entiteit heeft beschouwd:¹²⁹⁹

'3.4. (...) Derhalve dient de vraag of een periodieke uitkering de tegenwaarde voor een prestatie vormt, te worden beoordeeld vanuit de positie van de schuldenaar van de periodieke uitkering. Het komt erop aan of degene die de uitkeringen is verschuldigd, een prestatie heeft genoten waarin het ontstaan van de verplichting tot het doen van de uitkeringen zijn grond vindt. (...).

3.5. In het onderhavige geval is in overeenstemming met de bij testament vastgelegde trustvoorwaarden bij het overlijden van de echtgenoot van belanghebbende door hem nagelaten vermogen ondergebracht in een trust met het oog op onder meer het verrichten van periodieke uitkeringen aan belanghebbende. Dit onderbrengen van vermogen is aan te merken als de prestatie, waarin het ontstaan van de verplichting tot het doen van uitkeringen aan belanghebbende zijn grond vindt.'

Allereerst overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.4 dat de aanwezigheid van een 'prestatie' dient te worden beoordeeld vanuit de positie van de schuldenaar van de uitkering, waarna de Hoge Raad uitsluitend vanuit het perspectief van 'de trust' beoordeelt of een dergelijke prestatie aanwezig is. Ook de in r.o. 3.7 en 3.8 gebezigde bewoordingen bevestigen dat de Hoge Raad 'de trust' als een zelfstandige entiteit heeft gezien:

'3.7. (...) In overeenstemming hiermee dient in een geval als het onderhavige de waarde van de prestatie te worden gesteld op de te schatten contante waarde van de aan belanghebbende toekomende uitkeringen op het tijdstip dat aan de trust het vermogen ter beschikking werd gesteld.

3.8. Voor de vordering van belanghebbende op de trust die bestaat in haar gerechtigdheid tot een periodieke uitkering die de tegenwaarde voor een prestatie vormt, bevat de Wet in artikel 25, lid 1, letter g, een bijzondere bepaling (...).'

1298 Overigens wordt in r.o. 6.2 van FED 2003/308 een inhoudelijk vergelijkbare overweging aangetroffen.

1299 HR 14 juli 2006, BNB 2007/18. De overwegingen in het cassatieberoep tegen FED 2003/308, leidende tot HR 14 juli 2006, BNB 2007/19, zijn inhoudelijk vergelijkbaar.

In de hiervóór behandelde zaken bestond de gerechtigdheid van de beneficiaries uit een aanspraak op een jaarlijks, in absolute zin dan wel procentueel, gemaximeerd gedeelte van het trustinkomen. Voorts verschaftte deze gerechtigdheid de beneficiaries geen enkele aanspraak op het trustkapitaal. De 'interest in possession' vertegenwoordigde dan ook uitsluitend een gedeelte van de gehele 'equitable interest' ten aanzien van het trustinkomen. Uit deze uitspraken kan worden afgeleid dat bij trustvormen waarbij aan de beneficiary slechts een gedeelte van de equitable interest bij het inkomen toekomt, de 'entiteitsgedachte' wordt gehanteerd en de fixed trust als non-transparante entiteit wordt benaderd.

BNB 1992/177 en BNB 1992/286

In het verlengde van de voorgaande constatering is het interessant om te onderzoeken op welke wijze een fixed trust wordt gekwalificeerd indien een beneficiary wel de gehele equitable interest ten aanzien van het inkomen bezit, maar niet ten aanzien van de *trust corpus*. Hiervan is bijvoorbeeld sprake in het geval van een 'life interest trust'. Daarbij omvat de 'interest in possession' van de life tenant de 'equitable interest' ten aanzien van het trustinkomen, terwijl de aanspraak op het kapitaal bij de remainderman ligt.

De jurisprudentie met betrekking tot de Wet VB 1964 heeft een tweetal arresten opgeleverd waarin beneficiaries van een life interest trust gerechtigd waren tot het gehele trustinkomen.¹³⁰⁰ De beneficiaries hadden geen aanspraak op het trustvermogen en konden daarover evenmin beschikken. In beide zaken oordeelde de Hoge Raad dat het recht van de beneficiary niet kon worden gelijkgesteld met een recht van vruchtgebruik als bedoeld in art. 6 en 9 van de Wet op de vermogensbelasting 1964. Volgens de Hoge Raad heeft het Hof:¹³⁰¹

'met juistheid geoordeeld dat waar belanghebbende geen ander recht heeft dan een recht op uitkering van de inkomsten die door het trustvermogen worden voortgebracht en deze uitkeringen eindigen bij haar overlijden, dat recht voor de bepaling van de waarde voor de vermogensbelasting gelijk moet worden gesteld met een recht op periodieke uitkeringen.'

De overweging is op het punt van de 'entiteitsgedachte' minder duidelijk dan de eerder besproken arresten. Desalniettemin kan uit deze uitspraken worden afgeleid dat de Hoge Raad de rechtspositie van de life tenant ziet in een 'eigen relatie' tot het trustvermogen. Het recht van de life tenant – een recht *sui generis* – is in ieder geval niet gelijk te stellen met de eigendom of het vruchtgebruik van de trustgoederen.¹³⁰² Het bestaan van een 'eigen relatie' van de beneficiary tot het trustvermogen maakt dat het trustvermogen in ieder geval als zelfstandig wordt beschouwd ten opzichte van het vermogen van de life tenant.

BNB 2008/122

Een vergelijkbare situatie kan worden aangetroffen in HR 26 oktober 2007, BNB 2008/122. In die procedure stond de betrokkenheid van belanghebbende bij een 'Qualified Domestic Trust'¹³⁰³ voor toepassing van de Wet IB 2001 centraal. Op basis van het bepaalde in de trustakte had belanghebbende recht op 'the entire net income' van enkele specifiek omschreven trustgoederen.¹³⁰⁴ De 'life interest' van belanghebbende vertegenwoordigde

1300 HR 18 september 1991, BNB 1992/177 en HR 18 september 1991, BNB 1992/286. Zie over deze arresten Sonneveldt en Visser 1992.

1301 BNB 1992/177. In BNB 1992/286 wordt deze overweging niet aangetroffen. In de voorafgaande hofuitspraak paste het Hof immers ten onrecht de 'conversiemethode' toe (zie paragraaf 7.6.1).

1302 Zie in het bijzonder r.o. 5.2 t/m 5.5 van de in BNB 1992/177 opgenomen voorafgaande hofuitspraak.

1303 Het betreft een 'testamentary trust' die maakt dat de heffing van (federale) Amerikaanse successierechten – vooralsnog – onder voorwaarden kan worden uitgesteld tot het overlijden van de langstlevende, indien de laatste op het moment van overlijden zelf niet langer woonachtig is in de Verenigde Staten.

1304 Zie art. 6.5 van de trustakte opgenomen in Hof Arnhem 8 juli 2005, V-N 2005/49.1.1.

derhalve het inkomen uit deze trustgoederen. Belanghebbende kon daarentegen geen 'rechten' op het onderliggende trustkapitaal doen gelden.

Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat de onderhavige trust geen 'zuivere' fixed trust is. In de eerste plaats bestond naast de gerechtigdheid tot het totale (netto)inkomen tevens de mogelijkheid dat de trustee ten laste van het trustkapitaal uitkeringen aan belanghebbende zou doen, indien noodzakelijk voor haar 'health, support and maintenance'. In de tweede plaats beschikte de beneficiary over het recht om van de trustee te verlangen dat deze trustgoederen zou omzetten in vermogensbestanddelen die inkomsten genereren. In de derde plaats geven de uit de trustakte afkomstige fragmenten aanleiding te denken dat de trustverhouding nog andere subject and object matters kende.¹³⁰⁵ Aangezien deze 'bijkomende' elementen in beroep¹³⁰⁶ en cassatie¹³⁰⁷ geen rol van betekenis lijken te hebben gespeeld, aangezien uitsluitend de gerechtigdheid tot het jaarlijkse trustinkomen ter discussie stond, wordt gemakshalve gesproken van een fixed trust.

In deze zaak was in geschil of de uitkeringen die belanghebbende ontving, konden worden aangemerkt als inkomen uit een periodieke uitkering ex art. 3.101, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001, dan wel als inkomsten uit vermogen in de zin van box 3. Anders dan in de zaken die leidden tot BNB 2007/18-19 hadden partijen geen afspraken gemaakt over het karakter van de uitkeringen als 'periodieke uitkeringen' in de zin van de Wet IB 2001 in het kader van hun procesgang. Ten aanzien van de gerechtigdheid van belanghebbende overwoog Hof Arnhem als volgt:¹³⁰⁸

'4.6 Deze inkomsten die belanghebbende van de trust ontvangt zijn naar aard en karakter zozeer gelijkend op soortgelijke inkomsten die zonder tussenschuiving van een trust worden ontvangen, dat belanghebbende moet worden beschouwd – naar Nederlandse begrippen – als rechtstreeks rechthebbende op inkomsten uit vermogen. In dezen is niet van belang dat de desbetreffende inkomsten niet onmiddellijk na ontvangst door de trust worden doorbetaald, doch periodiek.'

In deze overweging lijkt een impliciete kwalificatie van de trustverhouding als non-transparante entiteit besloten te liggen. Het rechtscollège merkt niet alleen op dat de inkomsten worden ontvangen van 'de trust', maar spreekt zelfs over 'tussenschuiving van een trust'. Het lijkt dan ook dat het Hof als vertrekpunt de entiteitsgedachte heeft aangehouden ten aanzien van deze trustverhouding. Het zelfstandig bestaan van de trustverhouding laat evenwel onverlet dat het Hof belanghebbende als 'rechtstreekse rechthebbende' van het trustinkomen beschouwt. Op dit punt heeft de overweging van het Hof iets weg van een 'toverformule'. Het gevolg van deze redering is in ieder geval wel dat de aangenomen zelfstandigheid van de trustverhouding wezenlijk wordt ingeperkt en op fiscale transparantie lijkt.¹³⁰⁹

1305 Zie het bepaalde in art. 10, onderdeel c: 'Discretionary Decisions. In making any discretionary payments of income or principal to or for a beneficiary, the Trustee may take into consideration, to the extent the Trustee considers advisable, any income or other resources of that beneficiary, which is known to the Trustee and which is reasonably available.' Aangezien belanghebbendes recht het gehele inkomen omvat van de in art. 6.5 opgesomde trustgoederen, lijkt het erop dat ten aanzien van andere trustgoederen de verdeling van het inkomen discretionair kan worden bepaald.

1306 Het Hof lijkt de bevoegdheid ten aanzien van de wijziging van de samenstelling van het trustvermogen uitsluitend te bezien tegen de achtergrond van de voorwaarden die gelden voor een Qualified Domestic Trust. Voorts brengt het Hof de rechtspositie van belanghebbende in r.o. 4.5 terug tot het recht op 'the entire net income of the qualified trust'.

1307 Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in de weergave van de vaststaande feiten alleen art. 7 van de trustakte overneemt en onder andere het genoemde art. 10 onbesproken laat.

1308 Hof Arnhem 8 juli 2005, V-N 2005/49.1.1 en NTFR 2005/1222.

1309 Zie ook mijn commentaar bij deze hofuitspraak in NTFR 2005/1222.

Uit het cassatieberoepschrift kan worden afgeleid dat de staatssecretaris van mening is dat het Hof ten onrechte de transparantie van de fixed trust heeft aangenomen.¹³¹⁰ De verwarring op dit punt is begrijpelijk en naar mijn mening gelegen in de slotoverweging 'dat belanghebbende moet worden beschouwd – naar Nederlandse begrippen – als rechtstreeks rechthebbende' op het trustinkomen.¹³¹¹ De staatssecretaris heeft hierin gelezen dat het Hof de trust voor fiscale doeleinden heeft genegeerd en de inkomsten op die grond rechtstreeks aan belanghebbende heeft toegerekend. Bij nadere beschouwing acht ik de lezing van de hofuitspraak, waarbij de trust als transparant wordt beschouwd, niet juist. De terminologie die het Hof aanhoudt, duidt immers in de richting van de entiteitsgedachte. Ook wordt nergens expliciet opgemerkt dat het bestaan van de trustverhouding wordt genegeerd of het trustvermogen als 'eigen vermogen' aan de beneficiary wordt toegerekend. Het lijkt mij dat het Hof de non-transparantie van de fixed trust voorop heeft willen stellen.

Het bestaan van de trust als entiteit is overigens ook niet principieel onverenigbaar met de zienswijze waarbij de inkomsten uit de trustgoederen – niettegenstaande deze zelfstandigheid – bij de beneficiary in de heffing worden betrokken. De rechten die de beneficiary aan een trustverhouding kan ontleen, kunnen zodanig sterk zijn dat de trustinkomsten vrijwel onveranderd aan hem toevloeien. Deze inkomsten ontvangt de beneficiary evenwel altijd uit hoofde van zijn eigen rechtspositie bij de fixed trust. De bijzondere karakteristieken van de aanspraak van de beneficiary, met zakenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke elementen, maken dit tot een recht *sui generis*. Het recht *sui generis* verschaft de beneficiary een indirect belang bij de inkomsten en in voorkomende gevallen het trustvermogen. Het leidt evenwel niet tot de conclusie dat de (inkomsten uit de) trustgoederen ook van de beneficiary zijn; deze komen in civiel-juridisch opzicht primair toe aan de trustee en in fiscaal-juridische zin aan 'de trust'. Ik kan mij wel vinden in de gedachtegang van het Hof dat de inkomsten uiteindelijk bij de beneficiary in aanmerking dienen te worden genomen, maar acht de term 'als rechtstreeks rechthebbende' onjuist. De inkomsten die door de beneficiary worden genoten, komen hoogstens in de vorm van een 'niet-rechtstreeks genieten' bij de beneficiaries terecht.¹³¹²

Uiteindelijk beslist de Hoge Raad het geschil op basis van een technisch correcte, maar enigszins onbevredigende redenering. De Hoge Raad herhaalt de rechtsregel uit de arresten van 14 juli 2006 door op te merken dat:¹³¹³

'3.3 (...) het vermogen in de onderwerpelijke trust is ingebracht onder de verplichting om aan belanghebbende de in artikel 7 bedoelde uitkeringen te verrichten. Dit onderbrengen van het vermogen is aan te merken als de prestatie, waarin het ontstaan van de verplichting tot het doen van de uitkeringen aan belanghebbende zijn grond vindt. Aldus vormen de door belanghebbende van de trust ontvangen inkomsten de tegenwaarde voor een prestatie en is voormelde bepaling reeds daarom op die inkomsten niet van toepassing. Of die inkomsten als periodieke uitkeringen zijn aan te merken, kan hierbij in het midden blijven.'

Aangezien de uitkeringen de tegenwaarde voor een prestatie vormen, kunnen deze reeds om die reden niet worden belast op grond van art. 3.101, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001.

1310 Het cassatieberoepschrift is te vinden op <http://www.ntfr.nl/bron/42537.cas.htm>. Hierin valt onder meer te lezen: 'Uit de gedingstukken in casu kan niet worden opgemaakt dat belanghebbende over het in de trust aanwezige vermogen en evenmin over de in de trust ontvangen inkomsten kon beschikken als ware het haar eigen vermogen. Het Hof heeft derhalve een onjuiste maatstaf aangelegd door de trust in dezen te negeren.'

1311 In mijn aantekening heb ik hieromtrent ook opgemerkt: 'Hierdoor wordt de trust in wezen weggedacht en dus fiscaal transparant gemaakt.'

1312 Deze vorm van 'niet-rechtstreeks genieten' maakt van de uitkeringen aan de beneficiary nog geen periodieke uitkering, aldus Hof Arnhem.

1313 HR 26 oktober 2007, BNB 2008/122.

Hieruit volgt dat de uitkeringen niet als inkomen uit werk en woning kunnen worden aangemerkt en derhalve binnen de sfeer van box 3 worden afgewikkeld. Door deze benaderingswijze kan de vraag of de uitkeringen een 'periodieke uitkering' vormen – in het kader van deze procedure – verder onbeantwoord blijven. Freudenthal merkt in zijn annotatie bij *BNB 2008/122* terecht op dat de Hoge Raad door deze volgorde van behandeling de belangrijke vraag naar de aard van de uitkeringenreeks heeft omzeild. Ook de relatie tussen de beneficiary en 'de trust', alsmede de vraag op welke wijze de inkomsten in de rendementsgrondslag van box 3 dienen te worden betrokken, behoeften verder geen behandeling.

De Hoge Raad heeft niet in volle omvang gehoor gegeven aan het verzoek van de staatssecretaris om met het arrest duidelijkheid te scheppen ten aanzien van de fiscale kwalificatie van trusts.¹³¹⁴ Toch heeft de Hoge Raad ook in deze uitspraak duidelijk de entiteitsgedachte geventileerd. Door ook in deze trustrelatie, waarin de beneficiary een 'sterk recht' verkrijgt – een 'interest in possession' – ten aanzien van het gehele trustinkomen een 'prestatie' aanwezig te achten, bestaande uit het inbrengen van vermogen in de trust in plaats van een directe overdracht aan de beneficiary, heeft de Hoge Raad mijns inziens aangegeven ook in dit geval de trustverhouding als fiscaal zelfstandige entiteit te benaderen.

V-N 2007/36.13

Ten slotte kan nog worden gewezen op de uitspraak van Rb. Haarlem 18 december 2006, *V-N 2007/36.13*. In die zaak is het Australische erfdeel van de minderjarige dochter van belanghebbende onder trustverband geplaatst. De minderjarige dochter kan niet eerder over het trustvermogen beschikken dan bij het bereiken van de 18-jarige leeftijd (i.c. in 2008).¹³¹⁵ Daarna wordt het trustvermogen aan haar uitgekeerd. De Rechtbank oordeelt dat 'het recht op het vermogen in de trust' van de minderjarige dochter een 'overig vermogensrecht' in de zin van art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001 inhoudt, en als bezitting aan belanghebbende dient te worden toegerekend. Het ontbreken van zeggenschap over het vermogen en het bestaan van valutabeperkingen doen hieraan volgens de Rechtbank niet af. Opvallend binnen deze 'entiteitsbenadering' is nog wel dat de in Australië geheven bronheffingen met het inkomen van belanghebbende worden verrekend. Hieruit kan een gedeeltelijke transparantie, dan wel een vorm van *coulance* worden afgeleid. Het komt mij voor dat bij de onderkenning van een recht van belanghebbendes dochter ten aanzien van het trustvermogen in beginsel geen aanleiding bestaat voor de verrekening van ingehouden bronheffingen.

Uit de rechtspraak komt naar mijn mening het beeld naar voren dat de fixed trust een non-transparante entiteit is. Uitsluitend in het geval de beneficiary onmiddellijk over de trustgoederen en inkomsten kan beschikken, zoals in het geval van een 'bare trust', kan transparantie aan de orde zijn. Tot op heden is een dergelijke situatie in de Nederlandse fiscale rechtspraak nog niet aan de orde geweest. Ook is volledige fiscale transparantie van een fixed trust in andere belastingzaken niet aangenomen en lijkt in de rechtspraak van een entiteitsbenadering te worden uitgegaan.

1314 De staatssecretaris van Financiën sluit het cassatieberoep schrift af met de volgende volzin: 'In verband met de rechtsvorming en de behandeling van overige trustfiguren door de belastingdienst acht ik het van groot belang dat het in deze zaak te wijzen arrest duidelijkheid zal verstrekken met betrekking tot de vraag onder welke voorwaarden sprake is van rechtstreekse gerechtigdheid ('transparantie') van een beneficiary tot de inkomsten van een trust en wanneer dat niet het geval is.'

1315 De feiten laten enkele vragen onbeantwoord. Zo is niet duidelijk of de inkomsten worden toegevoegd aan het trustkapitaal of steeds worden uitgekeerd. Voorts is niet duidelijk wat er gebeurt, indien de minderjarige dochter de leeftijd van 18 jaar niet bereikt. Het kan, afhankelijk van het lokaal in Australië geldende erfrecht, voorkomen dat in een dergelijk geval de beneficiary geacht wordt voor de erfgenaam te zijn overleden (de interest is dan contingent (niet-vested)).

8.3.3 Literatuur

In de literatuur is de fiscale kwalificatie van fixed trusts diverse keren aan de orde gesteld. Daarbij wordt 'de' fixed trust vrijwel altijd opgevoerd als tegenhanger van 'de' discretionary trust, zonder een nader onderscheid te maken tussen de verschillende varianten waarin de fixed trust voorkomt. Hierbij wordt nauwelijks aandacht besteed aan de inhoud van de rechten van de beneficiaries. Hierna worden enkele opvattingen uit de literatuur ten aanzien van de fiscale kwalificatie van de fixed trust besproken en beoordeeld ten opzichte van de eerder vastgestelde kwalificatie op grond van het kwalificatiemodel.

Op een enkele plaats in de literatuur is wel verdedigd dat een fixed trust een fiscaal transparante entiteit vormt. Onder meer L.G.M. Stevens toont zich voorstander van transparantie.¹³¹⁶ Ook Hoogendoorn hangt blijkens zijn annotatie bij BNB 1992/177 deze zienswijze aan.

'De vermogensbestanddelen zelf zijn naar mijn mening in deze casus aan te merken als bronnen van inkomen. Zodra, in enigerlei vorm, sprake zou zijn van een discretionary trust, houdt naar mijn mening de "transparance" met betrekking tot de toepassing van de inkomstenbelasting op.'

Daarbij baseert Hoogendoorn zich op de wijze waarop fixed trusts in common law-landen in de belastingheffing worden betrokken. Nog afgezien van de juistheid van die opmerking,¹³¹⁷ die mede afhankelijk is van hetgeen onder 'fiscale transparantie' wordt verstaan, is de kwalificatie in andere landen natuurlijk niet doorslaggevend voor de fiscale kwalificatie daarvan in de Nederlandse situatie.

R.J. de Vries en ik hebben aan de hand van de uitgangspunten bij het onderscheid tussen transparante en non-transparante entiteiten geconcludeerd dat bij een 'fixed trust' – met uitzondering van die gevallen waarin de aanspraken in units zijn verdeeld¹³¹⁸ – de fiscale kwalificatie minder duidelijk is dan bij een irrevocable discretionary trust. Stevens en Olde Bijvank komen in hun bijdrage, aan de hand van dezelfde beoordelingscriteria, tot een vergelijkbaar eindoordeel, en concluderen voorzichtig¹³¹⁹

'dat de irrevocable discretionary trust, afgezien van de vrije verhandelbaarheid van participaties, de meeste kenmerken vertoont van een non-transparante entiteit. Bij de andere trustvormen is dat minder duidelijk.'

Stelliger ten aanzien van de fiscale kwalificatie van de 'fixed trust' als zelfstandige entiteit is Freudenthal in zijn annotatie bij BNB 2008/122. In zijn visie hangt de Hoge Raad in die uitspraak – in navolging van BNB 2007/18 en 19 – de entiteitsgedachte aan. Allereerst merkt Freudenthal op het hofoordeel ten aanzien van de fiscale kwalificatie van de fixed trust onduidelijk te vinden.

'Indien een trust transparant is (wat in dit geval mijns inziens overigens niet aan te nemen valt), kan immers geen sprake meer zijn van een vermogensrecht, maar dan dienen de achter de trust liggende bezittingen rechtstreeks en met inachtneming van de specifieke hoedanigheid (roerend, onroerend, etc.) aan belanghebbende te worden toegerekend. De overwe-

1316 Zie Stevens 2001, punt 113, blz. 107.

1317 Hoogendoorn verwijst naar de bijdrage van Koele 1991, waarin zij een overzicht geeft van de fiscale behandeling van fixed trusts volgens enkele 'common law-stelsels'. Uit de abstracte beschrijvingen op blz. 67 blijkt reeds dat van fiscale transparantie in hier bedoelde zin geen sprake is.

1318 In dat geval kan mogelijk worden gesproken van de verhandelbaarheid van 'participaties'. Zie Boer en De Vries 2005, onderdeel 4.2.

1319 Stevens en Olde Bijvank 2007, onderdeel 4.1.

ging van het Hof zou alleen dan verklaarbaar zijn wanneer wordt bedoeld dat de trust weliswaar niet transparant is, maar belanghebbende toch rechtstreeks rechthebbende is op vermogens(inkomsten). Naar mijn mening is dat echter een onhoudbare stelling, en is aanmerkelijker dat het Hof toch de transparantie (ten onrechte) aangehangen heeft.'

Vervolgens signaleert Freudenthal dat de Hoge Raad de zaak anders heeft aangepakt.

'Hij overweegt immers (r.o. 3.3) dat sprake is van inbreng van vermogen in een trust als tegenwaarde voor een prestatie. Met die overweging is meteen ook het lot van de trust als niet-transparante entiteit bezegeld. Van een tegenwaarde voor een prestatie kan immers geen sprake zijn als de trust transparant is.'

De opvatting van Freudenthal is in overeenstemming met de conclusie in de voorgaande paragraaf.¹³²⁰ Zoals toegelicht in paragraaf 8.3.2, acht ik het voorstelbaar dat het Hof geen fiscale transparantie heeft aangenomen. De overwegingen van het Hof maken echter niet geheel inzichtelijk hoe de 'rechtstreekse gerechtigdheid' van de beneficiary dan wel dient te worden opgevat. Ook al wordt uit de annotatie niet geheel duidelijk op welke gronden Freudenthal de non-transparantie van de trusts heeft aangenomen,¹³²¹ zijn oordeel sluit aan bij de lijn die uit de rechtspraak lijkt te volgen.

Ook uit de bijdragen van andere auteurs is af te leiden dat de fixed trust door hen in beginsel als non-transparante entiteit wordt geduid.¹³²² Ook al is niet in alle gevallen duidelijk waarop deze kwalificatie berust, de specifieke civielrechtelijke karakteristieken van de trustfiguur lijken doorslaggevend te zijn. Voorts wordt door de auteurs veelal steun gevonden voor hun zienswijze in de rechtspraak, waaruit naar hun mening kan worden afgeleid dat de fixed trust als een non-transparante entiteit wordt behandeld.

Ten slotte wijs ik op de analyse van Nobel ten aanzien van de fixed trust.¹³²³ Uit de parlementaire behandeling van art. 29a Wet IB 1964 leidt Nobel af dat de fixed trust als 'doelvermogen' – en derhalve een zelfstandige entiteit – dient te worden benaderd. Met art. 29a Wet IB 1964 is aanvankelijk beoogd te voorkomen dat beleggingen in een buitenlandse beleggingsvennootschap zouden worden ondergebracht. Voor een Nederlandse fiscale beleggingsinstelling geldt immers de zogeheten 'uitdelingsverplichting', waardoor een aandeel in een niet-onderworpen buitenlandse vennootschap voordeliger zou zijn. Het voordeel van het ontbreken van deze uitdelingsverplichting werd weggenomen door in art. 29a Wet IB 1994 een fictieve dividenduitkering op te nemen ten aanzien van aandelen in een buitenlandse beleggingsvennootschap. Ingevolge art. 29a, lid 2, Wet IB 1964, werd onder 'aandeel in een niet in Nederland gevestigde vennootschap' mede verstaan een 'belang bij een niet in Nederland gevestigd doelvermogen'.

Tijdens de parlementaire behandeling is aangegeven dat onder 'belang bij een doelvermogen' ook de betrokkenheid bij een trustverhouding kan worden begrepen, in het geval een beneficiary 'meer dan een blote verwachting' heeft.¹³²⁴ Nobel merkt op dat de aanspraken van een beneficiary bij een fixed trust doorgaans een recht zullen zijn en dus meer inhouden dan een blote verwachting. De beneficiary die een 'recht' kan ontleen aan de trustinstelling – hetgeen bij een fixed trust anders dan bij een discretionary trust in beginsel het geval is – heeft een belang bij 'een buitenlands doelvermogen'. Hieruit kan worden

1320 Zie paragraaf 8.3.2.

1321 In de annotatie bij BNB 2007/18 brengt Freudenthal de analogie met een verzekeringsmaatschappij als mogelijke verklaring naar voren.

1322 Zie o.a. Kousen 2003, Van Houte 1999, blz. 61-71, IJzerman 1997, blz. 567-571, De Vries 2001, Niessen 2006, blz. 3-4.

1323 Nobel 1991, blz. 34-41 en Nobel 1999, blz. 791.

1324 Kamerstukken II 1979/80, 15 516, nr. 11, blz. 30.

afgeleid dat een fixed trust als doelvermogen kan worden beschouwd en daarmee een non-transparante entiteit is.

Alhoewel de meerderheid van de auteurs de fixed trust als een entiteit ziet, wordt deze conclusie – anders dan bij de discretionary trust – met enige terughoudendheid gepresenteerd. De oorzaak daarvan is wellicht gelegen in het feit dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad de ‘entiteitsgedachte’ ten aanzien van de fixed trusts minder nadrukkelijk naar voren is gekomen dan bij de discretionary trust. Ook lijkt bij een fixed trust de ‘noodzaak’ minder groot om een entiteitsgedachte aan te houden. De beneficiaries van een fixed trust onderhouden namelijk via de rechten *sui generis* nog steeds een band met het afgezonderde vermogen. Anders dan bij een discretionary trust is het beeld van een op zich zelf staand doelvermogen minder prominent aanwezig. Daarentegen is het afgezonderde vermogen niet rechtstreeks toe te rekenen aan de beneficiaries die uitsluitend rechten hebben – variërend in aard en omvang – ten aanzien van het trustkapitaal en/of inkomen. Het afgezonderde vermogen is daarmee op zichzelf komen te staan. In zoverre vertoont de fixed trust – als doelvermogen – evenzeer de kenmerken van een intermediaat die tot non-transparantie leidt, hetgeen ook uit de literatuur naar voren komt.

8.3.4 Conclusie

Aan de hand van de kenmerken van verschillende fixed trusts kan worden geconcludeerd dat deze op grond van het kwalificatiemodel in beginsel als een zelfstandige entiteit worden aangemerkt. Voor de zogeheten ‘bare trust’ geldt evenwel een uitzondering en kan worden vastgesteld dat de intermediaat onvoldoende is om tot een non-transparante entiteit te concluderen. Ook de rechtspraak en literatuur ondersteunen deze conclusie, met dien verstande dat de literatuur in dit opzicht minder eenduidig is dan ten aanzien van fixed trusts. Het onder trustverband gestelde vermogen dient dan ook aan ‘de trust’ als zelfstandig rechtsfiguur te worden toegerekend, waarbij de beneficiaries een recht *sui generis* ten opzichte van de trustfiguur hebben.

8.4 INVLOED VAN DE ‘POWER TO REVOKE’ OP DE FISCALE KWALIFICATIE

De juridische intermediaat die een trustinstelling teweeg brengt, kan worden gewijzigd indien de insteller zich ten tijde van de trustcreatie een ‘power to revoke’ heeft voorbehouden.¹³²⁵ De gevolgen van een herroeping zijn evident in het geval de trust ook daadwerkelijk wordt herroepen. Alsdan vervallen de uit de trustinstelling voortvloeiende rechtsgevolgen en wordt de juridische intermediaat beëindigd met inachtneming van hetgeen dienaangaande in de trustakte is bepaald. Van fiscale (non-)transparantie is daarna geen sprake meer, aangezien een juridische intermediaat ontbreekt.

De gevolgen van een ‘power to revoke’ voor een nog bestaande trustverhouding zijn evenwel minder duidelijk. Zolang de settlor het herroepingsrecht nog niet heeft uitgeoefend, hangt de herroepingsmogelijkheid als het zwaard van Damocles boven de juridische intermediaat die uit de trustinstelling voortvloeit. Ten aanzien van de invloed van de ‘power to revoke’ kunnen twee verschillende zienswijzen worden onderkend. In de eerste plaats kan de visie worden verdedigd dat de mogelijkheid van herroeping niet van belang is voor een herroepelijke, maar nog niet herroepen trustverhouding. In de tweede plaats kan worden betoogd dat de herroepelijkheid wel gevolgen heeft voor de juridische intermediaat die van een trustinstelling uitgaat. Beide visies worden hierna afzonderlijk van elkaar

¹³²⁵ Zie paragraaf 6.3.2.4 omtrent de civielrechtelijke aspecten van de herroepbaarheid. Op deze plaats wordt in herinnering geroepen dat de ‘power to revoke’ geen terugwerkende kracht heeft.

besproken. Afgesloten wordt met een conclusie omtrent de invloed van de power to revoke op de fiscale kwalificatie van de trustfiguur.

8.4.1 Visie I – De herroepelijkheid heeft geen invloed op de juridische intermediatie

In de eerste plaats kan de zienswijze worden verdedigd dat de trust, ondanks de herroepingsmogelijkheid, juridisch perfect is geworden en aan die toestand tot het moment van herroeping niets verandert. In deze visie wordt de nadruk gelegd op de rechtsgevolgen die uit de trustinstelling voortvloeien en die gezamenlijk de hiervóór beschreven juridische intermediatie constitueren. Het enkele feit dat de settlor de trustinstelling *kan* herroepen, doet hieraan dan niet af.

E.C. Halbach jr. omschrijft de civielrechtelijke invloed van de herroepelijkheid als volgt:¹³²⁶

'If, however, a trust is presently created and interests are presently created in beneficiaries, the mere fact that the settlor has retained benefits (...) or has retained power subsequently to amend or revoke the trust, or a combination of these, does not prevent the trust from being a valid presently existing trust (...).'

In de uitspraak van Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, BNB 1963/118, wordt een vergelijkbare opmerking aangetroffen van een door belanghebbende aangezochte rechtsgeleerde, die de volgende toelichting geeft omtrent de inhoud van 'a power of revocation'. Deze komt tot de volgende conclusie:

'There is therefore no difference between an irrevocable trust and a revocable trust which has not been revoked; both are valid trusts; in both only the trustee can act with respect to the trust property and the beneficiaries have no claim against the trust property (...); and there is no direct relation between the trust property and the beneficiaries.'

Leidende gedachte in deze visie is dat bij een revocable trust de rechtsgevolgen direct intreden, net als bij de herroepelijke schenking,¹³²⁷ de overeenkomst onder ontbindende voorwaarde¹³²⁸ en de gevallen waarin (van rechtswege) een ongedaannemakingsverbintenis ontstaat.¹³²⁹ De juridische intermediatie is in die gevallen aanvankelijk als voltooid te beschouwen. Evenals het geval is bij de hiervóór genoemde Nederlandse civielrechtelijke rechtsverhoudingen, treden bij de revocable trust de privaatrechtelijke rechtsgevolgen direct in, ongeacht de mogelijkheid dat op enig moment een incident intreedt waardoor de rechtsfiguur wordt beëindigd. Afgezien van gevallen waarin sprake is van terugwerkende kracht, worden de rechtsgevolgen van een op enig moment tot stand gekomen rechtsfiguur – ook fiscaalrechtelijk – gerespecteerd tot het moment waarop deze metterdaad wordt beëindigd.¹³³⁰ Het voorgaande brengt mee dat in deze benadering de juridische intermediatie, ook bij een revocable trust, aanvankelijk volledig tot stand komt en niet eerder eindigt dan het moment waarop de trustinstelling daadwerkelijk is herroepen.¹³³¹

1326 Halbach jr. 2000, blz. 81.

1327 Zie Roelen 2003, blz. 215-220, Bavinck en Van Joolingen 2005, blz. 999-1005, en Van Vijfeijken 2008. Ook voor de SW 1956 is dit uitgangspunt gehandhaafd, alleen is ten aanzien van de restitutie van schenkelasting bij herroeping in een verlaging voorzien ter grootte van het in de bezitsperiode genoten voordeel. Zie art. 53, lid 2 en 3 SW 1956.

1328 Bij de aanwezigheid van een ontbindende voorwaarde geldt als uitgangspunt dat de rechtshandeling voor fiscale doeleinden perfect is geworden. Zie uitgebreid Zwemmer 1997. Zie voor enkele verschillende voorbeelden HR 21 februari 2003, BNB 2003/179, HR 3 maart 1999, BNB 1999/228 en HR 2 september 1987, BNB 1987/294.

1329 Bongaarts en Van der Wal 1994.

1330 Bongaarts en Van der Wal 1994 en HR 12 juli 2002, BNB 2002/313.

1331 Het betoog van Freudenthal 2008, blz. 634, lijkt zich ook in die richting te ontwikkelen.

Ter onderbouwing van deze zienswijze kan worden aangevoerd dat eigenlijk alle rechtsfiguren – al dan niet door de ‘oprichters’ – in de toekomst kunnen worden beëindigd. De gedachte dat daarmee binnen het belastingrecht reeds op voorhand rekening wordt gehouden, dient op basis van een ‘interpretatio in absurdum’ te worden verworpen. In zoverre zou de herroepelijkheid van een revocable trust de bestaande juridische intermediaat even veel (of even weinig) dienen te beïnvloeden, als de mogelijkheid dat een besloten vennootschap kan worden geliquideerd. Het feit dat de liquidatie aan belemmerende, civielrechtelijke voorwaarden is verbonden, levert overigens geen wezenlijk verschil op met de ‘revocability’. Ook de herroeping van een trust kan aan beperkende voorwaarden onderhevig zijn en in sommige gevallen bijvoorbeeld de toestemming van derden behoeven.¹³³² De mogelijke herroepelijkheid van een trustverhouding is in deze redeneertrant irrelevant ten aanzien van de tot stand gekomen juridische intermediaat.

In dit verband kan worden gewezen op het besluit van de staatssecretaris van Financiën met betrekking tot het afzonderen van vermogen in een zogeheten ‘emergency trust’.¹³³³ Het doel van een ‘emergency trust’ is om te voorkomen dat (buitenlandse) bezittingen in beslag worden genomen, omdat deze bijvoorbeeld als ‘vijandelijk’ worden aangemerkt.¹³³⁴ Daartoe wordt (buitenlands) vermogen door de settlor overgedragen aan een lokaal gevestigde trustee. Op het moment dat de noodtoestand intreedt, is het vermogen afgezonderd in de emergency trust en niet langer als ‘vijandelijk’ vermogen te beschouwen. In de periode vóór het intreden van de noodtoestand is de ‘emergency trust’ veelal herroepelijk. Gevraagd naar zijn standpunt dienaangaande merkt de staatssecretaris het volgende op:

‘Ik ben van oordeel dat het onder trustverband brengen en houden van vermogensbestanddelen in een zogenaamde emergency trust voor de Nederlandse belastingheffing geen betekenis heeft gedurende de periode voor het ontstaan van de noodsituatie, als tot dat tijdstip het volledige economische belang bij de zeggenschap over de desbetreffende vermogensbestanddelen bij de insteller van de trust blijven. Of daarvan sprake is zal in ieder individueel geval concreet moeten worden beoordeeld. Als aan die voorwaarden wordt voldaan wordt het in trustverband brengen van vermogensbestanddelen niet als vervreemding aangemerkt, zodat er geen sprake is van onttrekking, winstrealisatie of van desinvestering in de zin van art. 61b Wet IB 1964.’

Klaarblijkelijk is de emergency trust vóór intreding van de noodsituatie uitsluitend als ‘transparant’ te beschouwen, indien ‘het volledige economische belang en de zeggenschap (...) bij de insteller van de trust blijven’. Ook al wordt in het besluit een welwillend standpunt ingenomen ten opzichte van de ‘emergency trust’, dan nog kan worden geconcludeerd dat de aanwezigheid een herroepingsrecht op zichzelf nog geen aanleiding is om de trust volledig weg te denken.

Vooralsnog is deze zienswijze ten aanzien van de ‘power to revoke’ in de fiscale jurisprudentie gevolgd. De stelling dat de revocable trust als fiscaal transparante entiteit dient te worden beschouwd is tot op heden door de rechter afgewezen.¹³³⁵ Hierbij dient wel de

1332 Het argument dat de ‘macht’ omtrent beëindiging in het geval van een ‘revocable trust’ bij de settlor achterblijft, terwijl deze bij andere rechtsfiguren kan overgaan op andere personen of organen, heeft nauwelijks onderscheidend vermogen. Ook bij een trust kan de herroepelijkheid de toestemming van derden behoeven, en omgekeerd kan de directeur/enig aandeelhouder als oprichter zelfstandig beslissen omtrent het voortbestaan van de vennootschap.

1333 Besluit van 15 juni 1988, nr. DB88-3940, V-N 1988, blz. 2031, punt 12. Voor toepassing van de Wet IB 2001 is het vervangen door het Besluit van 21 november 2000, nr. CPP2000/219 (zie V-N 2000/53.1).

1334 Zie uitgebreid Rosendaal 1991, blz. 21-32.

1335 Zie Hof’s-Gravenhage van 5 oktober 1962, BNB 1963/118, Hof’s-Gravenhage 5 oktober 1962, BNB 1963/119 (in deze zaak, waarin het dezelfde trustverhouding betreft als in BNB 1963/118, heeft de inspecteur zijn standpunt ter zitting laten vallen) en Hof’s-Hertogenbosch 24 april 1964, BNB 1964/265.

opmerking te worden gemaakt dat in de genoemde uitspraken de herroeping door de instellers telkens afhankelijk was gesteld van de instemming van een derde.¹³³⁶ Voorts kwam in de zaak die leidde tot BNB 1963/118 in rechte vast te staan dat het vermogen bij een eventuele herroeping niet zou terugvloeien aan de 'grantors', die tevens de belanghebbenden waren in deze procedure.¹³³⁷ Het casuïstische karakter van deze rechtspraak maakt dat daaruit slechts met enige voorzichtigheid conclusies kunnen worden getrokken.¹³³⁸

Ten slotte kan worden opgemerkt dat op verschillende plaatsen in de literatuur en beleidspublicaties opvallenderwijs geen belang wordt toegekend aan de mogelijke herroepbaarheid van een trustverhouding. Zo heeft de Commissie-Moltmaker bijvoorbeeld de herroepelijkheid bewust buiten beschouwing gelaten met een beroep op de eenvoud van het door haar voorgestelde systeem.¹³³⁹ Ook in het toenmalige ingenomen kabinetsstandpunt is het punt van de herroepelijkheid verder niet opgeworpen.¹³⁴⁰ Als laatste kan in dit verband nog worden gewezen op de diverse trustbesluiten van de staatssecretaris van Financiën.¹³⁴¹ Daarin wordt opgemerkt dat ten aanzien van alle trustvormen, met uitzondering van de irrevocable discretionary trust, een zogeheten transparantieovereenkomst kan worden gesloten.¹³⁴² Hierin wordt verder geen uitsplitsing gemaakt naar de eventuele herroepelijkheid van de trust. Alhoewel uit het uitblijven van een opmerking niet met zekerheid kan worden geconcludeerd dat het onbesprokene ook irrelevant is, schuilt in het voorgaande wel de duidelijke suggestie dat revocability voor de kwalificatie niet doorslaggevend is geacht.

8.4.2 Visie II – De herroepelijkheid heeft wel invloed op de juridische intermediaatie

Tegenover de eerstgenoemde visie staat de zienswijze waarin het fundamentele onderscheid tussen een revocable en een irrevocable trust wordt benadrukt. Bij een irrevocable trust heeft de settlor definitief afstand gedaan van de onder trustverband gestelde goederen. De settlor van een revocable trust kan de trustverhouding daarentegen – eventueel

1336 In BNB 1963/118 was de toestemming van de trustee vereist (art. 7 van de trustakte) en in BNB 1964/265 diende toestemming van een 'Advisory Board' te worden verkregen (art. 5(a) van de trustakte).

1337 In de zaak die leidde tot BNB 1964/265 wordt slechts vermeld dat de trustgoederen bij een herroeping worden overgedragen aan de 'person or person designated in said instrument of revocation'.

1338 Zie ook Sonneveldt 2000a, blz. 57.

1339 Rapport Commissie-Moltmaker, blz. 37.

1340 In het kabinetsstandpunt wordt de zienswijze van de Commissie-Moltmaker om de trust 'een eigen fiscale identiteit' te geven positief beoordeeld. Zie *Kamerstukken II 2000/01*, 27 789, nr. 1, blz. 23.

1341 Inmiddels is dit besluit ingetrokken bij Besluit van 16 december 2009, nr. CPP2009/2357M, *Stcrt.* 2009, 20099, V-N 2010/3.26.

1342 In de trustbesluiten is na de novemberarresten telkens de volgende mededeling opgenomen: 'Vanzelfsprekend komt de situatie zoals die aan de orde is geweest in de arresten van 18 november 1998 niet in aanmerking voor een transparantieovereenkomst.' Opmerkelijk genoeg is in de meest recente versie van het trustbesluit daaraan de volgende redengeving toegevoegd: 'In deze situatie hebben de vermogensbestanddelen de beschikkingsmacht van de settlor immers definitief verlaten' (zie punt 6 van het Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, BNB 2006/139). Deze opmerking lijkt te impliceren dat juist het onherroepelijke karakter van de trust aan het sluiten van een transparantieovereenkomst in de weg staat. Aangezien het besluit verder geen inzicht geeft in de relevantie van deze opmerking is het niet mogelijk hieruit à contrario af te leiden dat bij een achterblijvende beschikkingsmacht van de settlor juist wel een transparantieovereenkomst gesloten kan worden, of dat zulks niet nodig is omdat de revocable trust reeds als transparante entiteit wordt gezien. Voorts – en dat ligt naar mijn mening nog het meeste in de lijn der verwachting – is non-transparantie bij de irrevocable discretionary trust juist aan de orde vanwege de discretionaire bevoegdheden van de trustee ten aanzien van het trustvermogen en -inkomen en doet de herroepelijkheid minder ter zake.

onder voorwaarden – gedurende zijn leven herroepen. Indien daarbij in ogenschouw wordt genomen dat de settlor van een herroepelijke trust bovendien de bepalingen van de trustakte kan aanpassen, moet worden geconcludeerd dat deze in juridische zin een vergaande beschikkingsmacht over het trustvermogen heeft behouden. Om die reden wordt dan ook wel betoogd dat de herroepelijke trustverhouding transparant is.

Deze beschikkingsmacht heeft bijvoorbeeld ingevolge de ‘grantor trust rules’ voor het Amerikaanse belastingrecht tot gevolg dat de settlor van een revocable trust als ‘eigenaar’¹³⁴³ van het onder trustverband gestelde vermogen wordt aangemerkt.¹³⁴⁴ In de Income Tax Regulations wordt dit als volgt onderbouwd:¹³⁴⁵

‘(b) Since the principle underlying (...), is in general that income of a trust over which the grantor (...) has retained substantial dominion or control should be taxed to the grantor (...) rather than to the trust which receives the income or the beneficiary to who the income may be distributed (...).

(c) An item of income, deduction, or credit included in computing the taxable income of and credits of a grantor (...) is treated as if it had been received or paid directly by the grantor (...)’

Overigens geldt het principe dat de settlor van een revocable trust als ‘eigenaar’ van de trustgoederen wordt gezien niet in alle fiscale stelsels van ‘trustlanden’.¹³⁴⁶

Ook voor het Nederlandse belastingrecht is wel bepleit dat de herroepingsmogelijkheid tot gevolg heeft dat geen vermogensafzondering door de settlor heeft plaatsgevonden.¹³⁴⁷ De Redactie Vakstudie Nieuws meent bijvoorbeeld uit het arrest HR 26 oktober 2007, V-N 2007/49.8 te kunnen afleiden dat een ‘revocable trust’ fiscaal transparant is.¹³⁴⁸

Vertaald naar het eerder aangehouden begrippenapparaat, wordt in dat geval de juridische intermediatie die uit de instelling van een revocable trust voortvloeit afwezig geacht.

Deze opvatting is ook terug te vinden bij Zwemmer:¹³⁴⁹

‘En ten aanzien van de revocable trust zou ik willen betogen dat deze een onderdeel van het vermogen van de insteller blijft uitmaken zolang de mogelijkheid tot herroeping bestaat.’

De hier beschreven visie vertoont sterke overeenkomsten met de jurisprudentie omtrent de ‘transparantie’ van stichtingen.¹³⁵⁰ In die arresten heeft de Hoge Raad het zogeheten

1343 In Section 676(a) wordt de term ‘owner’ gebruikt. Binnen de opbouw van het Anglo-Amerikaanse goederenrechtelijke stelsel kan ‘ownership’ echter niet zonder meer op één lijn worden gesteld met het eigendomsbegrip, zoals dit op het Europese continent wordt gehanteerd. Zie Zwolve 2000, blz. 100-106.

1344 Zie Subpart E, en in het bijzonder ten aanzien van de ‘power to revoke’, Section 676(a) IRC. Het Canadese belastingrecht kent een vergelijkbare regeling ten aanzien van herroepbare trusts (CND ITA Sec. 75, para. 2).

1345 Income Tax Regulations § 1.671-2(b) en (c).

1346 Zo kent de wetgeving van Nieuw-Zeeland geen ‘grantor trust rules’. Zie Danon 2004, blz. 91.

1347 Zie o.a. Van der Molen 1990, IJzerman 1997, blz. 569 en De Bruin 1997, blz. 14.

1348 De Redactie Vakstudie Nieuws merkt op: ‘Na kennisname van het huidige arrest menen wij dat de Hoge Raad een algemene rechtsregel heeft geformuleerd met in elk geval als uitzondering – als wij het goed zien – de revocable trust. Deze kan naar ons oordeel, totdat de Hoge Raad daar anders over oordeelt, als fiscaal transparant ten opzichte van de settlor worden geduid.’ Het is mij echter volstrekt onduidelijk waaruit deze ‘algemene rechtsregel’ kan worden gedistilleerd, aangezien het arrest in het geheel geen betrekking heeft op een ‘revocable trust’ en de Hoge Raad daarop ook niet ingaat.

1349 Zwemmer 2000a, blz. 658.

1350 Zie o.a. HR 22 juli 1981, BNB 1982/42, HR 30 oktober 1985, BNB 1986/16 en HR 8 januari 1986, BNB 1986/87.

‘beschikkingsmacht criterium’ geformuleerd. Enigszins gesimplificeerd kan op basis daarvan worden gesteld dat het vermogen en inkomen van een stichting aan een andere belastingplichtige – veelal de oprichter/bestuurder – kan worden toegerekend, indien deze daarover kan beschikken ‘als ware het zijn eigen vermogen’. De toerekening van het stichtingsvermogen aan een ander rechtssubject brengt mee dat de fiscaalrechtelijke zelfstandigheid van de stichtingsfiguur wordt weggedacht. Ook A-G Overgaauw gaat, overigens zonder nadere motivering, uit van deze gedachte in zijn conclusie bij BNB 2008/122.¹³⁵¹

‘Bij instellen tijdens leven kan er sprake zijn van een revocable of een irrevocable trust. Bij het instellen van een trust bij versterf is er vanzelfsprekend sprake van een irrevocable trust. Als een trust revocable is, kan de settlor in feite over het onder trust gebrachte vermogen beschikken alsof het zijn eigen vermogen is. In dat geval wordt de trust genegeerd en wordt het trustvermogen en de inkomsten daaruit bij hem in aanmerking genomen.’

Aan de hand van de beschikkingsmachtjurisprudentie, zoals die geldt ten aanzien van stichtingen,¹³⁵² is wel betoogd dat een revocable trust ‘fiscaal transparant’ zou kunnen zijn.¹³⁵³ De gelijkenissen tussen de Anglo-Amerikaanse trust en de stichting zouden analoge toepassing van deze rechtspraak rechtvaardigen.¹³⁵⁴ In dat geval dient het onder trustverband gestelde vermogen aan de settlor te worden toegerekend, indien deze daarover kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen.

8.4.3 Beoordeling van beide visies omtrent de invloed van de herroepelijkheid

Bij de beoordeling van de beide visies met betrekking tot de invloed van de herroepelijkheid heeft naar mijn mening als uitgangspunt te gelden dat het belastingrecht in beginsel aansluit bij de bestaande civielrechtelijke verhoudingen. Ook ten aanzien van de kwalificatie van rechtsfiguren wordt in beginsel de civielrechtelijke werkelijkheid gevolgd. A-G Van Soest merkt in zijn conclusie bij BNB 1978/15 op:

‘Ik meen dan ook, dat voor de belastingheffing bij die civielrechtelijke werkelijkheid moet worden aangesloten. Indien een van de belastingplichtige onderscheiden rechtssubject is tot stand gekomen en aan dat subject is daadwerkelijk vermogen overgedragen, dan vormt die rechtstoestand de grondslag van de belastingheffing, tenzij bijzondere of algemene bepalingen van het belastingrecht (zoals art. 31 AWR) anders voorschrijven dan wel dientengevolge doel en strekking van zulke bepalingen zouden worden gemist.’

Zoals opgemerkt, kan de herroepelijke doch niet herroepen trust voor wat betreft de ingetreden rechtsgevolgen civielrechtelijk op één lijn worden gesteld met de niet-herroepelijke trust. De revocable trust is volgens de regels van het Anglo-Amerikaanse privaatrecht ‘even geldig’ als de irrevocable trust. Het gaat naar mijn mening dan ook te ver om bij een herroepelijke trust de ontstane juridische intermediaat terzijde te stellen, vanwege de mogelijkheid dat in de toekomst wellicht een herroeping plaatsvindt. Als vertrekpunt heeft dan ook te gelden dat de intermediaat die voortvloeit uit een herroepelijke trustinstelling voor toepassing van het belastingrecht dient te worden gevolgd.

1351 Conclusie bij HR 26 oktober 2007, BNB 2008/122, onderdeel 4.7.2.

1352 In Hof Arnhem 14 mei 2008, NTFR 2008/1013, is het beschikkingsmacht criterium gehanteerd in een zaak ten aanzien van een informele vereniging. Ook ten aanzien van buitenlandse rechtsfiguren, zoals de Liechtensteinse Anstalt, is het beschikkingsmacht criterium wel aangelegd. Zie o.a. HR 9 december 2005, V-N 2006/12.6 en HR 8 juli 1998, V-N 1999/11.14.

1353 Zie o.a. De Vries 2001, Sonneveldt 2000a, blz. 56-57, Boer en Freudenthal 2003, en A-G Overgaauw in zijn conclusie bij HR 26 oktober 2007, BNB 2008/122. Overigens plaatst Leemreis in zijn bespreking van het Rapport Family Trust, grote vraagtekens bij het doortrekken van de beschikkingsmachtjurisprudentie naar revocable trusts.

1354 Zie voor de overeenkomsten tussen beide rechtsfiguren paragraaf 6.7.1 en de daar genoemde literatuur.

De bestaande civielrechtelijke werkelijkheid kan, zo volgt ook uit het vorenstaande citaat, in specifieke gevallen worden losgelaten op basis van een wettelijke bepaling, dan wel bij strijd met doel en strekking van de belastingwet. Geabstraheerd van art. 2.14a Wet IB 2001 gelden voor de fiscale kwalificatie van trusts geen afwijkende regels.¹³⁵⁵ Derhalve dient te worden beoordeeld of het aannemen van een juridische intermediatie bij een revocable trust leidt tot miskenning van doel en strekking van de belastingwet. In dat geval zou een reden bestaan om de bestaande intermediatie terzijde te stellen. Voorts kan miskenning van doel en strekking van de belastingwet leiden tot een afwijkende beoordeling van de civielrechtelijke werkelijkheid. Hierbij valt in eerste instantie te denken aan de toepassing van *fraus legis*. Het valt echter niet in te zien waarom de aanwezigheid van een power to revoke 'per definitie' tot *fraus legis* zou leiden. Ik laat de toepassing van *fraus legis* hier verder onbesproken.¹³⁵⁶

Beschikkingsmachtjurisprudentie

Op deze plaats wordt nader ingegaan op de jurisprudentie waarin het zogeheten 'beschikkingsmachtcriterium' is aangelegd. Het beschikkingsmachtcriterium wordt in de literatuur wel beschreven als middel om de civielrechtelijke werkelijkheid in overeenstemming te brengen met de normen van het belastingrecht.¹³⁵⁷ In zoverre kan deze rechtspraak worden gezien als een uitwerking van de gedachte dat de civielrechtelijke werkelijkheid in voorkomende gevallen dient te wijken voor doel en strekking van de belastingwet.¹³⁵⁸

Bij de beoordeling van deze jurisprudentie dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat deze rechtspraak niet meebrengt dat de stichting – als rechtsfiguur – volledig terzijde wordt gesteld. De 'transparantie' heeft een afwijkende toerekening ten aanzien van het aan de stichting toebehorende inkomen en vermogen tot gevolg, maar laat op zichzelf bezien de juridische intermediatie in stand. De 'transparantie' van een stichting komt in de ogen van de Commissie ter bestudering van de fiscale aspecten van stichtingen eigenlijk neer op het 'met voorbijgaan aan de juridische vormgeving inkomsten, winst en/of vermogen toerekenen aan een ander dan de entiteit zelf'.¹³⁵⁹ Ook op diverse andere plaatsen in de literatuur wordt het 'transparantieleerstuk' teruggebracht tot een 'toerekeningsvraagstuk'. Hiertegen bestaat op zichzelf geen bezwaar indien voor ogen wordt gehouden dat een afwijkende toerekening het bestaan van een zelfstandige entiteit onverlet laat en eigenlijk bevestigt (zie paragraaf 3.3.3).

Uit de beschikkingsmachtjurisprudentie blijkt dat een afwijkende toerekening van inkomen en vermogen aan de orde is, indien een ander subject kan 'beschikken over het in de stichting aanwezige vermogen als ware het eigen vermogen'.¹³⁶⁰ De herkomst van dit criterium is in de overwegingen van de Hoge Raad evenwel niet terug te vinden. Om deze reden heeft deze rechtspraak dan ook tot felle kritiek geleid. In het bijzonder is de juistheid van deze jurisprudentie door Van Dijk¹³⁶¹ en Van Houte¹³⁶² ter discussie gesteld. In

1355 Zie omtrent de verhouding met het APV-regime paragraaf 9.5. Overigens wordt binnen het APV-regime evenmin rekening gehouden met de eventuele herroepelijkheid van de trust.

1356 Zie uitgebreid Sonneveldt 1993, blz. 377-382 en Sonneveldt 2000a, blz. 129-144. Zie ook paragraaf 7.5.3.

1357 Zie o.a. Nillesen 1986 en Elbers 1997.

1358 Opvallend is dat in de sfeer van de vennootschapsbelasting eigenlijk geen aanleiding bestaat om de zelfstandigheid van een stichting te beperken; een achterliggende norm ontbreekt eenvoudigweg bij toerekening een bestuurder/lichaam. De fiscale transparantie van stichtingen komt dan ook in de vennootschapsbelastingssfeer nauwelijks aan de orde. Zie HR 9 maart 1988, BNB 1989/228 en HR 18 december 1991, BNB 1992/142.

1359 Rapport Stichtingen, blz. 93.

1360 Zie o.a. HR 22 juli 1981, BNB 1982/42, HR 30 oktober 1985, BNB 1986/16 en HR 8 januari 1986, BNB 1986/87 en HR 10 januari 1996, BNB 1996/94.

1361 Zie de annotaties van J.E.A.M. van Dijk bij BNB 1982/42 en BNB 1986/16.

1362 Van Houte 1989, Van Houte 1992 en Van Houte 2009, blz. 191-193.

de literatuur is met het aandragen van een aantal verklaringen getracht om in deze door de Hoge Raad gecreëerde lacune te voorzien. Zwemmer noemt als mogelijke verklaring de afwezigheid van belastingplicht van de (niet-nijvere) stichting.¹³⁶³ Brouwer schuift de eenvoudige wijze waarop met behulp van een stichting – en zonder het beschikkingsmachtcriterium – een belastingvoordeel zou kunnen worden behaald als rechtvaardiging naar voren.¹³⁶⁴ Ten slotte wijst Moltmaker als mogelijke oorzaak voor de afwijkende toerekening op het feit dat het stichtingsvermogen na inbreng uit het zicht van de fiscus zou geraken.¹³⁶⁵

Het ontbreken van (onbeperkte) belastingplicht voor stichtingen zou naar mijn mening geen verklaring mogen zijn voor het aanleggen van het beschikkingsmachtcriterium.¹³⁶⁶ Ik ben met Van Houte van mening dat het niet juist is om het afwijkende fiscale regime voor stichtingen, dat welbewust door de wetgever is gecreëerd, als een rechtvaardiging te zien voor het beschikkingsmachtcriterium.¹³⁶⁷ Ook het voorkomen van ‘eenvoudig misbruik’ is naar mijn mening geen sluitende rechtvaardiging voor het beschikkingsmachtcriterium. In de eerste plaats leidt het creëren van een stichting lang niet altijd tot een gunstiger fiscaal eindresultaat dan de situatie waarin ‘door de stichting heen wordt gekeken’.¹³⁶⁸ Fundamenteler is echter het argument dat het aanleggen van het beschikkingsmachtcriterium slechts aanvaardbaar is, indien dat zou gebeuren op basis van een wettelijke bepaling – *quod non* – dan wel binnen de voorwaarden van een bijzonder leerstuk, zoals schijnhandeling, fiscale herkwalificatie of *fraus legis*.¹³⁶⁹ De voorwaarden die in het kader van deze leerstukken worden gesteld, zijn immers principiële waarborgen ter voorkoming van de introductie van willekeurig criteria.

Evemin vormt het argument van Moltmaker, inhoudende dat het ingebrachte vermogen in een stichting buiten het zicht van de fiscus komt, een rechtvaardiging voor het beschikkingsmachtcriterium. Het is allereerst de vraag of eventuele uitvoeringstechnische problemen een dergelijke systeem-inbreuk zouden kunnen rechtvaardigen. Voorts valt niet in te zien waarom vermogen in een stichting of Anglo-Amerikaanse trust per definitie uit het zicht van de fiscus zou verdwijnen. Van Dijk wijst dit argument dan ook van de hand.

‘Als de stichting buiten het gezichtsveld van de fiscus ligt, is dat alleen maar zo, omdat de fiscus niet die kant opkijkt. Controle-technische overwegingen kunnen er mijns inziens niet toe leiden dat men zonder wettelijke bepaling aan iemand een vermogen toerekent dat aan hem niet toekomt.’

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de afwijkende toerekening – zo men wil: ‘fiscale transparantie’ – van vermogen en inkomen op basis van het beschikkingsmachtcriterium een uiterst ondoorzichtige materie is. In ieder geval ontbreekt een overtuigende rechtvaardiging voor de aangelegde maatstaf.¹³⁷⁰

1363 Zwemmer (FED).

1364 Brouwer 1987, blz. 1881.

1365 Zie de conclusie van A-G Moltmaker bij BNB 1986/16, punt 4.7.2.

1366 Zie ook Stevens 2003, blz. 267.

1367 Van Houte 1989.

1368 Zie de rekenvoorbeelden van Van Dijk in zijn annotaties onder BNB 1982/42 en BNB 1986/87.

1369 Zie ook Van Dijk onder BNB 1982/42.

1370 Het beschikkingsmachtcriterium heeft iets van een cirkelredenering die alleen kan worden doorbroken, indien de civielrechtelijke werkelijkheid terzijde wordt gesteld. Iets is eigen vermogen of iets is andermans vermogen. Het kunnen beschikken over het vermogen van een ander als ware het eigen vermogen betekent per definitie dat de civielrechtelijke werkelijkheid eerst wordt erkend en daarna wordt verlaten. Het eindresultaat kan dan ook niet eerder tot stand komen dan nadat de ander eerst is ‘erkend’, waarna de juridische intermediaat vervolgens wordt genegeerd.

De beschikkingsmacht ten aanzien van het vermogen alleen kan als zodanig niet meebrengen dat een bestaande juridische intermediatie wordt genegeerd. Toerekening van inkomen en vermogen kan niet plaatsvinden zonder dat sprake is van een 'daadwerkelijk beschikken' dat leidt tot het genieten van inkomen. Deze stelling is bevestigd in HR 10 januari 1996, BNB 1996/94, waarin ook een bestuurder en een stichting centraal stonden:

'De enkele omstandigheid dat over het vermogen van een lichaam als waarvan hier sprake is door iemand kan worden beschikt als ware het zijn eigen vermogen, heeft voor de toepassing van de fiscale wetgeving gevolgen voor de financiële transacties die gedurende die situatie tussen het lichaam en degene die de beschikkingsmacht heeft plaatsvinden, maar kan niet ertoe leiden dat het vermogen dat reeds voor het ontstaan van vorenbedoelde situatie in het lichaam aanwezig was vanaf het ontstaan van die situatie geacht moet worden door degene die de beschikkingsmacht heeft aan het lichaam te zijn onttrokken. Van een verrijking van E met het vermogen van belanghebbende (...) is dan ook geen sprake.'

De Hoge Raad oordeelt dat 'het kunnen beschikken over' *in abstracto* nog niet tot een toerekening van dat vermogen leidt, maar pas aan de orde komt indien daadwerkelijk financiële transacties plaatsvinden. Het kunnen beschikken over vermogen, maakt nog niet dat het vermogen is 'onttrokken' en mijns inziens evenmin dat het inkomen is genoten. Daarvoor is benodigd dat over het vermogen of inkomen is beschikt. Ik kan mij dan ook vinden in de meer algemene opmerking van Rijkels:¹³⁷¹

'Zeggenschap veronderstelt primair het kunnen uitoefenen van invloed. Nochtans dient m.i. voor de toepassing van het belastingrecht de feitelijke uitoefening van zeggenschap – hetzij door een handelen, hetzij door een nalaten – voorop te staan. De feitelijke uitoefening bepaalt nu eenmaal de economische werkelijkheid.'

Zou het anders zijn, dan leidt het beschikkingsmachtcriterium tot het aanleggen van een 'fiscaalrechtelijke bypass' waarmee op willekeurige wijze de civielrechtelijke werkelijkheid wordt omzeild. Ik ben dan ook van mening dat de herroepelijkheid voor de fiscale kwalificatie in theoretisch opzicht geen invloed heeft.

Indien wordt aangesloten bij de civielrechtelijke werkelijkheid, kan mijns inziens worden geconcludeerd dat de settlor die een 'power to revoke' heeft, beschikt over een op geld waardeerbaar (herroepings)recht. Binnen de systematiek van box 3 kan een power to revoke worden gezien als belastbare 'bezitting' ex art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001. Daarbij dient in het kader van de waardering nog wel te worden geanalyseerd onder welke voorwaarden dat recht kan worden uitgeoefend en aan wie – bij een eventuele herroeping – de trustgoederen toekomen.

Uiteraard laat dit alles onverlet dat de wetgever – gelijk in andere landen is gebeurd – bij een inpassing van de revocable trust kan kiezen voor een oplossingsrichting die is geënt op de benadering in visie II. In dat geval wordt de revocable trust gedurende het bestaan van het herroepingsrecht genegeerd en worden de vermogensbestanddelen toegerekend aan de settlor. Hiervoor is naar mijn mening echter wel een specifieke wettelijke bepaling nodig.

8.4.4 Conclusie

Na het uitoefenen van de 'power to revoke' wordt de juridische intermediatie die voortvloeit uit de trustinstelling beëindigd. Nadien is het niet langer zinvol om te spreken van

1371 Rijkels 1991, blz. 96.

fiscale (non-)transparantie, aangezien een tussenniveau op de lijn tussen het oorspronkelijke subject en oorspronkelijk object ontbreekt.

Indien de settlor de trustinstelling (nog) niet heeft herroepen, bestaan ten aanzien van de invloed van de 'power to revoke' op de juridische intermediatie twee concurrerende zienswijzen. Alhoewel de settlor een zekere beschikkingsmacht is blijven behouden ten aanzien van het onder trustverband gestelde vermogen, bestaat reeds van aanvang af een juridische intermediatie. Deze intermediatie dient naar mijn mening voor fiscale doeleinden ook als 'de civielrechtelijke werkelijkheid' te worden aanvaard en als zodanig te worden gekwalificeerd. Binnen deze benadering blijft de non-transparantie van een Anglo-Amerikaanse trust gehandhaafd en kan de 'power to revoke' als zelfstandig 'herroepingsrecht' worden beschouwd. Binnen de context van het bestaande wettelijke kader kunnen daaraan in box 3 fiscale gevolgen worden verbonden.

Ik acht het daarentegen niet uitgesloten dat bij de inpassing van een revocable trust – op basis van een expliciete wettelijke bepaling – de fiscale non-transparantie van een revocable trust terzijde wordt gesteld en de afgezonderde vermogensbestanddelen worden toegerekend aan de settlor.

8.5 CONCLUSIE TEN AANZIEN VAN DE FISCALE KWALIFICATIE

Op grond van het kwalificatiemodel kan worden vastgesteld dat discretionary en fixed trusts voor toepassing van het Nederlandse fiscale stelsel een entiteit vormen. De rechtspraak en literatuur bevestigen deze conclusie ten aanzien van de discretionary trust. Ook voor fixed trusts kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat een gerechtigdheid is ontstaan ten opzichte van 'de trust' als non-transparante entiteit. Het is overigens interessant om te constateren dat deze conclusie ook tijdens de parlementaire behandeling van het APV-regime wordt getrokken.¹³⁷²

'Entiteiten als stichtingen en trusts zijn dan niet transparant en hebben geheel in lijn met de hoofdregel, een eigen fiscale identiteit.'

Hieruit volgt dat Anglo-Amerikaanse trusts als toerekeningscentrum hebben te gelden ten aanzien van het vermogen en inkomen dat in de trust is afgezonderd. Het onder trustverband gestelde vermogen is 'neergeslagen' bij de trust en het inkomen komt ook op bij de trust. Het gebruik van de term 'onbelast zwevend vermogen' is – nog afgezien van de stigmatiserende connotatie – dan ook onjuist.

Als gevolg van de fiscale kwalificatie als zelfstandige entiteit dient te worden geconcludeerd dat het inkomen in eerste instantie op het niveau van de trust opkomt. Het inkomen wordt dan ook niet rechtstreeks genoten door de beneficiaries, maar komt hen toe langs de lijn van een eigen gerechtigdheid (recht *sui generis*). Als gevolg van de non-transparantie kan een verschil optreden in het tijdstip van genieten (timing) en de aard van de inkomst (conversie). Het uiteindelijke genietings tijdstip en de aard van de inkomst dienen te worden bepaald aan de hand van het recht *sui generis* van de beneficiary.

1372 Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 15.

9.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk staat de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel centraal. In het kader van de beantwoording van de tweede deelvraag wordt onderzocht welke knelpunten ontstaan bij een confrontatie van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen met de Anglo-Amerikaanse trust. Hierbij wordt het antwoord op de eerste deelvraag met betrekking tot de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust als uitgangspunt genomen. Uit het door mij ontwikkelde kwalificatiemodel voor de fiscale kwalificatie van (buitenlandse) rechtsfiguren volgt dat de Anglo-Amerikaanse trust als non-transparante entiteit wordt beschouwd. In het verlengde van het onderzoek naar de knelpunten wordt een voorstel tot inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust op basis van een entiteitsbenadering geformuleerd. Vervolgens wordt het op 1 januari 2010 in werking getreden APV-regime als oplossingsrichting voor de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust nader geanalyseerd en vergeleken met het inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering. Hierna licht ik de structuur van dit hoofdstuk nader toe.

In dit hoofdstuk wordt in de eerste plaats onderzocht welke knelpunten optreden indien het Nederlandse belastingrecht wordt geconfronteerd met de Anglo-Amerikaanse trust. Het gaat om knelpunten (i) ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandige entiteit, alsmede (ii) ten aanzien van de bij de trust betrokken personen. In dit kader wordt een knelpunt aanwezig geacht, indien:

- economisch dubbele belastingheffing of geen heffing optreedt;
- een toepasselijke wettekst ontbreekt, innerlijk tegenstrijdig of inconsistent is; of
- als gevolg van de kwalificatie van de trustverhouding een verschil in behandeling ontstaat ten opzichte van economisch vergelijkbare gevallen, meer in het bijzonder ten aanzien van de aard van de inkomst en het moment van genieten.

Het is niet mogelijk en evenmin de bedoeling om alle mogelijke knelpunten te signaleren die zich zouden kunnen voordoen in alle denkbare scenario's waarbij een Anglo-Amerikaanse trust aan de orde is. Bij het onderzoek naar knelpunten is dan ook gekozen voor aansluiting bij de meest kenmerkende fasen in de levenscyclus van een Anglo-Amerikaanse trust, namelijk: het instellen van een trust, het beheren van het trustvermogen en het doen van uitkeringen aan de beneficiaries. Voorts is uitgegaan van de veronderstelling dat uitsluitend 'beleggingen' – waaronder een aanmerkelijk belang – onder trustverband zijn gesteld. Ook is als aanname gehanteerd dat de settlor en beneficiaries natuurlijke personen zijn.

Uitgangspunt bij de knelpuntenanalyse is het fiscale stelsel, zoals dat gold vóór invoering van het APV-regime. Het APV-regime is immers te beschouwen als een 'incidentele correctie' op het fiscale stelsel. Het wegdenken van het APV-regime heeft tot gevolg dat het fiscale stelsel wordt teruggebracht in de 'laboratoriumtoestand' van vóór 1 januari 2010. Hierna worden de knelpunten die kunnen worden onderkend ten aanzien van de belas-

tingplicht van de trust (paragraaf 9.2) en de bij de trustverhouding betrokken personen (paragraaf 9.3) afzonderlijk behandeld.

In de tweede plaats wordt in dit hoofdstuk een voorstel ontwikkeld om tot een evenwichtige inpassing te komen van de Anglo-Amerikaanse trust binnen het Nederlandse fiscale stelsel. Het voorstel om de gesignaleerde knelpunten weg te nemen, wordt gebaseerd op een entiteitsbenadering (paragraaf 9.4). Daarna besteed ik aandacht aan het APV-regime. Het APV-regime is door de wetgever gepresenteerd als oplossingsrichting voor de knelpunten met betrekking tot Anglo-Amerikaanse trusts. Opvallend is dat die oplossingsrichting niet is gebaseerd op een toerekening aan de trust als zelfstandige entiteit. Het APV-regime gaat daarentegen uit van een toerekening aan de 'inbrenger' en diens 'erfgenen' (paragraaf 9.5). In paragraaf 9.6 worden beide oplossingsrichtingen beoordeeld aan de hand van het toetsingskader dat is beschreven in paragraaf 1.3.

Afgesloten wordt met een conclusie en enkele aanbevelingen (paragraaf 9.7).

9.2 KNELPUNTEN TEN AANZIEN VAN DE TRUST ALS ZELFSTANDIGE ENTITEIT

Bij het beoordelen van de mogelijke knelpunten ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandige entiteit wordt ingegaan op de subjectieve belastingplicht van Anglo-Amerikaanse trusts. Het gaat om knelpunten die zich – hoofdzakelijk¹³⁷³ – voordoen in de tweede fase van de levenscyclus van een Anglo-Amerikaanse trust. Bij de vraag naar de subjectieve belastingplicht dient onderscheid te worden gemaakt naar de binnenlandse en buitenlandse belastingplicht van Anglo-Amerikaanse trusts. Hierbij speelt de plaats van feitelijke leiding een belangrijke rol. Alvorens de binnenlandse en buitenlandse belastingplicht nader te analyseren, wordt eerst ingegaan op de vraag naar de plaats van feitelijke leiding ten aanzien van trusts.

9.2.1 Plaats van feitelijke leiding

Voor toepassing van de AWR wordt een doelvermogen als 'lichaam' beschouwd op grond van art. 2, lid 1, onderdeel b, AWR. Waar een lichaam is gevestigd wordt 'naar de omstandigheden beoordeeld'.¹³⁷⁴ Hierbij geldt volgens de rechtspraak in zijn algemeenheid:¹³⁷⁵

'dat de werkelijke leiding van het lichaam berust bij zijn bestuur, en dat de vestigingsplaats overeenkomt met de plaats waar dit bestuur zijn leidinggevende taak uitoefent. Wanneer echter aannemelijk is dat de werkelijke leiding van het lichaam door een ander wordt uitgeoefend dan dat bestuur, kan er aanleiding zijn als vestigingsplaats van het lichaam aan te merken de plaats van waaruit die ander de leiding uitoefent.'

Het bestuur van 'de trust' wordt gevormd door de trustee(s), zodat de plaats van feitelijke leiding daar is gelegen waar de trustee(s) hun leidinggevende taak uitoefenen.¹³⁷⁶ Doorgaans is dit de plaats waar (de meerderheid van) de trustee(s) woonachtig of gevestigd is. Hierbij kunnen in theorie uiteraard complexe situaties ontstaan, indien (een meerderheid van) de trustees niet in dezelfde Staat gevestigd zijn. Ook kunnen de trustees onderling verschillende bevoegdheden en verplichtingen hebben, waardoor de vraag naar de plaats

1373 Uiteraard dient bij eventuele belastingplicht van de Anglo-Amerikaanse trust ten behoeve van de totaalwinstbepaling ook aandacht te worden besteed aan de openings- en eindwaardering. Deze kwesties hebben betrekking op de eerste en laatste fase in de levenscyclus van een trust.

1374 Beoordeeld op basis van art. 4, lid 1, AWR. Zie in het kader van de bepaling van de woonplaats van de trustee onder het OESO-Modelverdrag, Avery Jones 1989, blz. 41-60.

1375 HR 23 september 1992, BNB 1993/193.

1376 Zie o.a. Nobel 1993, blz. 40-41 en Sonneveldt 2000a, blz. 68-69. De laatste spreekt van 'centre of effective management'.

van werkelijke leiding wordt bemoeilijkt. Ondanks de vele complexe gevallen die kunnen opkomen, is in vergelijking met de – zeer feitelijke – beoordeling bij andere rechtsvormen naar mijn mening geen sprake van een knelpunt.

Overigens zijn nog wel uitzonderingen denkbaar op het uitgangspunt dat de feitelijke leiding bij de trustee(s) berust. Bijvoorbeeld ingeval een 'power to revoke' is voorbehouden of een 'protector' is benoemd, kan worden beargumenteerd dat de feitelijke leiding bij een ander dan de trustee(s) ligt.¹³⁷⁷ Ook in dergelijke gevallen dient te worden bepaald bij wie uiteindelijk de feitelijke leiding ligt. Veel zal afhangen van de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Overigens zijn 'vestigingsplaatsficties' in 'trustlanden' niet ongebruikelijk om in dergelijke gevallen knopen door te hakken.¹³⁷⁸ Ook in civil law landen wordt overigens gebruik gemaakt van vestigingsplaatsficties, die bijvoorbeeld aansluiten bij de woonplaats van de settlor (al dan niet ten tijde van de trustcreatie), de woonplaats van de beneficiaries en/of de plaats waar het trustvermogen is gelegen.¹³⁷⁹ De doelstelling van dergelijke ficties is niet uitsluitend gelegen in het doorhakken van knopen, maar – door het creëren van binnenlandse belastingplicht – mede in het voorkomen van misbruik.

9.2.2 Binnenlandse belastingplicht van de Anglo-Amerikaanse trust

Ingeval de feitelijke leiding van een Anglo-Amerikaanse trust in Nederland is gelegen, omdat deze berust bij een in Nederland woonachtige (rechts)persoon, doet zich het knelpunt voor dat rubricering onder één van de in art. 2 Wet Vpb 1969, genoemde lichamen op het eerste gezicht niet mogelijk lijkt. In ieder geval kan worden geconstateerd dat de categorie 'doelvermogens' als sluitpost niet voorkomt op de lijst van binnenlandse belastingplichtigen in art. 2 Wet Vpb 1969. Het is aannemelijk om te veronderstellen dat hier sprake is van een omissie van de wetgever.¹³⁸⁰

In dit kader dient de vraag te worden gesteld welk gevolg het ontbreken van de categorie doelvermogens heeft in art. 2 Wet Vpb 1969. In beginsel kan worden geconcludeerd dat als gevolg van deze omissie geen binnenlandse belastingplicht mogelijk is voor Anglo-Amerikaanse trusts. De feitelijk vanuit Nederland geleide trust bevindt zich dan ook in een heffingsvacuüm. Het wekt dan ook geen verbazing dat de fiscus – zo kan uit de rechtspraak worden afgeleid – zich in een procedure niet op het standpunt stelt dat de litigieuze trust in Nederland is gevestigd. Zelfs in die gevallen waarin aan een in Nederland woonachtige settlor, protector of beneficiary een vergaande beschikkingsmacht werd toegedicht, is daaraan door de fiscus in procedures niet de gevolgtrekking verbonden dat de plaats van feitelijke leiding in Nederland zou zijn gelegen. Daarentegen kan evenmin uit de rechtspraak worden herleid dat belastingplichtigen deze fiscale oase hebben opgezocht.¹³⁸¹ Alhoewel deze situatie belastingplichtigen mogelijk aantrekkelijk voorkomt, vereist het wel enige moed; men waagt zich immers – om met Nobel te spreken – 'in het hol van de leeuw'.¹³⁸²

Voorts is het de vraag of zich een andere categorie belastingplichtigen aandient, waar de Anglo-Amerikaanse trust onder kan worden geschaard. Als mogelijke categorie kunnen – in volgorde van behandeling – de navolgende belastingplichtigen worden genoemd:

- andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;

1377 Zie ook Lupoi 2000, blz. 261.

1378 Bijvoorbeeld in de Verenigde Staten en Canada. Zie Danon 2004, blz. 76-77 en blz. 84-89.

1379 De per 1 januari 2007 in Italië ingevoerde trustbepalingen vormen een goed voorbeeld hiervan. Zie Chiesa 2007, blz. 304-305.

1380 Zie Verburg 2000, blz. 37, Snel 2007 en Van Soest 2007, blz. 493.

1381 Overigens is in de literatuur wel opgemerkt dat het opzoeken van dit heffingsvacuüm met *fraus legis* zou kunnen worden bestreden. Zie Rapport Family Trust, blz. 116.

1382 Nobel 1991, blz. 40.

- open fondsen voor gemene rekening; en
- verenigingen en stichtingen alsmede andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen, indien en voor zover zij een onderneming drijven.

Andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal

Ten aanzien van de categorie ‘andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal’ heeft de wetgever blijkens de parlementaire behandeling het oog gehad op (buitenlandse) rechtsvormen die in functioneel opzicht vergelijkbaar zijn met naamloze vennootschappen en open commanditaire vennootschappen. Hierbij merkt de wetgever op dat de wet op het punt van de subjectieve belastingplicht noodzakelijkerwijs enige flexibiliteit dient te bevatten.¹³⁸³

‘Wil geen lek ontstaan, dan zal de belastingwet een zelfde lenigheid moeten bezitten, zodat haar werking zich ook uitstrekt tot associaties welke niet precies in rechtsvorm doch wel in economische functie overeenstemmen met die vennootschappen met het oog waarop de belasting in het bijzonder in het leven is geroepen.’

Enerzijds kan ten aanzien van de rubriek ‘andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal’ worden gezegd dat aan deze rubriek naar de bedoeling een ruime strekking toekomt. Hierdoor zou bijvoorbeeld het begrip ‘vennootschap’¹³⁸⁴ in minder strikte, civielrechtelijke zin kunnen worden opgevat om zodoende tot een ruime werkingssfeer van deze categorie te komen. Op die wijze kan mogelijk de trust, die niet voldoet aan de civielrechtelijke karakteristieken van een ‘vennootschap’, toch onder deze categorie worden gebracht.¹³⁸⁵

Anderzijds kan worden volgehouden dat met deze bepaling is beoogd om ten aanzien van verscheidene ‘vennootschappen’ tot een gelijke behandeling te komen. Het begrip vennootschap dient in die benadering in de letterlijke betekenis te worden opgevat, waar het de grondstructuur van de rechtsvorm betreft. Voorts dient het kapitaal van deze vennootschap ‘in aandelen’ te zijn verdeeld. Gezien de parlementaire toelichting sluit deze benadering naar mijn mening het beste aan bij de bedoelingen van de wetgever. In het geval van een Anglo-Amerikaanse trust wordt echter niet voldaan aan beide kenmerken. De grondstructuur van de trust wijkt namelijk sterk af van die van een ‘vennootschap’ en alhoewel de beneficiaries rechten *sui generis* kunnen hebben ten aanzien van de trustverhouding, is het nog maar de vraag in hoeverre deze als ‘aandeel’ kunnen worden aangemerkt.

Zoals uitgebreid toegelicht in paragraaf 4.5.4.1, is de essentie van ‘een aandeel’ gelegen in de mogelijkheid van vrije toe- en uittreding ten aanzien van de deelname in het vermogen van de rechtsvorm. Het gaat hierbij om een ‘aandeel in’ het vermogen van de entiteit en niet ‘een recht ten aanzien van’ de entiteit. De rechten van de beneficiaries voldoen niet aan het karakter van een aandeel. Het betreft gekwalificeerde rechten ten aanzien van het onder trustverband gestelde vermogen en niet een (evenredig) aandeel in het ‘trustvermogen’. Een uitzondering wordt gevormd in die gevallen waarin beleggingen in een trust zijn vormgegeven naar het voorbeeld van een aandelenvennootschap. Bijvoorbeeld bij een Unit Investment Trust, zou deze categorie aan de orde kunnen komen. Aangezien art. 2, lid 1, onderdeel f, Wet Vpb 1969 voor die gevallen een *lex specialis* is ten opzichte van art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb 1969, kan bij dergelijke rechtsvormen niet worden teruggevallen op ‘de andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal’ als *lex generalis*.¹³⁸⁶ Het komt mij dan ook voor dat de categorie ‘vennootschappen met een in aande-

1383 *Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, blz. 6 lk.*

1384 Boer en De Vries 2005.

1385 Zie bijvoorbeeld Vakstudie Vennootschapsbelasting art. 2, aant. 6.1: ‘Een vennootschap is aanwezig indien twee of meer personen iets in gemeenschap brengen met het doel het daaruit ontstane voordeel te delen.’

1386 Verburg 2000, blz. 101-102.

len verdeeld kapitaal' ex art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb 1969 derhalve niet van toepassing is op Anglo-Amerikaanse trusts.

Open fonds voor gemene rekening

In de tweede plaats kan worden verdedigd dat voor de binnenlandse belastingplicht van trusts kan worden uitgeweken naar de categorie 'open fondsen voor gemene rekening' ex art. 2, lid 1, onderdeel f, Wet Vpb 1969.¹³⁸⁷ Niettegenstaande de parlementaire behandeling ten aanzien van het fonds voor gemene rekening acht ik dat onaannemelijk. Aldaar is opgemerkt:¹³⁸⁸

'In de begripsomschrijving is het woord 'fondsen' en niet 'doelvermogens' gebruikt. Hoewel het begrip fonds – een afgescheiden vermogen zonder rechtspersoonlijkheid – een species is van het genus doelvermogen geven de ondergetekenden er de voorkeur aan te spreken van fonds. In de eerste plaats sluit dit woord aan bij het spraakgebruik, terwijl in de tweede plaats het begrip doelvermogen niet vast omlind is.'

In de literatuur is de juistheid van deze passage – naar mijn mening terecht – betwist.¹³⁸⁹ Ook het arrest HR 27 september 1989, BNB 1990/5, waarin een entiteit met een in aandelen verdeeld kapitaal voor de kapitaalsbelasting als 'doelvermogen' werd aangemerkt, gaat naar mijn mening uit van een onjuiste rechtsopvatting. Het doelvermogen kent immers, anders dan het fonds voor gemene rekening, geen bewijzen van deelgerechtigdheid en laat zich om die reden beter vergelijken met rechtsvormen van het 'stichtingstype' en niet van 'het corporatieve type'.¹³⁹⁰ Het fonds voor gemene rekening is dan ook – anders dan de wetgever opmerkt – geen species van het genus doelvermogen. Bij een doelvermogen ontbreken juist de bewijzen van deelgerechtigdheid die kenmerkend zijn voor het fonds voor gemene rekening. Doelvermogens en fondsen voor gemene rekening dienen dan ook als losstaande categorieën te worden gezien.

Hoogstens kan ten aanzien van specifieke trustvarianten, waarbij collectieve beleggingen door de trustee worden georganiseerd ten behoeve van de beneficiaries/unit holders, zoals bij Unit Investment Trusts en REIT's, worden volgehouden dat de rechtsvorm voldoet aan de kenmerken van een fonds voor gemene rekening.¹³⁹¹ Voor het overige is de categorie 'fondsen voor gemene rekening' eigenlijk niet toepasbaar ten aanzien van trusts. Bij discretionary trusts ontbreken gerechtigdheden en ten aanzien van fixed trusts kan mijns inziens niet worden gesproken van verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid.¹³⁹²

Andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen

Ten slotte kan de categorie 'andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen' ex art. 2, lid 1, onderdeel e, Wet Vpb 1969 worden genoemd.¹³⁹³ Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat met deze omschrijving:¹³⁹⁴

1387 Zie Rapport Stichtingen, blz. 76 en Hoogendoorn in zijn annotatie onder BNB 1996/306.

1388 Kamerstukken II 1967/68, 6000, nr. 17, blz. 8, rk.

1389 Zie o.a. Verburg 2000, blz. 101 en Van Soest 2007, blz. 490-491. Anders De Jong 2001, blz. 151-154.

1390 Van Soest 2007, blz. 491.

1391 Langereis 1996, acht ten aanzien van de Australisch Regular Unit Trust en Corporate Unit Trust de vergelijking met een commanditaire vennootschap, respectievelijk open commanditaire vennootschap het meest toepasselijk.

1392 Overigens is de term 'bewijs van deelgerechtigdheid' evenals het begrip 'aandeel' nauwelijks tot ontwikkeling gekomen. Wel wordt het bewijs van deelgerechtigdheid voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling gelijkgesteld met een aandeel (art. 4.5 Wet IB 2001). Alhoewel voor de vermogensrendementsheffing een dergelijke gelijkstelling ontbreekt, ben ik van mening dat ook voor toepassing van box 3 een bewijs van deelgerechtigdheid als aandeel wordt gezien.

1393 Boer en De Vries 2005.

1394 Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, blz. 8, lk.

'buiten de stichtingen en verenigingen, niet bepaalde privaatrechtelijke rechtspersonen in het bijzonder in het oog zijn gevat. De ruime omschrijving is ingegeven door de wenselijkheid om alle door lichamen gedreven ondernemingen in de belasting te betrekken, ongeacht in welke rechtsvorm dat lichaam is gehuld. Dit is een eis van fiscale neutraliteit en dient mede om ontgaanspogingen te verijdelen. Om deze redenen achten de ondergetekenden het noodzakelijk een sluitpost op te nemen.'

Ondanks de functionele overeenkomsten met rechtspersonen,¹³⁹⁵ is 'de trust' geen rechtspersoon. Een uitzondering zou mogelijk kunnen gelden voor de 'business trust'¹³⁹⁶ waarvan in de literatuur wel is opgemerkt dat deze in het buitenland als rechtspersoon wordt erkend.¹³⁹⁷ Deze bijzondere trustvariant daargelaten, zou de Anglo-Amerikaanse trust uitsluitend bij een zeer extensieve interpretatie onder het begrip rechtspersoon kunnen worden geschaard.¹³⁹⁸ Een dergelijke extensieve interpretatie acht ik niet aannemelijk. Voor toepassing van de SW 1956 heeft de Hoge Raad de irrevocable discretionary trust als doelvermogen aangemerkt, onder verwijzing naar het bestaan van dit begrip 'in het Nederlandse fiscale recht'. Juist in de Wet Vpb 1969 komt het begrip doelvermogen – in tegenstelling tot de SW 1956 – expliciet terug, zodat een duiding als 'rechtspersoon' niet voor de hand ligt. Overigens geldt blijkens het citaat, in navolging van de wettekst, dat uitsluitend sprake is van belastingplicht van een 'rechtspersoon', indien en voor zover deze een onderneming drijft. Hiervan is bij family trusts geen sprake, zodat ook op deze grond binnenlandse belastingplicht dient te worden afgewezen. Uit het voorgaande kan dan ook worden afgeleid dat ten aanzien van de binnenlandse belastingplicht van doelvermogens een knelpunt bestaat.

9.2.3 Buitenlandse belastingplicht van de Anglo-Amerikaanse trust

Ten aanzien van een Anglo-Amerikaanse trust bestaat in Nederland geen onbeperkt heffingsrecht indien de feitelijke leiding van 'de trust' niet in Nederland is gelegen. Hierin verschilt de trust niet van andere zelfstandige rechtsvormen. In deze gevallen is het ontbreken van belastingplicht gelegen in de beginselen die bij de afbakening van fiscale jurisdicties worden gehanteerd. Van een knelpunt is dan ook geen sprake indien het ontbreken van belastingplicht het gevolg is van een feitelijke vestigingsplaats buiten Nederland. In dat geval is uitsluitend (buitenlandse) belastingplicht mogelijk indien Nederlands inkomen wordt genoten.

Uitzonderingen daargelaten, bevindt de feitelijke leiding ten aanzien van een Anglo-Amerikaanse trust zich niet in Nederland. Derhalve ontstaat uitsluitend een Nederlands heffingsrecht ten aanzien van de trust, indien 'het trustvermogen' (mede) Nederlandse situasgoederen omvat. Daarbij valt te denken aan in Nederland gelegen onroerende zaken of winstrechten ten aanzien van een in Nederland gedreven onderneming. Voorts kan belastingplicht ontstaan ten aanzien van een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap. In deze gevallen kan buitenlandse belastingplicht van de trust worden aangenomen op grond van art. 3, onderdeel c jo. art. 17 Wet Vpb 1969, indien het 'doelvermogen' Nederlands inkomen geniet.

1395 Verhagen 1996, blz. 101, beschrijft de trust in het kader van het HTV als 'quasi-rechtspersoon', waarvan de trustee als bestuurder te beschouwen is en de beneficiaries als aandeelhouders. Van Mens heeft in het Rapport Stichtingen, blz. 75, verdedigd dat aan trusts voor fiscale doeleinden op basis van een doel-en-strekking redenering rechtspersoonlijkheid kan worden toegekend. Ten slotte trekt Aersten 2004, blz. 78, uit de arresten van november 1998 de conclusie dat het trustvermogen voor de SW 1956 'min of meer met een rechtspersoon gelijkgesteld' wordt.

1396 Zie paragraaf 6.6.2.

1397 Zie Magnin 1996, blz. 455-456, daarin gevolgd door Sonneveldt 2000a, blz. 68.

1398 Op conceptueel niveau kan deze gelijkstelling – ook in civielrechtelijke zin – ten aanzien van de charitable trust wel worden verdedigd. Zie Zwolve 2000, blz. 303-304.

Doelvermogen

Het begrip 'doelvermogen' is voor het eerst als lichaam in de vennootschapsbelasting opgenomen in de Wet Vpb 1969. Voordien werd in het Besluit Vpb 1942 gesproken van 'fondsen'.¹³⁹⁹ Het begrip 'doelvermogen' is uitgebreid geanalyseerd door Mok.¹⁴⁰⁰ Hij beschrijft de herkomst van het begrip 'doelvermogen' vanuit art. 15 Wet op de economische delicten (WED) inzake de strafbaarstelling van rechtspersonen etc. Het begrip 'doelvermogen' komt niet voor in het privaatrecht, maar is wel op enkele plaatsen in de fiscale wetgeving te vinden.¹⁴⁰¹ Ook al is de precieze reikwijdte van het begrip 'doelvermogen' onduidelijk, het lijkt geen twijfel dat de Anglo-Amerikaanse trustfiguur onder dit restbegrip kan worden geschaard. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Vpb 1969 worden weliswaar geen voorbeelden van 'doelvermogens' genoemd, maar uit de algemene omschrijving kan worden afgeleid dat de trustfiguur deel uitmaakt van deze sluitpost.¹⁴⁰² Ook in de literatuur wordt de trust als doelvermogen in de zin van art. 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969 beschouwd.¹⁴⁰³ De restcategorie 'doelvermogens' is dan ook zonder meer toepasbaar ten aanzien van Anglo-Amerikaanse trusts.

Het belastbare object bij buitenlandse doelvermogens

Op het punt van de buitenlandse belastingplicht ontstaat ten aanzien van het subject van heffing dan ook geen knelpunt. Uitsluitend met betrekking tot het aan de Anglo-Amerikaanse trust toerekenbare object van heffing bestaat mogelijk een verschil met in Nederland gevestigde, vergelijkbare rechtsvormen.¹⁴⁰⁴ In het Besluit van 5 januari 2006, nr. IFZ2005/784M, BNB 2006/141, met betrekking tot de buitenlandse belastingplicht van niet-ondernemende stichtingen en verenigingen is geregeld dat een niet in Nederland gevestigde stichting of vereniging niet buitenlands belastingplichtig is, indien en voor zover deze geen onderneming drijft. Hiermee is bedoeld gelijkheid te creëren ten aanzien van het object van heffing in vergelijking met in Nederland gevestigde stichtingen en verenigingen.

Het is evenwel de vraag of deze regeling ook geldt ten aanzien van Anglo-Amerikaanse trusts. De goedkeuring geldt namelijk 'slechts indien de rechtsvorm van de buitenlandse entiteit daadwerkelijk overeenkomt met die van een Nederlandse vereniging, stichting of kerkgenootschap'.¹⁴⁰⁵ Achterliggende gedachte is ongetwijfeld dat uitsluitend voor die rechtsvormen in binnenlandse situaties de beperkte belastingplicht van art. 2, lid 1, onderdeel e, Wet Vpb 1969, geldt. Gezien de functionele overeenkomsten met de Nederlandse stichting lijkt een beroep op gelijke behandeling – en dus toepassing van de goedkeuring – niet uitgesloten.¹⁴⁰⁶ Indien de Anglo-Amerikaanse trust daarentegen op zijn specifieke civielrechtelijke merites wordt beoordeeld, zijn voldoende

1399 Reuvers 1954, suppl. 427/14-15, acht – overigens niet met zoveel woorden – alleen de discretionary trust een 'fonds'.

1400 Mok 1994, blz. 157-175.

1401 Naast het genoemde art. 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969 kan worden gewezen op art. 2, lid 1, aanhef, onderdeel b, AWR en art. 4, lid 10, BRV. In het verleden kwam deze term ook in de Wet IB 1964 (art. 29a, lid 2 en 11, Wet IB 1964) en de kapitaalsbelasting (art. 32 BRV).

1402 In *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, blz. 17 rk is het begrip doelvermogen als volgt toegelicht: 'een tot een bepaald doel afgezonderd vermogen, dat niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een (rechts)persoon en wordt behandeld als een zelfstandige fiscale entiteit.'

1403 Zie o.a. Boer en De Vries 2005, Mok 1994, Van Soest 2007, blz. 493.

1404 Zie in dit verband ook het verzoek van de Europese Commissie van 30 september 2010, IP/10/1252, om deze regeling ten aanzien van stichtingen aan te passen.

1405 Besluit van 5 januari 2006, nr. IFZ2005/784M, BNB 2006/141. Bij onduidelijkheid dient de inspecteur contact op te nemen met de kennisgroep belastingplicht en kwalificatie rechtsvormen. Opvallend is dat niet wordt vermeld aan welke karakteristieken een buitenlandse rechtsvorm wordt getoetst. Evenmin is duidelijk welke kenmerken een kerkgenootschap heeft.

1406 Zie paragraaf 6.7.1.

verschillen te noemen om een afwijzing van een beroep op de goedkeuring te rechtvaardigen.¹⁴⁰⁷

Beperkte of onbeperkte belastingplicht?

In aanvulling op het voorgaande kan nog de vraag worden gesteld of een doelvermogen – indien dat tot de binnenlands belastingplichtige entiteiten zou behoren – beperkt of onbeperkt belastingplichtig zou zijn. Uitsluitend in het geval van veronderstelde beperkte belastingplicht van doelvermogens lijkt een beroep op de goedkeuring uit het besluit door buitenlandse doelvermogens aan de orde. Hier doet zich het probleem voor van de verschillende objecten bij verschillende subjecten.¹⁴⁰⁸ Anders dan voor de in art. 2, lid 1, onderdeel a tot en met d, Wet Vpb 1969 genoemde lichamen geldt voor stichtingen en verenigingen de fictie van art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969, niet. Het antwoord op de vraag naar de omvang van de eventuele belastingplicht van een binnenlands doelvermogen is echter niet eenvoudig te geven. Dient hierbij de nadruk te worden gelegd op het ontbreken van het oogmerk om een onderneming te drijven, zodat de vergelijking met beperkt belastingplichtigen op de voorgrond staat? Of dient bijvoorbeeld de parallel te worden getrokken met het open fonds voor gemene rekening? Bezien vanuit de primaire rechtsgrond van de vennootschapsbelasting, de 'steunfunctie' ten aanzien van ondernemingswinsten, kan worden verdedigd dat de goedkeuring uit het besluit ook ten aanzien van in het buitenland gevestigde doelvermogens naar analogie dient te worden toegepast.¹⁴⁰⁹

Ongelijkheid binnenlandse en buitenlandse belastingplicht doelvermogens

Ten slotte kan ten aanzien van de buitenlandse belastingplicht van doelvermogens worden gewezen op het ontbreken van een equivalent van art. 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969 in het kader van de binnenlandse belastingplicht van dergelijke rechtsvormen. Hierdoor is het dus mogelijk dat ten aanzien van dezelfde rechtsvorm – in casu de Anglo-Amerikaanse trust – uitsluitend belastingplicht ontstaat, indien de vestigingsplaats daarvan buiten Nederland is gelegen. Het gemaakte onderscheid is naar mijn mening evident in strijd met het Europese recht, in het bijzonder het recht van vrije vestiging,¹⁴¹⁰ en mogelijk eveneens in strijd met non-discriminatiebepalingen in de verdragen. Aangezien een rechtvaardiging ontbreekt om een dergelijke vangnetbepaling uitsluitend ten aanzien van buitenlands belastingplichtigen in de wet op te nemen – en vergelijkbare binnenlandse gevallen ongeregeld worden gelaten – is sprake van strijdigheid met het Europese recht. Het komt mij dan ook voor dat de heffingsbasis van art. 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969, indien het doelvermogen is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie, geen stand houdt. Ook hier is sprake van een knelpunt.

9.3 KNELPUNTEN TEN AANZIEN VAN DE BIJ DE TRUST BETROKKEN PERSONEN

In deze paragraaf worden de knelpunten ten aanzien van de bij de trust betrokken personen onderzocht, waarbij wordt geabstraheerd van het APV-regime. Hierbij wordt uitgegaan van de veronderstelling dat alle bij de trust betrokken personen – behoudens de trustee – natuurlijke personen zijn. Achtereenvolgens komen de settlor (paragraaf 9.3.1), de trustee(s)/protector (paragraaf 9.3.2) en de beneficiaries aan de orde (paragraaf 9.3.3). Bij

1407 Overigens is de 'charitable trust' in juridische zin (nog) het meest vergelijkbaar met de Nederlandse stichting. Deze rechtsvorm valt buiten de categorie private express trusts en blijft hier onbesproken.

1408 Zie onderdeel 2.8.

1409 Auerbach 2009a, lijkt eveneens deze conclusie te trekken.

1410 Boer en De Vries 2005, onderdeel 5. Zie ook Feteris 1986. Feteris acht de verschillende behandeling van in en buiten Nederland gevestigde doelvermogens mogelijk strijdig met het Europese recht. Hij merkt daarbij wel op dat 'doelvermogens' geen 'vennootschap' zijn in de zin van (thans) art. 54 WvEU en dus mogelijk geen beroep kunnen doen op het recht van vrije vestiging. Feteris staat op dit punt wel een extensieve interpretatie voor.

het onderzoek naar knelpunten ten aanzien van de beneficiaries wordt onderscheid gemaakt tussen de aanwezigheid van rechten *sui generis* (fixed trusts), dan wel het ontbreken daarvan (discretionary trusts). Ten aanzien van iedere actor wordt zo veel mogelijk aangesloten bij de volgorde van de kenmerkende fasen in de levenscyclus van een trust.

9.3.1 De rechtspositie van de settlor

Eerste fase in de levenscyclus van een trust

Ter gelegenheid van het onder trustverband stellen van vermogensbestanddelen – de eerste fase in de levenscyclus van een trust – is bij de settlor sprake van een overdracht aan de ‘trust’. Uiteraard is een dergelijke intrustgeving in het geval van een irrevocable discretionary trust voor de schenkbelasting, geabstraheerd van het per 1 januari 2010 ingevoerde APV-regime in de SW 1956,¹⁴¹¹ een belaste verkrijging door het doelvermogen tegen het zogeheten ‘derdentarief’ (thans: tariefgroep II). Alhoewel voor andere trustvarianten geen rechtspraak is gewezen ten aanzien van de schenkbelasting, past het binnen de door mij vastgestelde kwalificatie van de overige trustvormen dat ook in die gevallen een verkrijging door het doelvermogen tegen ‘het derdentarief’ wordt geconstateerd.¹⁴¹² Hierbij dienen de door de beneficiaries verkregen gerechtigdheden – de fixed interests – als last in mindering te worden gebracht op de verkrijging door ‘de trust’. Behoudens de aanwezigheid van discretionaire elementen is de verkrijging door de fixed trust met inachtneming van de (non)reversionary interests in beginsel nihil.¹⁴¹³ Uiteindelijk wordt hetzelfde eindresultaat bereikt als in de door Sonneveldt beschreven oplossingsrichting.¹⁴¹⁴

In de Wet IB 2001 wordt aan de overdracht van vermogensbestanddelen slechts gevolg verbonden, indien de sfeer waartoe deze vermogensbestanddelen bij de settlor behoren daartoe aanleiding geeft. Hierbij valt te denken aan vermogensbestanddelen die tot de winst- of resultaatssfeer van box 1 behoren, dan wel de aanmerkelijkbelangregeling van box 2. Indien vermogensbestanddelen afkomstig zijn uit de winst- of resultaatssfeer, ontstaat een verplichte afrekening als gevolg van het onder trustverband brengen van het vermogensbestanddeel (enigszins geparafraseerd: de overdracht aan de trust). Aangezien de vermogensbestanddelen voortaan aan de trust als zelfstandige entiteit worden toegerekend, dient in het kader van de bepaling van de totaalwinst bij de settlor *at arm's length* te worden afgerekend over eventuele meerwaarden in het vermogensbestanddeel.¹⁴¹⁵ Hierbij doen zich naar mijn mening geen knelpunten voor.

1411 Zie art. 17 en 17a SW 1956.

1412 Zie ook De Vries 2001, blz. 1636, die opmerkt dat een ‘lastbevoordelingsbenadering (...) beter aansluit bij de fixed trust als zelfstandige entiteit’. Anders Sonneveldt 2000a, blz. 75, die van mening is dat de conclusie van de Hoge Raad uit de novemberarresten niet kan worden doorgetrokken naar de irrevocable fixed trust. Bij een fixed trust hebben de beneficiaries ‘bepaalde of bepaalde rechten’ verkregen, waardoor de Hoge Raad geen ‘toevlucht’ hoeft te nemen ‘tot de doelredenering waarbij de trust als verkrijgende partij wordt aangemerkt’. Naar mijn mening is niet zozeer sprake van een ‘toevlucht’; de fiscale rechtssubjectiviteit van de discretionary trust – en ook de fixed trust – is een principieel uitvloeisel van het kwalificatieproces.

1413 Ingevolge art. 5, lid 2, SW 1956. De lastbevoordeelde is dan weer een verkrijger op basis van de hoofdregel volgens het tarief schenker (insteller) – begiftigde (beneficiary).

1414 Sonneveldt 2000a, blz. 81 en 244, concludeert naar mijn mening terecht dat het begrippenapparaat van de SW 1956 (oud), met inachtneming van de regelingen voor opschortende of ontbindende voorwaarden, voldoende ruimte biedt voor inpassing van de fixed trust. Voorts merkt Sonneveldt op dat zich ten aanzien van de fixed interests wel waarderingsproblemen kunnen voordoen.

1415 Hetzelfde heeft uiteraard te gelden voor een aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichaam.

Aanmerkelijkbelangaandelen

Bij de intrustgeving van aandelen, opties, winstbewijzen, e.d. (hierna: aanmerkelijkbelangaandelen) die tot een aanmerkelijk belang behoren, is sprake van een fiscaal relevant overgangsmoment. Het onder trustverband brengen van de aandelen dient te worden beschouwd als een vervreemding in de zin van art. 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001. Het begrip vervreemding wordt door de Hoge Raad zo uitgelegd dat:¹⁴¹⁶

‘daaronder moet worden verstaan elke rechtshandeling, waardoor de eigenaar van aandelen of winstbewijzen van een vennootschap als in de vermelde bepaling bedoeld, waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, die aandelen of winstbewijzen uit zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan;’

Bij de overdracht ten titel van intrustgeving van aanmerkelijkbelangaandelen door de settlor aan de trustee is sprake van een ‘vervreemding’ van het aanmerkelijk belang.¹⁴¹⁷ Hierbij dient het verschil tussen de overdrachtprijs en verkrijgingsprijs tot het inkomen uit aanmerkelijk belang te worden gerekend in het jaar van overdracht.¹⁴¹⁸ Indien een overdrachtprijs ‘ontbreekt of is bedongen bij een niet onder normale omstandigheden gesloten overeenkomst’, dient op grond van art. 4.22, lid 1, Wet IB 2001 een correctie plaats te vinden naar de waarde in het economische verkeer. Hierbij doen zich in beginsel geen knelpunten voor, met uitzondering van het feit dat het onder trustverband stellen van vermogen een eenzijdige rechtshandeling is en derhalve geen ‘overeenkomst’ inhoudt. De Hoge Raad heeft dat ook met zoveel woorden bevestigd.¹⁴¹⁹ De in art. 4.22, lid 1, Wet IB 2001 gehanteerde term ‘overeenkomst’ sluit dan ook niet goed aan bij deze situatie, zodat bij strikte lezing van de wettekst geen correctie naar de waarde in het economische verkeer kan plaatsvinden, in het geval een te hoge/lage tegenprestatie is bedongen. Het knelpunt ontstaat, doordat de tekst van de wet onvoldoende rekening houdt met het karakter van de trustinstelling als eenzijdige rechtshandeling.

Declaration of trust

Voorts kan in dit kader worden opgemerkt dat de settlor ook door middel van een ‘declaration of trust’ een trustverhouding kan creëren. In dat geval gaat de settlor de aanmerkelijkbelangaandelen voortaan als trustee houden ten behoeve van de beneficiaries. Hierbij kan de vraag worden opgeworpen of zich een ‘vervreemding’, voordoet, zoals in de door de Hoge Raad gegeven definitie. Hiervoor is immers vereist dat de aandelen in het vermogen van ‘een ander’ overgaan. Daarvan is bij een ‘declaration of trust’ in eigenlijke zin geen sprake. De settlor/trustee blijft eigenaar van de aanmerkelijkbelangaandelen en deze gaan dan ook niet over naar het vermogen van ‘een ander’. Uiteraard komt het trustverband op de aanmerkelijkbelangaandelen te rusten als gevolg van de declaration of trust, zodat deze gaan behoren tot het afgescheiden gedeelte van het vermogen dat de settlor voortaan als trustee gaat beheren. Het komt mij voor dat een dergelijke overgang binnen het (eigen) vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder in technische zin geen vervreemding is volgens de definitie van de Hoge Raad.¹⁴²⁰

Het is evenwel de vraag of een dergelijke ‘declaration of trust’ wordt beschouwd als een fictieve vervreemding in de zin van art. 4.16, lid 1, onderdeel g, Wet IB 2001. Op grond van deze vangnetbepaling worden aandelen en winstbewijzen geacht te zijn vervreemd, indien niet langer sprake is van een aanmerkelijk belang. Uit de parlementaire behande-

1416 HR 10 februari 1960, BNB 1960/123.

1417 Zie ook Blokland 1999, blz. 185-186. Indien de trust kan worden gezien als ‘stroman’, is volgens Blokland geen vervreemding te onderkennen.

1418 Zie art. 4.20 jo. art. 4.21 jo. art. 4.46 Wet IB 2001.

1419 Zie HR 14 juli 2006, BNB 2007/18, r.o. 3.4.

1420 In dit verband kan worden gewezen op de vervreemdingsfictie van art. 4.16, lid 1, onderdeel f, Wet IB 2001 waarbij ten aanzien van een sfeerovergang binnen het eigen vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder een expliciet afrekenmoment is gecreëerd.

ling volgt dat hierbij vooral – maar niet uitsluitend – is gedacht aan het zakken van een belang onder de 5%-grens.¹⁴²¹ Alhoewel bij een declaration of trust in juridische zin geen wijziging optreedt in de omvang van het aandelenbezit en art. 4.16, lid 1, onderdeel g, Wet IB 2001 om die reden niet aan de orde lijkt, is het van belang om te onderkennen dat niet de juridische eigenaar van de aandelen, maar de economische eigenaar daarvan als aanmerkelijkbelanghouder wordt gezien.¹⁴²² Na de declaration of trust geniet de settlor/trustee niet langer inkomen uit aanmerkelijk belang, nu de aandelen worden toegerekend aan de trust. Hoogstens beschikt de settlor, in zijn hoedanigheid van beneficiary, over een recht *sui generis*.¹⁴²³ Het komt mij dan ook voor dat art. 4.16, lid 1, onderdeel g, Wet IB 2001, teneinde een heffingslek te voorkomen, een fictieve vervreemding tot gevolg heeft. Overigens ben ik van mening dat de doorschuifregeling van art. 4.40 jo. art. 4.11 Wet IB 2001 – bij gebrek aan een resterend aandelenbelang – niet van toepassing kan zijn bij een declaration of trust.

Wijziging van het uiteindelijke belang

Voorts kan worden opgemerkt dat de intrustgeving van aandelen in een vennootschap kan leiden tot het aannemen van een wijziging van het uiteindelijke belang in de zin van art. 12a en 20a Wet Vpb 1969. Als gevolg daarvan kan het voorkomen dat een herinvesteringsreserve vrijvalt en/of een verlies niet langer verrekenbaar is. Hierbij dient ten aanzien van een irrevocable discretionary trust te worden opgemerkt dat het uiteindelijke belang per definitie is gewijzigd. Na het onder trustverband stellen van de aandelen heeft de aanvankelijke aandeelhouder namelijk geen belang meer bij de aandelen. In het geval van een revocable discretionary trust, alsmede een (ir)revocable fixed trust ligt het voorgaande genuanceerder. In die gevallen dient te worden beoordeeld of het uiteindelijke belang 'in belangrijke mate is gewijzigd'. Hierbij dient het begrip 'uiteindelijk belang' voor beide regelingen materieel te worden getoetst.¹⁴²⁴

In dit verband kan worden verwezen naar HR 28 april 1993, BNB 1993/215,¹⁴²⁵ waarbij de overdracht van aandelen in een verliesvennootschap aan een – niet nader gespecificeerde – Guernsey Trust centraal stond. In dat geval dient volgens Zwemmer te worden beoordeeld 'of de achter de trust staande natuurlijke persoon vereenzelvigd kan worden met de natuurlijke persoon die het pakket in trustverband heeft gebracht of achter het lichaam stond dat het pakket in trustverband heeft gebracht.' Het komt mij voor dat het door Zwemmer aangelegde criterium op zichzelf juist is, maar gezien de principiële non-transparantie van trusts nauwelijks aan de orde kan komen. Zelfs als de settlor gerechtigd is tot het inkomen/vermogen uit de trust, is van een vereenzelving niet snel sprake. Ook bij de settlor die tevens als trustee optreedt, kan niet zomaar van vereenzelving worden gesproken. Hoogstens in het geval waarin na de trustcreatie materieel een situatie is ontstaan die bijvoorbeeld vergelijkbaar is met een 'onbelaste certificering' van aanmerkelijkbelangaandelen, zou van vereenzelving kunnen worden gesproken.¹⁴²⁶

Tweede fase in de levenscyclus van een trust

Gedurende de beheersperiode – de tweede fase van de trust – is de settlor in die hoedanigheid niet langer relevant binnen de trustverhouding. Hierbij zijn evenwel twee nadere kanttekeningen te plaatsen. In de eerste plaats kan de settlor in het geval van een discretionary trust gedurende de beheersperiode één of meer letter(s) of wishes aan de trustee(s)

1421 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 10 en blz. 18.

1422 Zie o.a. Hof 's-Gravenhage 16 februari 1976, BNB 1976/251, HR 18 december 1991, BNB 1992/112 en HR 14 juni 1995, BNB 1995/235.

1423 Hetzelfde heeft te gelden in het geval de trustinstelling herroepelijk is ten aanzien van de *power to revoke*.

1424 Zie Post 2009, blz. 50-51 en Zwemmer 2003, blz. 107-108.

1425 HR 28 april 1993, BNB 1993/215. De Hoge Raad verwijst voor nader onderzoek naar Hof Arnhem, maar de (verwijzings)uitspraak is niet traceerbaar.

1426 Zie onderdeel 6.4 van het Besluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, V-N 2006/65.14.

richten. Het belang van een dergelijk document is in juridische zin zeer beperkt. De trustee(s) zijn op geen enkele wijze gebonden aan de wensen van de settlor, zoals deze in de letter of wishes zijn opgenomen. Het uitgangspunt is dan ook dat een letter of wishes op geen enkele wijze tot een afdwingbaar recht leidt, laat staan een vermogensrecht met een waarde in het economische verkeer.

Letter of wishes

Desalniettemin wordt de letter of wishes in de rechtspraak en literatuur wel aangevoerd als argument om de feitelijke zeggenschap van de settlor (mede) te onderbouwen.¹⁴²⁷ Het is naar mijn mening niet juist om aan het kenbaar kunnen maken van wensen – welke mogelijkheid iedereen vrijstaat – vergaande gevolgen te verbinden.¹⁴²⁸ Voor een afwijkende toerekening van het onder trustverband gestelde vermogen bestaat mijns inziens in ieder geval geen aanleiding.¹⁴²⁹ Uitsluitend in het bijzondere geval waarin de trustee de 'letter of wishes' van de settlor als instructie uitvoert en in civielrechtelijke zin een 'sham' kan worden aangenomen, bestaat aanleiding om de discretionaire trustverhouding voor fiscale doeleinden te negeren.¹⁴³⁰

Power to revoke

In het verlengde van het voorgaande kan nog worden gewezen op de situatie waarin de settlor zich een 'power to revoke' heeft voorbehouden. Zoals toegelicht, leidt de eventuele herroepelijkheid van een trustverhouding naar mijn mening niet noodzakelijkerwijs tot het aannemen van fiscale transparantie, dan wel een afwijkende toerekening van het onder trustverband gebrachte vermogen.¹⁴³¹ De mogelijkheid de trust te herroepen, dient naar mijn mening in een dergelijke benadering te worden beschouwd als een 'overig vermogensrecht' van de settlor. Omtrent de vaststelling van de power to revoke als 'afdwingbaar recht' bestaan geen wezenlijke onduidelijkheden.¹⁴³² De waardering van de mogelijkheid om de trustcreatie te herroepen leidt echter tot verschillende onduidelijkheden.

Bij de waardering van de 'power to revoke' als 'overig vermogensrecht' dient in de eerste plaats te worden onderzocht aan welke voorwaarden uitoefening van de herroepingsmogelijkheid is verbonden. Hierbij is het bepaalde in de trustakte ten aanzien van de voorwaarden waaronder de herroeping kan plaatsvinden van groot belang. De mogelijkheid om tot herroeping over te gaan, kan zijn verbonden aan één of meer voorwaarden, dan wel de instemming van bijvoorbeeld de trustee(s) en/of protector.¹⁴³³ In die gevallen is de herroeping van de trustverhouding niet volledig in handen van de settlor en dient daarmee rekening te worden gehouden bij de waardering van het 'herroepingsrecht'. Het is in algemene zin niet goed mogelijk om te bepalen welke gevolgen deze beperkingen hebben ten aanzien van de waardering.

Voorts dient te worden beoordeeld aan wie de trustgoederen toekomen bij beëindiging als gevolg van de herroeping. Indien bij herroeping van de trustverhouding de vermogensbestanddelen terugkeren aan de settlor, kan als uitgangspunt worden genomen dat de waarde in het economische verkeer van het herroepingsrecht de waarde in het economische verkeer van de onderliggende vermogensbestanddelen vertegenwoordigt. De herroeping heeft echter geen terugwerkende kracht, zodat bij de waardering van het herroep-

1427 Zie paragraaf 5.5.2.2.

1428 Ibid.

1429 Zie o.a. Rb. 's-Gravenhage 16 december 2009, *NTFR* 2010/658 en Hof 's-Gravenhage 3 november 2010, *NTFR* 2011/110.

1430 Hierbij kan worden gedacht aan een feitencomplex dat als in Rb. Haarlem 19 januari 2009, *NTFR* 2009/577. Overigens werd in die zaak geen 'sham' aangenomen.

1431 Zie paragraaf 8.4.

1432 Sonneveldt 2000a, blz. 57, spreekt van een 'herroepingsrecht'.

1433 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, *BNB* 1963/118-119.

pingsrecht – en afhankelijk van de aard van de onderliggende vermogensbestanddelen – rekening dient te worden gehouden met het ontbreken van een recht op de inkomsten.

Ook kan de trustakte bijzondere bepalingen bevatten omtrent de herroeping van de trustverhouding en inhouden dat de onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen bij herroeping aan een ander dan de settlor toekomen. In die gevallen is het de vraag welke waarde aan het herroepingsrecht kan worden toegekend ten behoeve van de settlor; het onder trustverband gestelde vermogen heeft immers definitief het vermogen van de settlor verlaten. Het komt mij dan ook voor dat in een dergelijk geval geen vermogenswaarde kan worden toegekend aan het herroepingsrecht ten behoeve van de settlor, maar uitsluitend ten aanzien van degene aan wie het vermogen bij herroeping toekomt. Het voorgaande laat zien dat ingewikkelde vraagstukken kunnen ontstaan ten aanzien van de waardering van het herroepingsrecht die mijns inziens als knelpunt kunnen worden betiteld.

Derde fase in de levenscyclus van een trust

Tot slot kan ten aanzien van de uitkeringsfase worden opgemerkt dat de settlor – in die hoedanigheid – geen rol speelt in de trustverhouding. Uiteraard bestaat de mogelijkheid dat de settlor tevens beneficiary is van de door hem ingestelde trustverhouding en in die hoedanigheid uitkeringen uit de trust ontvangt. De gevolgen daarvan worden behandeld in het kader van de rechtspositie van de beneficiaries (paragraaf 9.3.3).

9.3.2 De rechtspositie van de trustee(s)/protector

De fiscale rechtspositie van trustee(s) is *expressis verbis* aan de orde gekomen in het arrest HR 24 november 1954, BNB 1955/7.¹⁴³⁴ Kort gezegd oordeelde de Hoge Raad dat een trustee – vanwege de op hem rustende verplichtingen ten opzichte van de beneficiaries – in economische zin geen belang heeft bij de trustverhouding. In de memorie van toelichting bij de WCT wordt de kern van de beslissing van de Hoge Raad bevestigd.¹⁴³⁵

‘Voorop staat dat de rechtspositie van de trustee (natuurlijk persoon of lichaam) in hoofdzaak wordt gekenmerkt door zijn verplichtingen jegens de beneficiaries en dat de trustee het trustvermogen alleen mag aanwenden ten bate van de beneficiaries. Dit vermogen heeft derhalve in economische zin geen betekenis voor de trustee, doch slechts voor degene te wier behoeve de trustee zijn bevoegdheden uitoefent. De trustee is in zijn hoedanigheid van trustee derhalve in beginsel niet de genietster van de inkomsten uit het trustvermogen. Een lichaam dat als trustee optreedt, zal dan in die kwaliteit in het algemeen ook niet voor de trustinkomsten in de (vennootschaps)belastingheffing kunnen worden betrokken. Daarnaast wordt het lichaam niet voor mutaties in het trustvermogen in de belastingheffing betrokken. Ook voor de natuurlijke persoon die als trustee optreedt geldt dat het trustvermogen en de inkomsten die hij in die kwaliteit beheert/ontvangt in economische zin geen betekenis hebben voor de trustee. De trustee zal in die kwaliteit dan in het algemeen ook niet de eerst aangewezen persoon zijn die voor het vermogen en de inkomsten daaruit in de heffing van vermogens- c.q. inkomstenbelasting dient te worden betrokken.’

Alle fasen in de levenscyclus van een trust

Naar mijn mening is deze beschrijving van de fiscale rechtspositie van de trustee nog steeds accuraat voor de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 en deze geldt voor alle fasen uit de levenscyclus van een trust.¹⁴³⁶

1434 HR 24 november 1954, BNB 1955/7.

1435 Kamerstukken II 1992/93, 23 027, nr. 3, blz. 12.

1436 Zie ook Sonneveldt 2000a, blz. 58 en onderdeel 4.7.3 van de conclusie van A-G Overgaauw bij HR 26 oktober 2007, BNB 2008/122.

Doorgaans is de trustee een in het buitenland gevestigde rechtspersoon die als zakelijke dienstverlener optreedt en daarvoor een (beheers)vergoeding ontvangt. De dienstverlener is voor de ontvangen (beheers)vergoeding niet in Nederland aan de belastingheffing onderworpen. Hetzelfde geldt ten aanzien van de in het buitenland woonachtige trustee/natuurlijke persoon. Van een knelpunt is geen sprake; het ontbreken van belastingheffing ten aanzien van de (beheers)vergoeding is het gevolg van de internationale fiscale jurisdictieafbakening en vloeit niet voort uit een lacune in de Nederlandse belastingwetgeving.

Voorts is van belang om te benadrukken dat de trustee, behoudens de (berekening van de) genoemde (beheers)vergoeding, geen enkel financieel belang ontleent aan het onder trustverband gestelde vermogen en de daaruit gegenereerde inkomsten. De fiduciaire positie van de trustee belet hem zelfs om – ook indirect – van het trustvermogen te profiteren.¹⁴³⁷

Zoals in het citaat tot uitdrukking wordt gebracht, heeft het onder trustverband gestelde vermogen ‘geen betekenis voor de trustee’. Ook ingeval de trustee wel in Nederland zou zijn gevestigd, zou de trustee niet belastingplichtig zijn voor de inkomsten en vermogenswinsten met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen. Het trustvermogen wordt immers toegerekend aan de trust en niet aan de trustee(s). De in Nederland woonachtige dan wel gevestigde trustee zou uitsluitend voor diens (beheers)vergoeding in de belastingheffing kunnen worden betrokken.¹⁴³⁸

Protector

Het voorgaande heeft naar mijn mening eveneens te gelden ten aanzien van de ‘protector’. De aan de protector verleende bevoegdheden (‘powers’) dienen ter aanvulling op en/of controle van de door de trustee uit te oefenen taken ten behoeve van de beneficiaries. Hierbij kan overigens nog onderscheid worden gemaakt naar de aanwezigheid van een ‘personal power’ en ‘fiduciary power’.¹⁴³⁹ Bij laatstgenoemde powers wordt niet alleen periodieke (her)overweging verlangd van de power door de protector, maar rusten op de protector ook de hoge(re) standaarden die van een ‘fiduciary’ worden verwacht (onafhankelijkheid, geen conflict of interest, e.d.). In beide gevallen heeft de protector naar mijn mening echter geen (vermogens)recht verkregen met een waarde in het economische verkeer, maar een recht dat in het verlengde ligt van de bevoegdheden/verplichtingen van de trustee.¹⁴⁴⁰ Evenals ten aanzien van de trustee leidt een dergelijke bevoegdheid niet tot een gerechtigheid met een waarde in het economische verkeer voor de protector.

Gezien het voorgaande is het dan ook opmerkelijk dat sinds 1994 door middel van het ‘trusthokje’ bij het aangiftebiljet inkomstenbelasting aan trustees en protectors wordt gevraagd opgave te doen van hun ‘betrokkenheid’ bij een Anglo-Amerikaanse trust (zie ook paragraaf 9.4.3.2). Aangezien de gevraagde informatie in dit verband niet ‘te zijner aanzien’ voor de belastingheffing van belang is ex art. 47, lid 1, AWR is de juridische basis van het trusthokje reeds om die reden twijfelachtig (zie ook paragraaf 9.4.3.2) te noemen. Uiteraard kan in voorkomende gevallen een beroep worden gedaan op art. 52 AWR door de inspecteur, maar in de toelichting bij het aangiftebiljet wordt dit onderscheid niet gemaakt.

1437 Zie paragraaf 6.5.2.

1438 De vergoeding is bij een trustee/rechtspersoon als winst aan te merken en bij een trustee/natuurlijke persoon in ieder geval als resultaat uit overige werkzaamheden.

1439 Zie paragraaf 6.5.4.

1440 In uitzonderlijke gevallen kan een donee een personal power hebben verkregen met de bedoeling ‘to confer full dominion over the relevant property on the donee’. Zie Underhill en Hayton 2003, blz. 29. In dat geval treedt ‘de donee’ naar mijn mening ook niet op als protector.

9.3.3 De rechtspositie van de beneficiaries

9.3.3.1 *Knelpunten bij rechten sui generis*

De beneficiaries van een fixed trust ontleen aan de trustverhouding rechten *sui generis*. Gegeven de fiscale kwalificatie van de fixed trust als zelfstandige entiteit dienen de gerechtigdheden van de beneficiaries te worden beschouwd als gerechtigdheden ten opzichte van de trust als doelvermogen. Zoals beschreven in paragraaf 6.5.3.2, kunnen de aanspraken van de beneficiaries, afhankelijk van het bepaalde in de trustakte, soms aanzienlijke en soms zeer subtiele verschillen vertonen. Daarbij kunnen in hoofdzaak de 'present interests' en 'future interests' van elkaar worden onderscheiden, met als kenmerkend verschil dat een present interest, zoals een 'life interest', reeds tot huidig bezit, genot of gebruik leidt. Daarentegen kan een future interest, bijvoorbeeld een 'remainder', in de toekomst tot bezit, genot of gebruik leiden. Zowel ten aanzien van het voortduren van het genot bij een 'present interest' als het aanvangen van het toekomstig genot bij een 'future interest' geldt dat deze afhankelijk kunnen zijn van aanvullende voorwaarden.

De principiële non-transparantie van een trustverhouding brengt mee dat de inkomsten die opkomen uit het trustvermogen in eerste instantie door de trust als doelvermogen worden genoten. Voor fiscale doeleinden is de trust het toerekeningscentrum ten aanzien van het onder trustverband gestelde vermogen alsmede de daaruit opgekomen inkomsten. Aanvankelijk worden de inkomsten uit het onder trustverband gestelde vermogen dan ook niet door de beneficiaries genoten. Het is afhankelijk van de vormgeving van de gerechtigdheden van de beneficiaries op welk moment, in welke vorm en in welke omvang door hen een uitkering wordt ontvangen. Hierbij is de equitable interest van de beneficiary – het recht *sui generis* – ten aanzien van het onder trustverband gestelde vermogen bepalend.

Aard en omvang van, alsmede het tijdstip waarop, een uitkering aan de beneficiary toevloeit, zijn afhankelijk van de inhoud van de 'equitable interest'. Het is deze vermogensrechtelijke aanspraak tot de trust, dan wel de uitkering die op grond daarvan wordt ontvangen, die voor toepassing van de Wet IB 2001 tot belastingheffing kan leiden. Indien de vermogensrechtelijke aanspraak de vorm heeft van een 'present interest' kan het recht thans tot een uitkering leiden. Een 'future interest' leidt – in beginsel – tot een (mogelijk) toekomstige uitkering(enreeks) en vertegenwoordigt derhalve in de tegenwoordige tijd uitsluitend een vermogenswaarde.

Hierna wordt onderzocht op welke wijze de heffing van inkomstenbelasting is vormgegeven ten aanzien van de beneficiaries van een fixed trust. Het gaat hoofdzakelijk om de tweede en derde fase in de levenscyclus van een trust. Hierbij wordt uitgegaan van een 'private express trust', waarbij het vermogen bestaat uit passieve beleggingen, dan wel een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap. Bij deze behandeling wordt de volgorde aangehouden van de toerekeningsregels van art. 2.14 Wet IB 2001.

9.3.3.1.1 *Inkomen uit werk en woning (box 1)*

Op grond van de toerekeningsregels van art. 2.14 Wet IB 2001 komen, voor zover relevant, de volgende inkomensbronnen in aanmerking op basis waarvan uitkeringen uit een recht *sui generis* kunnen worden belast in box 1:¹⁴⁴¹

- a) de belastbare winst uit onderneming;
- b) (...);
- c) het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden; en
- d) de belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen.'

1441 art. 3.1 Wet IB 2001. De overige genoemde inkomenscategorieën lijken niet van toepassing ten aanzien van uitkeringen uit een trust. Deze blijven dan ook onbesproken.

Uitgaande van een 'private family trust', waarin uitsluitend beleggingen zijn ondergebracht, is het niet aannemelijk dat het normale, actieve vermogensbeheer te boven wordt gegaan. Reeds vanwege het ontbreken van een 'objectieve onderneming', dan wel een 'werkzaamheid', komen de inkomensbronnen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden niet aan de orde.

Inkomen uit periodieke uitkeringen en verstrekkingen

De heffingsgrondslag in box 1 die het meeste lijkt te zijn toegesneden op de belastingheffing over uitkeringen uit een fixed trust is de bron 'inkomen uit periodieke uitkeringen en verstrekkingen'.¹⁴⁴² Op grond van art. 3.101, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001 worden als aangewezen periodieke uitkeringen belast, de uitkeringen die:

'c. in rechte vorderbaar zijn en niet de tegenwaarde voor een prestatie vormen, tenzij de uitkeringen of verstrekkingen worden ontvangen van een bloed- of aanverwant in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn dan wel de genietter behoort tot het huishouden van de schuldenaar;'

Teneinde op grond van deze bepaling tot belastingheffing te komen, dient de uitkering in rechte vorderbaar te zijn en deel uit te maken van een reeks. Voorts dient deze niet de tegenwaarde voor een prestatie te vormen en evenmin afkomstig te zijn van een persoon die behoort tot 'de kring van naaste verwanten'. Aangezien uitkeringen uit een fixed trust, anders dan de uitkeringen uit een discretionary trust, door de beneficiary in rechte kunnen worden gevorderd, dient deze inkomenscategorie zich bij de fixed trust aan als mogelijke heffingsgrondslag.

Voor een goede positionering van deze bepaling is het van belang om op te merken dat ten tijde van de Wet IB 1964, het equivalent van art. 3.101, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001 – art. 30, lid 1, onderdeel c, Wet IB 1964 – meebracht dat belasting werd geheven over het volledige bedrag van de ontvangen uitkeringen (de 'integraalmethode'). Daarnaast werden periodieke uitkeringen die wél de tegenwaarde voor een prestatie vormden, belast volgens de zogeheten 'saldomethode' ex art. 25, lid 1, onderdeel g, Wet IB 1964. Bij toepassing van de saldomethode waren de uitkeringen slechts belast, indien en voor zover deze de waarde van de prestatie overschreden.¹⁴⁴³ De saldomethode was daardoor gunstiger voor belastingplichtigen dan de integraalmethode.

De tegenwaarde voor een prestatie

Het 'scharnierpunt' werd gevormd door het begrip 'tegenwaarde voor een prestatie'.¹⁴⁴⁴ De periodieke uitkeringen die de 'tegenwaarde voor een prestatie' vormden werden ook wel aangeduid als 'vermogensrechtelijke periodieke uitkeringen', waarbij op basis van de saldomethode de 'inkomstencomponent' in de uitkering op eenvoudige wijze werd bepaald.

Reeds onder de Wet IB 1964 bestond onduidelijkheid over het antwoord op de vraag of uitkeringen uit een fixed trust de tegenwaarde voor een prestatie zouden vormen.¹⁴⁴⁵ Inmiddels is die vraag door de Hoge Raad bevestigend beantwoord.¹⁴⁴⁶ Aanvankelijk besliste Hof 's-Gravenhage dat de uitkeringen uit een irrevocable fixed trust niet de tegenwaarde voor een prestatie vormden.¹⁴⁴⁷ Hiertoe overwoog het Hof als volgt:

1442 Indien de context het toelaat, wordt ook wel de gangbare afkorting 'p.u.' gebruikt.

1443 Bij de bepalingen van die waarde werd rekening gehouden met eerdere premieaftrek en vrijstellingen.

1444 Van Dijk 1994, blz. 57. Van Dijk gebruikt de term 'overschotmethode' in plaats van 'saldomethode'.

1445 Zie o.a. De Vries 2001 en Sonneveldt 2000a, blz. 59-60.

1446 Zie HR 14 juli 2006, BNB 2007/18 en BNB 2007/19 en HR 26 januari 2007, BNB 2008/122.

1447 Hof 's-Gravenhage 12 december 2002, V-N 2003/20.1.2 en FED 2003/308 respectievelijk V-N 2003/20.1.1 en FED 2003/172. Voor een uitgebreide beschrijving van beide zaken verwijs ik naar Boer en Freudenthal 2003.

'6.2 Het recht op de uitkeringen is eenzijdig aan belanghebbende toegekend bij de trustakte. Als schuldenaar van die uitkeringen heeft hetzij de trust, hetzij de trustee te gelden. Uit de trustakte blijkt niet dat de schuldenaar van de uitkeringen tegenover de verplichting om de uitkeringen te doen een prestatie heeft bedongen. Ook overigens is dit in het geding niet gebleken. Als prestatie kan niet gelden hetgeen belanghebbende als zodanig (primair en subsidiair) heeft bepleit. Voorts leiden de uitkeringen nooit tot aantasting van het trustvermogen. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat de periodieke uitkeringen hun grond vinden in een tegenprestatie.'

Opvallend is dat het Hof hierbij expliciet in het midden laat wie als schuldenaar van de uitkeringen wordt gezien; de trust of de trustee. In de zaak met rolnummer 00/0420 maakt het Hof toch impliciet de identiteit van de schuldenaar bekend.¹⁴⁴⁸ In die zaak oordeelde het Hof dat de uitkeringen belastbaar waren op grond van art. 30, lid 1, onderdeel c, Wet IB 1964, terwijl één van de twee trustees behoorde tot de kring van naaste verwanten. Indien het rechtscollege de trustee(s) als schuldenaar zou hebben gezien, zouden de uitkeringen (mede) afkomstig zijn van een bloed- of aanverwant in de tweede graad van de zijlijn en dus onbelast moeten blijven. Door te oordelen dat de uitkeringen belast zijn, moet het Hof 'de trust' als schuldenaar van de uitkeringen hebben aangemerkt.

Beslissing van de Hoge Raad

Wat ook zij van de (impliciete) beslissing van het Hof, in cassatie besliste de Hoge Raad, dat de uitkeringen wél de tegenwaarde voor een prestatie vormen.¹⁴⁴⁹ Hiermee is belastingheffing op grond van de integraalmethode ex art. 30, lid 1, onderdeel c, Wet IB 1964 van de hand gewezen. In het latere arrest BNB 2008/122 bevestigde de Hoge Raad het oordeel voor de Wet IB 2001 en merkt onder verwijzing naar BNB 2007/18-19 op dat de vraag of een periodieke uitkering de tegenwaarde van een prestatie vormt, dient:¹⁴⁵⁰

'te worden beoordeeld vanuit de positie van de schuldenaar van de periodieke uitkering. De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat het vermogen in de onderwerpelijke trust is ingebracht onder de verplichting om aan belanghebbende de in artikel 7 bedoelde uitkeringen te verrichten. Dit onderbrengen van het vermogen is aan te merken als de prestatie, waarin het ontstaan van de verplichting tot het doen van de uitkeringen aan belanghebbende zijn grond vindt. Aldus vormen de door belanghebbende van de trust ontvangen inkomsten de tegenwaarde voor een prestatie en is voormelde bepaling reeds daarom op die inkomsten niet van toepassing. Of die inkomsten als periodieke uitkeringen zijn aan te merken, kan hierbij in het midden blijven.'

Naar mijn mening oordeelde de Hoge Raad terecht dat de uitkeringen aan de beneficiaries hun grond vinden in het onder trustverband stellen van vermogen door de settlor.¹⁴⁵¹ In de eerste plaats beantwoordt deze uitkomst aan de ratio van het begrip 'tegenwaarde voor een prestatie'. De uitkeringen uit een trust zijn te beschouwen als uitkeringen op grond van een aanspraak van vermogensrechtelijke aard, waarvoor geen (premie)af trek is genomen. Integrale belastingheffing over de gehele uitkering, vanwege het ontbreken van een tegenwaarde voor een prestatie, had dan ook niet gepast binnen het systeem van de Wet IB 1964.¹⁴⁵² In de tweede plaats oordeelt de Hoge Raad dat de aanwezigheid van een tegenwaarde voor een prestatie dient te worden beoordeeld vanuit het gezichtspunt van de schuldenaar.¹⁴⁵³ Naar aanleiding van de eerder genoemde hofuitspraken van 12 december 2002 hebben Freudenthal en ik opgemerkt dat voor fixed trusts aansluiting kan worden gezocht bij het geval waarin een schenker een recht op periodieke uitkeringen bedingt bij

1448 Zie uitgebreid mijn aantekening bij FED 2003/308.

1449 HR 14 juli 2006, BNB 2007/18 en BNB 2007/19.

1450 HR 26 januari 2007, BNB 2008/122.

1451 Volgens Niessen 2006, blz. 3-4, valt aan het verband 'toch bezwaarlijk voorbij te zien.'

1452 Zie uitgebreid Boer en Freudenthal 2003.

1453 Vgl. HR 31 maart 1954, BNB 1955/141.

een verzekeringsmaatschappij ten gunste van een derde/begunstigde.¹⁴⁵⁴ In dat geval vormen de uitkeringen, gezien vanuit het perspectief van de schuldenaar (de verzekeringsmaatschappij), eveneens de tegenwaarde voor een prestatie.

De trust als schuldenaar van de uitkeringen

Naast het oordeel omtrent de aanwezigheid van een 'tegenwaarde voor een prestatie' is het belangrijk te onderkennen dat de Hoge Raad in zijn arresten 'de trust' als schuldenaar heeft aangewezen. Hof 's-Gravenhage liet de identiteit van de debiteur nog bewust in het midden. De Hoge Raad geeft echter als zijn zienswijze te kennen dat het inbrengen van vermogen in 'de trust' de prestatie is, waarvan de latere uitkeringen uit 'de trust' de tegenwaarde vormen. Ook uit de verwijzingsopdracht in de zaken *BNB 2007/18-19* is duidelijk op te maken dat de Hoge Raad de trust als schuldenaar ziet.¹⁴⁵⁵ Deze constatering is niet slechts interessant ten aanzien van de 'entiteitsgedachte' die de Hoge Raad hiermee onderschrijft ten aanzien van de fixed trust,¹⁴⁵⁶ maar brengt tevens mee dat de uitzonderingsbepaling van art. 3.101, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001, geen opgeld kan doen bij trustuitkeringen.

Alhoewel voorgaande constatering ten aanzien van art. 3.101, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001, op grond van *BNB 2008/122* niet langer relevant is,¹⁴⁵⁷ volgt tevens dat art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001 geen toepassing kan vinden ten aanzien van uitkeringen uit een trust. Ook al is ten aanzien van de 'niet in rechte vorderbare periodieke uitkering' in de zin van art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001 uit de aard der zaak geen 'schuldenaar' aanwezig, naar mijn mening volgt uit deze arresten dat de uitkeringen worden 'ontvangen' van de trust. Aangezien de uitkeringen van de trust worden ontvangen en dus niet van een rechtspersoon, hetgeen bijvoorbeeld aan de orde zou komen indien de trustee(s) als betaler zou(den) zijn aangemerkt, kan van belastingheffing op grond van art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001, geen sprake zijn.¹⁴⁵⁸

Het karakter van de uitkeringen als 'periodieke uitkering'

Voorts is van belang om vast te stellen dat in deze arresten niet is bepaald dat de uitkeringen uit een fixed trust ook daadwerkelijk 'een periodieke uitkering' vormen. In de arresten *BNB 2007/18-19* werd dit punt door partijen buiten de rechtsstrijd gehouden,¹⁴⁵⁹ en in *BNB 2008/122* hoefde de Hoge Raad zich daarover niet uit te laten nu reeds vaststond dat de uitkeringen de tegenwaarde voor een prestatie vormden. Weliswaar heeft de kwalificatie als p.u. aan belang verloren voor de Wet IB 2001 met het arrest *BNB 2008/122*, nu de Hoge Raad expliciet heeft geoordeeld dat de inkomsten tot het regime van box 3 behoren.¹⁴⁶⁰ De kwalificatie speelt echter nog steeds een rol in het kader van het overgangsrecht, alsmede ten behoeve van de waardering van trustrechten in box 3.¹⁴⁶¹

In de overgangsbepaling art. I, onderdeel O, Inv. Wet IB 2001 is geregeld dat periodieke uitkeringen die onder de Wet IB 1964 werden behandeld volgens de saldomethode, onder het regime van de Wet IB 2001 volgens de regels van de Wet IB 1964 binnen box 1 dienen te worden afgewikkeld. Hiermee is de vraag naar het karakter van de uitkeringen als 'p.u.'

1454 Boer en Freudenthal 2003, onder verwijzing naar Van Dijck 1994, blz. 60-61 en Giele 1989, blz. 41-45.

1455 Zie r.o. 3.7 van beide arresten.

1456 Zie paragraaf 8.3.2.

1457 De uitkeringen vormen de tegenwaarde voor een prestatie en behoren daarmee tot box 3.

1458 Zie ook paragraaf 9.3.3.1.1.

1459 Zie Hof 's-Gravenhage 12 december 2002, *FED 2003/172*, r.o. 6.2 en *FED 2003/308*, r.o. 6.1.

1460 In r.o. 3.4 is opgemerkt: 'Het vorenoverwogene betekent dat de onderwerpelijke inkomsten niet zijn te rekenen tot de inkomsten uit werk en woning (box 1), maar tot de inkomsten uit sparen en beleggen (box 3), zoals belanghebbende heeft verdedigd.'

1461 Zie art. 5.23 Wet IB 2001 jo. art. 19 Uitv.besl. IB 2001. In zijn annotatie bij *BNB 2008/122* betreft Freudenthal dan ook dat de Hoge Raad deze vraag niet heeft beantwoord.

nog steeds relevant ten aanzien van uitkeringen uit een fixed trust die reeds vóór 1 januari 2001 zijn toegekend.¹⁴⁶²

Voor de beoordeling of een uitkering een 'p.u.' is in de zin van de inkomstenbelasting, kan worden aangesloten bij de 'p.u.-definitie' die Van Dijck aan de hand van de jurisprudentie heeft opgesteld. Volgens die definitie behoort tot het inkomen uit een p.u.:¹⁴⁶³

'een uitkering welke een onderdeel is of kan zijn van een reeks uitkeringen, voor zover iedere uitkering – voor zichzelf – afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis, zulks beoordeeld vanuit de schuldenaar en naar het moment waarop de uitkeringen een aanvang nemen, en voor zover de uitkering niet een onderdeel vormt van een complex van rechten en verplichtingen, welke bij voortduring tegenover elkaar staan.'

Allereerst kan worden geconcludeerd dat een eenmalige uitkering uit een trust geen p.u. kan zijn. Voorts dient, vanuit 'de trust' als schuldenaar beoordeeld, wezenlijke onzekerheid te bestaan ten aanzien van de toekomstige gebeurtenis waarvan de uitkering afhankelijk is. Behoudens deze situaties, is het gezien de definitie van Van Dijck denkbaar dat een uitkering uit een trust als p.u. wordt aangemerkt voor toepassing van de inkomstenbelasting.¹⁴⁶⁴

Conclusie A-G Overgaauw

In zijn conclusie in de zaak BNB 2008/122, toetst A-G Overgaauw de uitkeringen uit een life interest trust aan genoemde p.u.-definitie. A-G Overgaauw is van mening dat de crux is gelegen in het slot van de definitie. Daar is bepaald dat de uitkering niet een onderdeel mag vormen van een complex van rechten en verplichtingen, welke bij voortduring tegenover elkaar staan. Hij merkt op dat de beneficiary van een 'life interest trust', evenals de verhuurder van een onroerende zaak, de uitkeringen niet geniet als p.u., maar als inkomsten uit vermogen. In die gevallen is naar zijn mening sprake van een complex van rechten en verplichtingen die bij voortduring tegenover elkaar staan. Niet het recht op de periodiek betaalbaar gestelde uitkeringen, maar de achterliggende vermogensbestanddelen vormen de bron van inkomen. De A-G maakt daarbij een vergelijking met het recht van vruchtgebruik en wijst op het arrest BNB 1964/213, waarin is beslist:¹⁴⁶⁵

'dat toch als bron van inkomen niet geldt het zakelijk recht krachtens hetwelk de inkomsten of opbrengsten van de aan het recht onderworpen vermogensbestanddelen worden genoten, doch elk van die vermogensbestanddelen afzonderlijk (...)'.

Vervolgens concludeert de A-G dat bij een life interest, net als bij een recht van vruchtgebruik, het inkomen rechtstreeks aan de beneficiary toevloeit en onder de Wet IB 1964 – veronderstellenderwijs¹⁴⁶⁶ – als inkomsten uit vermogen zou zijn belast. De beneficiary geniet de inkomsten uit de vermogensbestanddelen als zodanig en niet als inkomen uit een 'p.u.'. Bij de beneficiary wordt, aldus de A-G, dan ook niet 'de waarde van het genotsrecht (...) in box 3 in aanmerking genomen, maar de (gecorrigeerde) waarde van de vermogensbestanddelen waarop het genotsrecht betrekking heeft'. De betalingsprocedure op grond waarvan de inkomsten periodiek worden betaald aan de beneficiary, maakt nog niet dat sprake is van een 'periodieke uitkering'.

1462 Aan het einde van deze paragraaf wordt nader ingegaan op deze bepaling van overgangsrecht.

1463 Van Dijck 1970.

1464 Zie o.a. Sonneveldt 2000a, blz. 59-60, De Vries 2001 en Boer en Freudenthal 2003.

1465 HR 15 april 1964, BNB 1964/213.

1466 Aangezien hieromtrent geen rechtspraak is gewezen onder de Wet IB 1964 kan deze opmerking van de A-G niet anders dan als een veronderstelling worden gezien. Zie ook paragraaf 8.3.1.

Conclusie A-G Overgaauw

Ook al kan ik mij vinden in de strekking van het betoog van de A-G, dat het recht *sui generis* in voorkomende gevallen kan worden vergeleken met het recht van vruchtgebruik, ik acht de gekozen redenering minder overtuigend. In de eerste plaats gaat de A-G naar mijn mening ten onrechte uit van de opvatting dat de afzonderlijke vermogensbestanddelen aan de beneficiaries worden toegerekend indien het recht *sui generis* met een recht van vruchtgebruik kan worden vergeleken. Binnen de systematiek van box 3 worden genotsrechten, waaronder het recht van vruchtgebruik, als 'recht' in de vermogensrendementsheffing opgenomen en niet het onderliggende vermogensbestanddeel.¹⁴⁶⁷ Het vermogensrecht vormt daarmee de bron van het inkomen en niet de onderliggende zaak.¹⁴⁶⁸ Bij een recht *sui generis* dient dan ook in een dergelijk geval de gerechtigdheid te worden opgenomen in de rendementsgrondslag.

In de tweede plaats acht ik de analogie met een verhuursituatie niet erg toepasselijk. Van de beneficiary wordt tegenover ontvangst van de uitkering geen (contra)prestatie verlangd. De A-G komt naar mijn mening dan ook ten onrechte op die grond tot de conclusie dat de uitkeringen onderdeel zijn van tegenover elkaar staande rechten en verplichtingen. In een trustverhouding kan weliswaar worden gesproken van een complex van rechten en verplichtingen, maar deze staan naar mijn mening niet tegenover elkaar in de door de A-G bedoelde zin van een (ver)huursituatie.

Naar mijn mening, en zo vat ik het betoog van de A-G dan ook op, vormen de uitkeringen geen 'p.u.', omdat de uitkeringen rechtstreeks opkomen uit een 'andere bron'. Indien de uitkeringen onderdeel zijn van een complex van rechten en verplichtingen die bij voortduring tegenover elkaar staan, vindt de uitkering niet zijn oorzaak in 'het stamrecht', maar in de prestaties die ingevolge de communicerende verplichting(en) zijn verricht.¹⁴⁶⁹ Het is vervolgens in termen van de inkomstenbelastingbenadering van het kwalificatielerstuk de vraag welke 'andere bron' de inkomsten voortbrengt die door de beneficiaries worden ontvangen.

In de zienswijze van A-G Overgaauw vormen de onder trustverband geplaatste vermogensbestanddelen de afzonderlijke bronnen van inkomen. Hierbij gaat hij uit van een meer economisch georiënteerde benadering van het recht van de life tenant en de vergelijkbaarheid met het recht van vruchtgebruik. Deze zienswijze van de A-G is ook te vinden in de annotatie van Hoogendoorn bij BNB 1992/177:

'Het "life interest", dat i.c. aan de beneficiary was toegekend, is te omschrijven als "levenslang recht op de vruchten van het in trust afgezonderd vermogen". Vide de uitspraak van het Hof. De vermogensbestanddelen zelf zijn naar mijn mening in deze casus aan te merken als bronnen van inkomen.'

Overigens hoeft de vergelijking met het recht van vruchtgebruik niet af te stuiten op de arresten BNB 1992/117 en BNB 1992/286.¹⁴⁷⁰ In die arresten oordeelde de Hoge Raad weliswaar dat een 'life interest' niet kan worden aangemerkt als recht van vruchtgebruik, maar dat oordeel berustte sterk op de specifieke civielrechtelijke achtergrond van het begrip 'vruchtgebruik' in de Wet VB 1964.¹⁴⁷¹ De uitspraken vormen naar mijn mening dan ook

1467 Zie paragraaf 8.3.1.

1468 Zie paragraaf 5.5.1 voor dit onderscheid ten aanzien van box 3.

1469 Vgl. Van Dijk 1970, die ook een dividenduitkering ziet als zijnde afkomstig uit een complex van tegenover elkaar staande rechten en verplichtingen.

1470 HR 18 september 1991, BNB 1992/177 en HR 18 september 1991, BNB 1992/286.

1471 Zie het citaat van Hoogendoorn onder BNB 1992/177 uit paragraaf 7, tweede lid, van de Korte Toelichting: 'Het voor vermogen belast met vruchtgebruik of recht van gebruik geldende regime is niet van toepassing op daarmee verwante rechtsfiguren zoals onder meer het vermogen onder trustverband'.

geen belemmering om de gelijkstelling met het recht van vruchtgebruik te bepleiten voor een meer economisch georiënteerde belastingwet als de Wet IB 2001.¹⁴⁷²

Vergelijking met het recht van vruchtgebruik

De vergelijkbaarheid van het recht van de life tenant met een recht van vruchtgebruik is mijns inziens primair afhankelijk van de aard van de 'beneficial interest'. De vraag naar de aard van de beneficial interest als 'right in rem' dan wel 'right in personam' is in de civielrechtelijke literatuur nooit beslissend beantwoord.¹⁴⁷³ Het recht van de beneficiary is oorspronkelijk een persoonlijk vorderingsrecht ten opzichte van de trustee,¹⁴⁷⁴ maar heeft als gevolg van de bescherming in de equity-rechtspraak goederenrechtelijke kenmerken gekregen.¹⁴⁷⁵ Het recht heeft echter geen betrekking op specifieke goederen en de 'equitable interest' wordt ook overgedragen als een vordering op naam.¹⁴⁷⁶ Het recht *sui generis* kan in zoverre een 'hybride gerechtigdheid' worden genoemd met goederenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke karakteristieken.¹⁴⁷⁷

De aard van een 'equitable interest' van een beneficiary wijkt op verschillende onderdelen af van 'de in het Westeuropese recht bekende (Romeinsrechtelijke) beperkte zakelijke rechten'.¹⁴⁷⁸ De vergelijking met het recht van vruchtgebruik – al dan niet met interings- en vervreemdingsbevoegdheid¹⁴⁷⁹ – dient dan ook op een hoger abstractieniveau te worden gemaakt. Het betreft een meer materiële economische benadering van het recht van de life tenant. In deze vergelijking wordt minder nadruk gelegd op de civielrechtelijke karakteristieken van de aanspraak van de beneficiary en meer gekeken naar de overeenkomstige rechten ten aanzien van de inkomsten. Binnen de Wet IB 2001 bestaat op zichzelf voldoende aanleiding om bij deze functionele overeenkomsten met een recht van vruchtgebruik aan te sluiten.

Vruchtgebruik en bron van inkomen

De gedachte dat het inkomen rechtstreeks aan de vruchtgebruiker toevloeit en het vermogensbestanddeel de 'bron van inkomen' vormt, is reeds terug te vinden in het Besluit IB 1941.¹⁴⁸⁰ Niet alleen een zakelijk recht tot gebruik en genot kan leiden tot het genieten van de inkomst, maar tevens een persoonlijk recht van vruchtgenot.¹⁴⁸¹ Deze gedachtegang is onder de Wet IB 1964 in de jurisprudentie bevestigd in het kader van de regeling met betrekking tot de vervreemding van inkomsten. In zijn analyse van die jurisprudentie, waartoe ook het door A-G Overgaauw genoemde arrest BNB 1964/213 behoort, brengt Spaanstra een onderscheid aan tussen inkomsten die worden genoten op grond van een recht van vruchtgebruik en inkomsten die voortkomen uit een recht op periodieke uitke-

1472 Zie de annotatie van Hoogendoorn bij BNB 1992/177 en Sonneveldt 2000a, blz. 67.

1473 Zie o.a. Aertsen 2004, blz. 89-102 en Underhill en Hayton 2003, blz. 51-53 en de Reporter's notes bij American Law Institute, Part 4, Ch. 10, § 49. Overigens is de onmogelijkheid om Anglo-Amerikaanse concepten in continentaalrechtelijke begrippen te vatten de belangrijkste oorzaak van deze 'never ending story'. Terecht merkt Lupoi 2000, blz. 189 op dat '[n]ot to continue to use *in rem* and *in personam*, as has been proposed, would probably be a wise decision'.

1474 In dat verband kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad in BNB 2007/18-19, r.o. 3.8, de term 'vordering' hanteert. In die zaak betrof het echter geen life interest trust. In BNB 2008/122 spreekt de Hoge Raad van 'een verplichting om aan belanghebbende de in artikel 7 bedoelde uitkeringen te verrichten'.

1475 De gerechtigdheid van de beneficiary kan dan ook niet worden gelijkgesteld met het goederenrechtelijke verband dat op het afgescheiden trustvermogen rust. Zie Aertsen 2004, blz. 96-97.

1476 Aertsen 2004, blz. 92 en Koppenol-Laforce 1997, blz. 36.

1477 Aertsen 2004, blz. 96-101.

1478 Zwale 2000, blz. 296 en Dyer en Van Loon 1983, blz. 58-59.

1479 Zie art. 3:212 BW en 3:215 BW.

1480 Zie paragraaf 5.4.

1481 Blijkens de Leidraad werd bij een persoonlijk genotsrecht gedacht aan het wettelijk vruchtgenot van ouders van het vermogen van hun minderjarige kinderen en het kosteloos gebruik van een woning.

ringen (een 'stamrecht').¹⁴⁸² De kern van het betoog van Spaanstra wordt gevormd door de volgende opmerking:¹⁴⁸³

'Wij moeten onderscheid maken tussen de bron van inkomsten en het recht op grond waarvan de belastingplichtige aanspraken op de inkomsten kan doen gelden. (...). Het vestigen van een zakelijk recht van vruchtgebruik door de eigenaar splitst de rechtsband van de volle eigendom in tweeën: de blote eigendom en het vruchtgebruik. Er zijn nu twee gerechtigden tot de bron, die zelf geen wijziging ondergaat. (...). Als de bron in stand blijft – onroerende goederen, aandelen – spelen veranderingen in de rechtsverhoudingen tot de bron – vervreemding van eigendom en bepaalde zakelijke rechten, vestiging en afstand van beperkte zakelijke rechten – zich geheel af in de privé-vermogenssfeer.'

Spaanstra vervolgt zijn betoog als volgt:

'Hetzelfde geldt n.m.m. als er rechten gevestigd worden, die slechts betrekking hebben op de toekomstige opbrengsten van de bron. Het creëren van aan [een, JPB] persoonlijk recht op inkomsten en opbrengsten (BNB 1956/124) betekent eveneens het aftakken van een deel van de rechten van de hoofdgerechtigde. Hier moeten wij m.i. aannemen dat de hoofdgerechtigde een nieuwe bron creëert: een stamrecht. In het geval van BNB 1956/124 was er niet sprake van een vruchtgebruik maar van een persoonlijk recht op de inkomsten van een bepaald vermogensgedeelte. De belastingplichtige uit het arrest had geen rechtsband tot de bestaande bronnen; hij had een eigen bron: het stamrecht. Wie tegen vergoeding een stamrecht creëert ten behoeve van een ander, creëert een bron en blijft dusdoende in de vermogenssfeer. (Ook wie zonder vergoeding een stamrecht ten gunste van een ander in leven roept creëert een bron.)'

Uit de passages volgt dat binnen de bronnenleer een onderscheid werd aangebracht tussen rechtsverhoudingen die een nieuwe gerechtigdheid tot een bestaande bron tot stand brengen (een 'zakelijk recht'),¹⁴⁸⁴ en het ontstaan van een nieuwe bron/stamrecht (een 'persoonlijk recht op inkomsten'). Het betoog maakt echter niet duidelijk waar het omslagpunt ligt tussen een 'zakelijk recht' en een 'persoonlijk recht op inkomsten en opbrengsten'. Het door Spaanstra genoemde onderscheid brengt mee dat in het ene geval – bij een genotsrecht – een nieuwe rechtsband ontstaat tot een bestaande bron en in het andere geval – bij een persoonlijk recht op inkomsten – de rechtsband een geheel nieuwe bron (een 'stamrecht') vormt. Uitsluitend in het laatste geval kan een p.u. ontstaan.

Het (persoonlijk) genotsrecht

Alhoewel ik het onderscheid tussen een (persoonlijk) genotsrecht enerzijds en een (persoonlijk) recht op inkomsten anderzijds op theoretische gronden kan volgen, ontstaan problemen bij een poging om tot een afbakening tussen beide soorten 'rechten' te komen. De ruime omschrijving van het begrip genotsrecht in art. 5.22 Wet IB 2001 – 'elke gerechtigdheid tot voordelen uit goederen' – maakt het aanbrengen van een onderscheid niet eenvoudiger.¹⁴⁸⁵ Ook hetgeen Spaanstra een 'persoonlijk recht op inkomsten' noemt, is moeilijk te definiëren. Uit de literatuur en rechtspraak kunnen geen duidelijke vuistregels worden afgeleid op grond waarvan het onderscheid met een persoonlijk genotsrecht kan worden bepaald. Hieruit is mogelijk wel af te leiden dat bij een 'persoonlijk recht op inkomsten en opbrengsten' kan worden gedacht aan een recht tot afgifte van een

1482 Spaanstra 1966.

1483 Ibid.

1484 Overigens geldt het voorgaande naar mijn mening niet alleen voor 'zakelijke genotsrechten', maar tevens voor 'persoonlijk genotsrechten'. Beide rechthebbenden genieten de inkomst rechtstreeks uit de onderliggende bron. Zie paragraaf 5.4.

1485 De Wet IB 1964 kende in art. 25, lid 15, onderdeel b, Wet IB 1964 een vergelijkbare bepaling. Anders dan voor toepassing van de Wet IB 1964 speelt bij genotsrechten het onderscheid 'tijdelijk' en 'niet-tijdelijk' thans geen rol meer.

inkomst.¹⁴⁸⁶ Bij een recht op afgifte van een inkomst, wordt de inkomst aanvankelijk door de rechthebbende genoten, waarna deze de inkomst op grond van een obligatoire overeenkomst afstaat. Een dergelijk recht tot afgifte van een inkomst kan leiden tot het aannemen van een stamrecht en daarmee een 'recht op periodieke uitkeringen'.¹⁴⁸⁷

Het probleem van de afbakening van de verschillende soorten 'rechten' doet zich ook voor ten aanzien van de rechten *sui generis* en levert een knelpunt op. De 'equitable interests' kunnen inhoudelijk zeer verschillend zijn. Niet alleen kan een onderscheid worden gemaakt tussen 'present and future interests', maar tevens kunnen binnen beide categorieën aanzienlijke verschillen bestaan. Hierbij geldt dat bepaalde 'present interests' als een genotsrecht zouden kunnen worden aangemerkt en kunnen lijken op een vruchtgebruik, terwijl andere 'present interests' eerder vergelijkbaar zijn met een persoonlijk recht tot afgifte van een inkomst. Daarbij kan het zich voordoen dat aan de beneficiary niet alleen inkomsten, maar tevens – al dan niet op grond van een discretionaire bevoegdheid – uitkeringen ten laste van het trustkapitaal worden gedaan.¹⁴⁸⁸ Uiteraard kan ten aanzien van een 'future interest' geen sprake zijn van een genotsrecht of een p.u., aangezien deze rechten alleen een vermogenswaarde vertegenwoordigen.

Voorbeelden uit de rechtspraak

Het is in dit verband instructief om enkele 'present interests' te beoordelen, die in de rechtspraak aan de orde zijn gekomen. Het recht van de life tenant in *BNB 2008/122* laat duidelijke overeenkomsten zien met het recht van vruchtgebruik, met interings- en vreemdingsbevoegdheid.¹⁴⁸⁹ In dit verband kan ook worden gewezen op de uitspraak van de Raad van Beroep te Amsterdam 25 juni 1924, *PW 12 003*. In die zaak oordeelde de Raad dat het recht van belanghebbende(s) echtgenote op de jaarlijkse trustinkomsten, alsmede – op verzoek – uitkeringen ten laste van het trustkapitaal gelijkgesteld diende te worden met een 'onbeperkt vruchtgebruik'. In deze gevallen is een vergelijking met het recht van vruchtgebruik als *species* van het *genus* genotsrechten, naar mijn mening terecht en is geen sprake van een p.u.

De vergelijking met het recht van vruchtgebruik is echter minder treffend ten aanzien van de aanspraak van de beneficiary in *BNB 2007/19*. De beneficiary in die zaak heeft recht op een jaarlijkse uitkering ter grootte van de opbrengst van het (sub)trustvermogen met een maximum van (cumulatief) 5% van de nettowaarde in het economische verkeer van het (sub)trustvermogen op de valutatdatum van het desbetreffende belastingjaar. De analogie met een recht van vruchtgebruik gaat in dat geval niet direct op, maar het recht kan naar mijn mening nog wel als een 'persoonlijk genotsrecht' worden getypeerd ten aanzien van het vermogen in de (sub)trust. Ondanks de maximering tot 5%, kan – als gevolg van het cumulatieve effect – bij een meerjarige benadering worden volgehouden dat de beneficiary uit *BNB 2007/19* in feite het genotsrecht heeft ten aanzien van het onder (sub)trustverband gestelde inkomen.¹⁴⁹⁰ In juridische zin is van een vruchtgebruik uiteraard geen sprake.

1486 Zie Van de Ven 1998, blz. 18. Zie o.a. HR 17 december 1980, *BNB 1981/27* en Hof 's-Gravenhage 11 juni 1982, *BNB 1983/285*.

1487 Van de Ven 1998, blz. 18.

1488 De regels ter bepaling van hetgeen ten titel van 'income or principal' kan worden uitgekeerd aan een beneficiary zijn soms zeer complex – bijvoorbeeld ten aanzien van 'capital gains' – en kunnen leiden tot afwijkingen van hetgeen naar Nederlandse fiscale maatstaven als 'inkomen' wordt aangemerkt. Overigens kunnen deze 'rekenregels' per land of federale staat verschillend zijn.

1489 Zie paragraaf 8.3.1.

1490 Uitgaande van de veronderstelling van de wetgever ten aanzien van box 3 dat een gemiddeld meerjarig rendement op 4% uitkomt, lijkt deze stelling goed verdedigbaar.

In BNB 2007/18 bestaat de gerechtigdheid daarentegen uit een jaarlijks vast bedrag van £ 10.000 uit de opbrengst van het trustvermogen. Voor het overige ontbreekt iedere band tussen het (trust)inkomen en de uitkeringen aan de beneficiary. De uitkeringen zijn afkomstig uit het (trust)inkomen, maar vertegenwoordigen dit niet. Voorts kan worden gewezen op de aanspraak van de beneficiaries in BNB 1972/13. Afhankelijk van hun leeftijdscategorie ontvingen de beneficiaries jaarlijks een vast bedrag uit het trustinkomen,¹⁴⁹¹ aangevuld met een eenmalig bedrag uit het trustkapitaal bij het bereiken van een bepaalde leeftijd.¹⁴⁹² In dergelijke gevallen gaat de vergelijking met een recht van vruchtgebruik niet meer op en kan zelfs worden beargumenteerd dat geen sprake is van een persoonlijk genotsrecht, maar van een persoonlijk recht op (afgifte van) inkomsten. Uiteraard wordt de band met de (trust)inkomsten nog verder vertroebeld ingeval de uitkeringen tevens – dan wel uitsluitend – bestaan uit vermogenswinsten en/of trustkapitaal. In die gevallen acht ik het aannemen van een p.u. mogelijk.

Kwalificatie van het recht sui generis

Uit het voorgaande volgt dat de vraag of uitkeringen uit een trust als p.u. kunnen worden aangemerkt, naar mijn mening niet in algemene zin kan worden beantwoord. Hierbij heeft als uitgangspunt te gelden dat de onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen en de daaruit afkomstige inkomsten aan de trust – het zelfstandige doelvermogen – worden toegerekend. Vervolgens dient de inhoud van de rechten *sui generis*, als bijzondere (vorderings)rechten, te worden vastgesteld. Op basis van het bepaalde in de trustakte dient te worden beoordeeld welke inhoud ‘het (vorderings)recht’ van de beneficiary heeft en kan worden vastgesteld welke rechtsband de beneficiary onderhoudt met het onder trustverband gebrachte vermogen en/of daaruit afkomstige inkomsten.

Aan de hand van de trustakte dient de gerechtigdheid tot het trustinkomen en/of -vermogen van de beneficiary te worden vastgesteld. Hierbij dient te worden bepaald of het recht van de beneficiary gelijk te stellen is met een (persoonlijk) genotsrecht, dan wel een recht op afgifte van inkomsten en/of vermogen. Daarbij dient de vergelijking plaats te vinden op basis van de functionele kenmerken van het recht *sui generis* en dient te worden onderzocht in hoeverre de aanspraak tot een directe relatie leidt tot de inkomsten uit de trust. Bij een vergelijking met het recht van vruchtgebruik en persoonlijk genotsrecht, dient te worden aangenomen dat de inkomsten door de beneficiary uit de achterliggende bron worden verkregen. Deze vaststelling is voornamelijk van belang ten aanzien van het regime voor inkomsten uit vermogen onder de Wet IB 1964 en speelt in die zin nog een rol ten aanzien van het overgangsrecht. Voor toepassing van de rendementsheffing van box 3 wordt het recht *sui generis* als vermogensbestanddeel in de rendementsgrondslag opgenomen en is de daadwerkelijke inkomst niet langer relevant.¹⁴⁹³

De vergelijking van het recht *sui generis* met een recht van vruchtgebruik of een persoonlijk genotsrecht, is naar mijn mening alleen vol te houden ten aanzien van beneficiaries die (al dan niet gezamenlijk) gerechtigd zijn tot (evenredig gedeelte van) het gehele inkomen uit een (sub)trust. Hetzelfde geldt naar mijn mening voor het bijzondere geval waarin de beneficiary die op grond van zijn ‘equitable interest’ uitsluitend recht heeft op inkomsten uit één of meer specifieke trustgoederen. Het recht *sui generis* van dergelijke beneficiaries is functioneel zozeer vergelijkbaar met een recht van vruchtgebruik of een persoon-

1491 De trustakte vermeldt: ‘Between the ages of twenty one and thirty, four hundred dollars a year. Between the ages of thirty and their death, eight hundred dollars a year.’

1492 In de trustakte is vermeld: ‘When each reaches the age of forty years, six thousand dollars, as capital; When each reaches the age of forty five years, twelve thousand dollars, as capital; When each reaches the age of fifty years, twenty thousand dollars, as capital; When each reaches the age of fifty five years, forty thousand dollars, as capital; (...).’

1493 In dat kader is de aard van het recht *sui generis* nog wel van belang ten aanzien van de waardeeringsvoorschriften.

lijk genotsrecht dat een dienovereenkomstige fiscale behandeling dient te volgen. Dergelijke rechten leiden de inkomsten uit *die* (specifieke) vermogensbestanddelen naar de beneficiaries, zodat een 'bedding' tot de bron is ontstaan. In een dergelijk geval kan geen p.u. worden aangenomen.

Indien geen directe relatie te onderkennen is met het inkomen uit (een gedeelte van) het trustvermogen, kan het recht van de beneficiary worden aangemerkt als een recht op (afgifte van) inkomsten. Hiervan is bijvoorbeeld sprake, indien de gerechtigdheid beperkt blijft tot de uitkering van een vast bedrag per jaar, afkomstig uit de trustinkomsten. Ook indien de uitkeringen geen direct verband houden met de trustinkomsten, omdat deze bijvoorbeeld afkomstig zijn uit het trustkapitaal, is geen sprake van een genotsrecht. In die gevallen overheerst het karakter van een recht op (afgifte) van inkomsten en is niet uit te sluiten dat deze een 'p.u.' vormen.

Waarderingsregels

Voor toepassing van de Wet IB 2001 levert het aangebrachte onderscheid in beginsel slechts een knelpunt op voor de te volgen waarderingsystematiek voor een recht *sui generis*. Voor genotsrechten dient te worden aangesloten bij het verplichte waarderingsvoorschrift van art. 5.22 Wet IB 2001 jo. art. 18 en 19 Uitv.besl. Wet IB 2001, terwijl voor het recht op een p.u. waardering dient plaats te vinden naar het waarderingsvoorschrift van art. 5.23 Wet IB 2001 jo. art. 19 Uitv.besl. Wet IB 2001. Alhoewel beide waarderingsvoorschriften via dezelfde tabel tot een uitkomst leiden, bestaan belangrijke verschillen met betrekking tot de in aanmerking te nemen uitgangspunten.¹⁴⁹⁴

Overgangsrecht

Daarnaast kan ten aanzien van de mogelijke toepassing van het overgangsregime van art. I, onderdeel O, Inv. Wet IB 2001 een knelpunt worden onderkend. De tekst van deze bepaling is niet toegesneden op periodieke uitkeringen uit een trust en kan om die reden ook niet worden toegepast.¹⁴⁹⁵ In de verschillende onderdelen van art. I, onderdeel O, Inv. Wet IB 2001, wordt gesproken van 'premies' en 'overeenkomst'. Het begrip 'premies' is in de Wet IB 2001 niet gedefinieerd, zodat een grammaticale interpretatie voor de hand ligt. In de Van Dale wordt het begrip 'premie' omschreven als het 'bedrag dat men moet betalen om recht op uitkering van een verzekering te krijgen'.¹⁴⁹⁶ Voorts kan worden gewezen op het bepaalde in art. 1.7b Wet IB 2001, waarin het begrip 'premie voor een verzekering' nader is afgebakend. Beide omschrijvingen geven betekenis aan het begrip 'premie' door de relatie met een '(lijfrente)verzekering' aan te brengen. Ook de toevoeging dat de premiebetaling 'ter zake van een overeenkomst' is geschied, sluit aan bij de gedachte van een (lijfrente)verzekering als 'kanscontract'.¹⁴⁹⁷

Begrippen 'premie' en 'overeenkomst'

Naar mijn mening maken de begrippen 'premie' en 'overeenkomst' dat het artikel bij een letterlijke lezing niet van toepassing is op (periodieke) uitkeringen uit een trust. Weliswaar vormen de uitkeringen uit een fixed trust de tegenwaarde voor een prestatie, maar hiermee is 'de inbreng' nog geen 'premiebetaling'. Tevens kan worden opgemerkt dat de instelling van een trustverhouding geen 'overeenkomst' inhoudt; de trust ontstaat als gevolg van een 'eenzijdige rechtshandeling'.¹⁴⁹⁸ Bij strikte lezing van de wettekst is art. I,

1494 Zie nader paragraaf 9.3.3.1.3.

1495 Overigens kan het bepaalde in art. I, onderdeel O, lid 1, onderdeel a, Inv. Wet IB 2001, geen toepassing vinden vanwege het ontbreken van premieaftrek. Uitsluitend de categorieën b t/m d kunnen derhalve in aanmerking komen.

1496 Van Dale Groot woordenboek (versie 2010).

1497 Overigens zijn het ook dergelijke polissen die de wetgever voor ogen hebben gestaan, getuige de opmerkingen in de memorie van toelichting bij de Inv. Wet IB 2001. Zie *Kamerstukken II 1998/99*, 26 728, nr. 3, blz. 16-17.

1498 Zie paragraaf 6.4.1 en tevens HR 14 juli 2006, BNB 2007/18-19, r.o. 3.4.

onderdeel O, Inv. Wet IB 2001, en daarmee het overgangsregime, dan ook niet van toepassing ten aanzien van de uitkeringen uit een trust.

Uitsluitend indien de gedachte aan een 'kanscontract' wordt losgelaten, kan worden verdedigd dat 'de inbreng' als 'premie' kan worden beschouwd en het bestaan van een 'overeenkomst' niet essentieel is. Een dergelijke extensieve interpretatie is naar mijn mening echter niet aannemelijk. In de eerste plaats omvat het overgangsregime, zo volgt duidelijk uit de wettekst, niet alle periodieke uitkeringen.¹⁴⁹⁹ De opzet van de bepaling dwingt dan ook niet tot een zeer ruime uitleg. In de tweede plaats is een ruime uitleg naar mijn mening evenmin te rechtvaardigen met een beroep op de ratio van de overgangsbepaling. De ratio daarvan is gelegen in het handhaven van de saldomethode om zodoende het onbelast gebleven gedeelte in 'gemengde uitkeringen' alsnog te belasten volgens de 'oude regels'. De saldomethode is daarbij bedoeld als rekenregel om het kapitaalselement te elimineren uit de 'gemengde uitkeringen'. Uitsluitend het rente- en risico-element worden zodoende in de heffing betrokken. Periodieke uitkeringen uit een trust zijn evenwel niet in alle gevallen uit deze drie elementen opgebouwd, waardoor de saldomethode als rekenregel – naar de ratio beoordeeld – niet in alle gevallen noodzakelijk is. Hieruit volgt naar mijn mening dan ook geen aanleiding om tot een ruime uitleg van de overgangsbepaling te concluderen.

Omvang van de prestatie

In het geval de overgangsbepaling wel van toepassing kan worden geacht, dient voor een vermogensrechtelijke p.u. de omvang van de 'prestatie' te worden bepaald. De uitkeringen uit een dergelijke p.u. zijn ingevolge de saldomethode uitsluitend belast, indien en voor zover deze de waarde van de prestatie overtreffen. Omtrent het vaststellen van de waarde van de prestatie heeft de Hoge Raad het verwijzingshof de volgende handreiking gedaan:¹⁵⁰⁰

'3.7. Uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 25, lid 1, letter g, van de Wet blijkt dat de wetgever met betrekking tot periodieke uitkeringen die de tegenwaarde voor een prestatie vormen, heeft gekozen voor de zogenoemde saldomethode vanwege zijn uitgangspunt dat alleen het in een periodieke uitkering te onderkennen rente-element in de inkomenssfeer ligt; bij de nadere vormgeving van de saldomethode heeft de wetgever ook het risico-element in de inkomenssfeer gebracht, alsmede het kapitaalelement indien en voorzover in het verleden premieaftrek of stamrechtvrijstelling is genoten (Kamerstukken II 1980/81, 16 787, nr. 3, blz. 16, en Kamerstukken II 1981/82, 16 787, nr. 6, blz. 16). In overeenstemming hiermee dient in een geval als het onderhavige de waarde van de prestatie te worden gesteld op de te schatten contante waarde van de aan belanghebbende toekomstige uitkeringen op het tijdstip dat aan de trust het vermogen ter beschikking werd gesteld.'

Uit de toelichting bij de verwijzingsopdracht volgt dat de waarde van de prestatie dient te worden vastgesteld met inachtneming van de ratio van de saldomethode. De saldomethode is bedoeld om uitsluitend inkomstenbelasting te heffen over het rente- en risico-element in de uitkeringen. Het kapitaalselement wordt daarentegen uitsluitend in de belastingheffing betrokken indien in het verleden premieaftrek of stamrechtvrijstelling is genoten. Aangezien ten aanzien van het onder trustverband stellen van vermogen geen premieaftrek of stamrechtvrijstelling zal zijn verleend, dient de waarde van de prestatie aldus te worden bepaald dat bij toepassing van de saldomethode uitsluitend het rente- en risico-element – 'het overschot' – in de uitkeringen worden belast.

Het overschot wordt volgens de verwijzingsopdracht bepaald door de waarde van de prestatie te schatten op de contante waarde van de toekomstige uitkeringen. In deze benade-

1499 De aanhef van het eerste lid, vóór de limitatieve opsomming van de vier periodieke uitkeringen, eindigt met 'voorzover'.

1500 Zie BNB 2007/18-19. Overigens is het in beide zaken niet gekomen tot een verwijzingsuitspraak.

ring wordt het totaal van de toekomstige uitkeringen als eindwaarde genomen en aan de hand daarvan de contante waarde bepaald. Het verschil tussen de contante waarde – de ‘onbelaste kapitaalsinbreng’ – en de daadwerkelijk ontvangen uitkeringen wordt dan verondersteld het ‘belaste rente- en risico-element’ in de uitkeringen te vertegenwoordigen. Hierbij brengt de Hoge Raad geen onderscheid aan naar de herkomst dan wel de aard van de bedragen binnen de uitkering. Gezien de kwalificatie van de uitkeringen als periodieke uitkeringen is deze ‘aardverandering’ ook te begrijpen.

Alhoewel de voorgestelde contante waardeberekening in praktische zin uitvoerbaar lijkt, zijn hiermee niet alle vragen beantwoord. In zijn annotatie bij *BNB 2007/18* noemt Freudenthal een aantal mogelijke obstakels, waaronder het tijdstip waarop de contante waarde van de uitkeringen dient te worden bepaald. De inschatting dient volgens de verwijzingsopdracht plaats te vinden op het moment dat het vermogen aan de trust ter beschikking werd gesteld. Indien de uitkeringen echter op een later moment worden toegezegd door de trustee, bijvoorbeeld bij een discretionaire trustverhouding, lijkt mij dat het latere moment van toezegging daarvoor in de plaats komt.¹⁵⁰¹ Daarnaast kan worden gewezen op de moeilijkheden die ontstaan bij de inschatting van de toekomstige uitkeringen. Bijzondere moeilijkheden kunnen zich onder meer voordoen, indien aan de uitkeringenreeks opschortende of ontbindende voorwaarden zijn verbonden. Hetzelfde geldt in het geval de trustee de bevoegdheid heeft om aanvullende uitkeringen te doen aan de beneficiary, naast zijn gerechtigheid tot de periodieke uitkeringen. In al deze gevallen wordt de rekenkundige uitwerking van de praktische regel die de Hoge Raad heeft voorgeschreven bemoeilijkt en kan tot knelpunten leiden.

9.3.3.1.2 *Inkomen uit aanmerkelijk belang (box 2)*

De mogelijkheid bestaat dat de gerechtigdheid van een beneficiary leidt tot het aannemen van inkomen uit aanmerkelijk belang. In de rechtspraak is, voor zover mij bekend, nog geen situatie aan de orde gekomen waarin de aanspraken van de beneficiaries leidden tot het aannemen van inkomen uit aanmerkelijk belang.

Bij een onderzoek naar de mogelijkheden om ten aanzien van rechten *sui generis* tot belastingheffing in box 2 te concluderen, dient een onderscheid te worden gemaakt op basis van de samenstelling van het trustvermogen. De gevallen waarin *geen* vermogensbestanddelen onder trustverband zijn geplaatst die een aanmerkelijk belang vormen in de zin van art. 4.6 Wet IB 2001, worden gescheiden behandeld van die gevallen waarin dergelijke vermogensbestanddelen *wel* tot het trustvermogen behoren. Uitgaande van de fiscale non-transparantie van een fixed trust leiden beide gevallen tot een verschillende benadering van de vraag of inkomen uit aanmerkelijk belang wordt genoten. Hierna worden beide situaties separaat behandeld.

Tot het afgezonderde vermogen behoort geen aanmerkelijk belang

Indien het onder trustverband gestelde vermogen *geen* vermogensbestanddelen bevat die een aanmerkelijk belang vormen, is het slechts mogelijk om inkomen uit aanmerkelijk belang aan te nemen, indien de gerechtigdheid als zodanig onder het bepaalde in art. 4.6 Wet IB 2001 kan worden gebracht. Ingevolge deze bepaling kan de gerechtigdheid tot een aanmerkelijk belang leiden, indien de beneficiary op grond daarvan als ‘aandeelhouder’ dan wel als ‘winstbewijshouder’ in ‘een vennootschap’ kan worden aangemerkt.¹⁵⁰² Op grond van art. 4.5 Wet IB 2001 wordt een ‘open fonds voor gemene rekening’ voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling gelijkgesteld met een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.

1501 Zie ook Freudenthal 2008, blz. 635.

1502 Op grond van art. 4.6 Wet IB 2001 kunnen tevens koopopties en lidmaatschapsrechten van een coöperatie leiden tot een aanmerkelijk belang. Aangezien deze stukken naar hun aard (nog) verder afstaan van het recht van de beneficiary, worden deze niet behandeld.

Het komt mij voor dat deze bepalingen in beginsel niet van toepassing zijn ten aanzien van de gerechtigdheid van een beneficiary. Hierbij dient een uitzondering te worden gemaakt voor de beneficiaries die als 'unit holder' betrokken zijn bij beleggingen die in trustverband zijn georganiseerd, zoals in het geval van Unit Trusts en REIT's. Deze beneficiaries/unit holders zijn naar mijn mening in functioneel opzicht te vergelijken met houders van bewijzen van deelgerechtigdheid in een fonds voor gemene rekening.¹⁵⁰³ In die gevallen kan naar mijn mening, indien aan de overige voorwaarden is voldaan, een aanmerkelijk belang worden aangenomen op grond van art. 4.5 jo. art. 4.6 Wet IB 2001.¹⁵⁰⁴

De gerechtigdheden van beneficiaries die niet als een 'aandeel' zijn aan te merken ex art. 4.5 Wet IB 2001, kunnen naar mijn mening niet op grond van art. 4.6 Wet IB 2001 tot een aanmerkelijk belang worden gerekend. Allereerst kan worden geconstateerd dat de term 'vennootschap' ex art. 4.6 Wet IB 2001 niet toepasselijk is ten aanzien van trustverhoudingen; deze worden als 'doelvermogen' gekarakteriseerd. Voorts gaat de gebruikelijke, civielrechtelijk georiënteerde invulling van het begrip 'vennootschap' uit van het 'in gemeenschap brengen met het oogmerk het voordeel te delen'.¹⁵⁰⁵ Deze omschrijving sluit niet aan bij de grondvorm van een trustverhouding en van een 'vennootschap' is dan ook geen sprake.

Als gevolg hiervan behoeft de vraag of een 'beneficial interest' gelijkgesteld kan worden met een 'aandeel' of 'winstbewijs', welke vraag naar mijn mening ontkennend moet worden beantwoord, eigenlijk niet meer te worden behandeld.¹⁵⁰⁶ Desalniettemin kan hieromtrent een enkele opmerking worden gemaakt.

In beginsel kan een gerechtigdheid tot de inkomsten en/of het vermogen van de trust niet worden aangemerkt als een aandeel of winstbewijs.¹⁵⁰⁷ Van een 'aandeel', al dan niet in maatschappelijke zin, dan wel een 'waardepapier', is naar mijn mening geen sprake gezien de (functionele) verschillen tussen deze aanspraken en de rechten van een beneficiary. Ook uit de achtergrond van de uitbreiding van art. 29a Wet IB 1964 per 1 januari 1980, kan worden afgeleid dat de wetgever essentiële verschillen aanwezig heeft geacht tussen een 'aandeel' dan wel 'winstbewijs' enerzijds en een 'belang bij een doelvermogen' anderzijds.¹⁵⁰⁸ De noodzaak tot uitbreiding van art. 29a Wet IB 1964, teneinde te voorkomen dat de regeling zou worden ontweken met behulp van buitenlandse doelvermogens waarin geen 'aandelen' werden gehouden, werd juist ingegeven door deze onvergelykbaarheid. Het belang bij een buitenlands doelvermogen werd om die reden bij wetsfactie aangemerkt als 'aandeel'.¹⁵⁰⁹ Niettegenstaande de wijzigingen van art. 4.14 Wet IB 2001 ten opzichte van art. 29a Wet IB 1964 per 1 januari 2001, waarbij de regeling voor doelvermogens is komen te vervallen,¹⁵¹⁰ doet de achterliggende gedachte naar mijn mening nog steeds opgeld. Nu het belang bij een doelvermogen – bestaande uit een recht *sui generis*

1503 Zie paragraaf 9.2.2.

1504 Langereis 1996, acht de Australische Corporate Unit Trust vergelijkbaar met een open CV en komt tot de vergelijking met een in aandelen verdeeld kapitaal op basis van vrije verhandelbaarheid. Hij acht mogelijk de deelnemingsvrijstelling van toepassing ten aanzien van een belang in een dergelijke trust.

1505 Zie Snel 2010.

1506 Zie ook De Vries 2001.

1507 Het begrip 'winstbewijs' is overigens nauwelijks tot ontwikkeling gekomen, maar lijkt in ieder geval te omvatten het recht op de winst en/of het liquidatieoverschot dat in een waardepapier is belichaamd. Zie o.a. Scholten 1960, Herreveld 1991, blz. 1155-1160 en Blokland 1998, blz. 6-9.

1508 *Kamerstukken II* 1978/79, 15 516, nr. 3, blz. 23-24. Voor een meer recent, maar minder expliciet voorbeeld, wordt verwezen naar de vragen van het Kamerlid Giskes in het kader van de Wet IB 2001. Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727 en 26 728, nr. 115, blz. 22.

1509 Zie art. 29a, lid 2, onderdeel a, Wet IB 1964.

1510 Het vervallen van de regeling voor buitenlandse doelvermogens is tijdens de parlementaire behandeling niet nader gemotiveerd, maar hangt ongetwijfeld samen met de invoering van box 3.

– door de wetgever niet langer is aangeduid als een ‘aandeel’, kan op deze grond geen inkomen uit aanmerkelijk belang worden aangenomen.

Tot het afgezonderde vermogen behoort wel een aanmerkelijk belang

In het geval tot het onder trustverband gestelde vermogen wel aandelen behoren die als aanmerkelijkbelangpakket kunnen worden aangemerkt, dient te worden beoordeeld of om die reden sprake kan zijn van inkomen uit aanmerkelijk belang. Hierbij wordt aangenomen dat de trustverhouding geen schijnhandeling inhoudt en de trust evenmin als stroman optreedt. Aangezien de rechten van een beneficiary niet kunnen worden aangemerkt als aandeel, kan op die grond ook geen (middellijk) aanmerkelijk belang in de zin van art. 4.6 Wet IB 2001 worden aangenomen. Indien evenwel tot het trustvermogen een aanmerkelijk belang behoort ex art. 4.6 Wet IB 2001, kan de beneficiary mogelijk worden aangemerkt als aanmerkelijkbelanghouder, in het geval zijn aanspraak als ‘genotsrecht’ ex art. 4.3 Wet IB 2001 kan worden aangemerkt.¹⁵¹¹ Laatstgenoemde bepaling luidt als volgt:

Art. 4.3. Genotsrechten

‘Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen:

- a. wordt met een aandeelhouder gelijkgesteld degene die slechts gerechtigd is tot voordelen uit aandelen en wordt zijn gerechtigdheid aangemerkt als aandeel;*
- b. wordt met de houder van winstbewijzen gelijkgesteld degene die slechts gerechtigd is tot voordelen uit winstbewijzen en wordt zijn gerechtigdheid aangemerkt als winstbewijs.’*

Op grond van deze bepaling wordt degene die ‘slechts gerechtigd is tot voordelen uit aandelen’ gelijkgesteld met een aandeelhouder. Opvallend is dat, met uitzondering van het opschrift van het artikel, de term ‘genotsrechten’ niet terugkomt in deze bepaling. In art. 4.3 Wet IB 2001 wordt een eigen omschrijving gegeven van het begrip ‘genotsrecht’, zonder dat deze term terugkomt in de wettekst. De algemene definitie van art. 5.22, lid 3, Wet IB 2001 is naar mijn mening dan ook niet direct relevant voor de specifieke bepaling omtrent genotsrechten in de aanmerkelijkbelangregeling.¹⁵¹²

Genotsrechten in de zin van art. 4.3 Wet IB 2001

Bij nadere beschouwing leidt de eigen omschrijving in art. 4.3 Wet IB 2001 – ‘degene die slechts gerechtigd is tot voordelen uit aandelen’ – tot onduidelijkheden ten aanzien van de verschillende gerechtigdheden van de beneficiary van een fixed interest trust. Uiteraard kunnen volgens deze omschrijving – net als in de omschrijving van art. 5.22 Wet IB 2001 – alleen ‘present interests’ als genotsrecht worden aangemerkt, aangezien alleen deze tot huidig gebruik en genot leiden. De concrete invulling van het eigen begrip ‘genotsrecht’ in art. 4.3 Wet IB 2001 leidt ten aanzien van de verschillende ‘present interests’ evenwel tot onduidelijkheden. De volgende situaties dienen als voorbeeld.

Indien wordt aangenomen dat het gehele trustvermogen uitsluitend bestaat uit aanmerkelijkbelangaandelen en de beneficiary gerechtigd is tot het jaarlijkse inkomen uit de aandelen, kan naar mijn mening worden aangenomen dat de beneficiary een genotsrecht heeft in de zin van art. 4.3 Wet IB 2001. Gedacht kan worden aan de ‘life tenant’ die recht heeft op de inkomsten uit de trust. Op grond van zijn genotsrecht heeft de beneficiary een aanmerkelijk belang en wordt zijn gerechtigdheid aangemerkt als aandeel. De inkomsten die op grond van deze gerechtigdheid worden verkregen, vormen bij de beneficiary inkomen uit aanmerkelijk belang.¹⁵¹³

1511 Zie art. 4.3 jo. art. 4.6 Wet IB 2001. art. 4.3 Wet IB 2001 is gebaseerd op art. 20a, lid 9, Wet IB 1964, dat daarbij nog een onderscheid maakte tussen tijdelijke en niet-tijdelijke genotsrechten.

1512 Anders Vakstudie (Inkomstenbelasting 2001), art. 4.3, aant. 1.6 en De Vries 2001.

1513 Hierbij zal in beginsel sprake zijn van het behalen van reguliere voordelen, maar ook het behalen van vervreemdingsvoordelen is mogelijk.

De inkomsten uit de rechten *sui generis* hebben voor de beneficiary op grond van art. 4.3 Wet IB 2001 het karakter van inkomen uit aanmerkelijk belang, waardoor de gevolgen van de non-transparantie van de trust niet worden gevoeld. Overigens blijft de principiële non-transparantie van de trust wel van invloed ten aanzien van het genietingstijdstip dat niet door de werking van de fictie van art. 4.3 Wet IB 2001 terzijde wordt gesteld.¹⁵¹⁴

Ook een minder omvattende gerechtigdheid tot de aandelen, bijvoorbeeld tot een gedeelte van de inkomsten uit de aandelen, kan volgens de definitie van art. 4.3 Wet IB 2001 leiden tot het aanmerken van het recht *sui generis* als aandeel. In de wettekst wordt namelijk gesproken van degene die 'slechts gerechtigd is tot voordelen uit aandelen'. Hierbij wordt niet verlangd dat de beneficiary gerechtigd is tot 'de' (lees: alle) voordelen uit de aandelen. De omvang van de gerechtigdheid tot de voordelen uit de aandelen is als zodanig klaarblijkelijk niet maatgevend ten aanzien van de kwalificatie van een gerechtigdheid als 'genotsrecht' ex art. 4.3 Wet IB 2001.

Uiteraard dient de gerechtigdheid zich uit te strekken tot ten minste 5% van de aandelen, alvorens sprake kan zijn van een aanmerkelijk belang.¹⁵¹⁵ Alhoewel de gerechtigdheid van de beneficiary kan worden vastgesteld aan de hand van de trustakte, bestaan in voorkomende gevallen onduidelijkheden. Gedacht kan worden aan het geval waarin de beneficiary uitsluitend recht heeft op een vaste uitkering van – bijvoorbeeld¹⁵¹⁶ – £ 10.000 en het trustvermogen bestaat uit aanmerkelijkbelangaandelen. In dat geval kan eigenlijk niet worden bepaald op welk gedeelte van de aanmerkelijkbelangaandelen de uitkering betrekking heeft. Ook al zijn verschillende rekenkundige oplossingen denkbaar om een verhouding tussen de vaste uitkering en de waarde van de onderliggende aandelen te benaderen, naar mijn mening kan niet worden gezegd dat de beneficiary recht heeft op voordelen uit de aandelen. Vanuit de beneficiary beoordeeld, bestaat eenvoudigweg recht op een vast bedrag en is de connectie met de aanmerkelijkbelangaandelen mijns inziens onvoldoende om van een 'genotsrecht' ex art. 4.3 Wet IB 2001 te kunnen spreken.

De definitie van genotsrechten in art. 4.3 Wet IB 2001 leidt ook tot onduidelijkheden, indien de gerechtigdheid meer omvat dan slechts inkomsten uit de aanmerkelijkbelangaandelen. Stel dat de beneficiary niet 'slechts' gerechtigd is tot inkomsten, maar 'een meeromvattend recht' bezit op grond waarvan tevens uitkeringen ten laste van het trustkapitaal worden verkregen. Het is onduidelijk of een dergelijke gerechtigdheid als 'genotsrecht' ex art. 4.3 Wet IB 2001 kan worden aangemerkt. In een dergelijk geval strekt de gerechtigdheid zich tevens uit tot de aandelen zelve en is de beneficiary niet 'slechts' gerechtigd tot 'de voordelen uit de aandelen'. Naar de letterlijke tekst van art. 4.3 Wet IB 2001 heeft de beneficiary in die situatie geen 'genotsrecht'. Het recht *sui generis* is evenmin een aandeel geworden. Het gevolg is dat het meer omvattende recht niet als een genotsrecht kan worden aangemerkt en geen aanmerkelijk belang tot stand brengt. Evenmin kan naar mijn mening worden gezegd dat de beneficiary de (economische) eigendom heeft van de aandelen en om die reden dient te worden beschouwd als aandeelhouder. Het recht van de beneficiary dient in deze gevallen op basis van de wettekst tot de rendementsgrondslag van box 3 te worden gerekend.

Voorts ontstaat onduidelijkheid omtrent de invulling van het begrip 'genotsrecht', indien het trustvermogen niet uitsluitend uit aanmerkelijkbelangaandelen bestaat. Ingeval het trustvermogen naast aanmerkelijkbelangaandelen ook andere vermogensbestanddelen omvat, kan niet worden gezegd dat de beneficiary 'slechts gerechtigd is tot voordelen uit aandelen'. De gerechtigdheid van de beneficiary die recht heeft op (een deel van) de inkomsten uit het trustvermogen strekt zich namelijk uit tot alle voordelen en niet

1514 Zie art. 4.43 en 4.46 Wet IB 2001.

1515 Vakstudie (Inkomstenbelasting 2001), art. 4.3, aant. 1.4.

1516 Hierbij valt te denken aan een situatie die lijkt op de casus van BNB 2007/18.

‘slechts’ de voordelen uit de aandelen. Op basis van een letterlijke interpretatie van de tekst kan worden beargumenteerd dat in een dergelijk geval de gerechtigdheid niet ‘slechts’ betrekking heeft op ‘voordelen uit aandelen’ en dat art. 4.3 Wet IB 2001 niet van toepassing is.

Slechts voordelen uit aandelen

De onduidelijkheden in de definitie van art. 4.3 Wet IB 2001, worden veroorzaakt door het tekstdeel ‘slechts gerechtigd is tot voordelen uit aandelen’. Hierbij komt de vraag op of niet is bedoeld dat reeds een aandeel wordt aangenomen als een recht ‘slechts voordelen uit aandelen’ omvat. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat voor deze bepaling – behoudens het onderscheid tussen tijdelijke en niet-tijdelijke genotsrechten – is aangesloten bij art. 20a, lid 9, onderdeel d, Wet IB 1964.¹⁵¹⁷ De parlementaire behandeling van laatstgenoemde bepaling lijkt voornamelijk toegesneden op het (niet-tijdelijke) recht van vruchtgebruik en biedt op zichzelf weinig inzicht in de voorliggende vragen.¹⁵¹⁸ Wellicht moet hieruit worden afgeleid dat uitsluitend ten aanzien van een ‘meeromvattend recht’ als het recht van vruchtgebruik met interings- en vervreemdingsbevoegdheid,¹⁵¹⁹ gelijkstelling op zijn plaats is. Uit de parlementaire behandeling volgt dat echter niet met zoveel woorden en evenmin kan op dit punt worden teruggevalen op de rechtspraak.

Ook de achtergrond van het overgangsrecht bij de Wet IB 2001 biedt op dit punt geen houvast. Weliswaar wordt onderkend dat de rechten van een beneficiary een genotsrecht ten aanzien van een aanmerkelijk belang kunnen inhouden, maar tot een nadere afbakening leidt deze constatering niet. In reactie op een vraag naar de noodzaak van overgangsrecht voor bestaande rechten van beneficiaries die betrekking hebben op een trust waartoe aanmerkelijkbelangaandelen behoren, antwoordt de staatssecretaris als volgt:¹⁵²⁰

‘De trust kent een grote diversiteit aan verschijningsvormen. De fiscale kwalificatie van de trust is afhankelijk van de feitenconstellatie. Als de rechten van een beneficiary op grond van deze feitenconstellatie gelijkgesteld kunnen worden met genotsrechten, zullen voor de tot het trustvermogen behorende aanmerkelijkbelangaandelen de overgangsbepalingen inzake genotsrechten en aanmerkelijk belang toepassing vinden; indien dit niet zo is, vallen de rechten van de beneficiary onder de heffing van box III.’

Aangezien niet wordt aangegeven in welke gevallen gelijkstelling met een ‘genotsrecht’ op grond van de feitenconstellatie dient te worden aangenomen, geeft het citaat geen nadere houvast. Aangezien het niet goed mogelijk is om te bepalen in welke gevallen een present interest als ‘genotsrecht’ kan worden aangemerkt en dus belastingheffing in box 2 dient plaats te vinden, is naar mijn mening sprake van een knelpunt.

Future interests

Ten slotte dient te worden beoordeeld op welke wijze een ‘future interest’ in aanmerking wordt genomen binnen de aanmerkelijkbelangregeling. De future interests verschillen in de mate van waarschijnlijkheid dat deze ooit tot ‘present enjoyment’ zullen leiden.¹⁵²¹ Tot die tijd vertegenwoordigt een future interest uitsluitend een vermogenswaarde. In economische zin kunnen sommige future interests worden vergeleken met het recht van de hoofdgerechtigde. Hierbij kan worden gedacht aan de ‘remainder interest’. De gelijkstelling gaat naar mijn mening echter zeer beperkt op. Indien de future interest niet vaststaat, dan wel aan opschortende en/of onbindende voorwaarden is verbonden – de future inte-

1517 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, nr. 3, blz. 195-196.

1518 Zie o.a. *Kamerstukken II 1995/96*, 24 761, nr. 3, blz. 51 en *Kamerstukken II 1996/97*, 24 761, nr. 7, blz. 62-63.

1519 Zie art. 3:212 en 3:215 BW.

1520 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 728, nr. 6, blz. 100.

1521 Zie paragraaf 6.3.5.2.b voor de verschillende ‘future interests’.

rest is dan 'subject to defeasance'/'subject to open' dan wel 'contingent' – verdwijnt de vergelijkbaarheid met de rechtspositie van blote eigenaar steeds verder naar de achtergrond.

Daarnaast kan worden opgemerkt dat in juridische zin aanzienlijke verschillen bestaan tussen de hoofdgerechtigde en de future interest beneficiary. De verschillen komen tot uitdrukking in het feit dat de trustee als 'legal owner' de beschikkingsbevoegdheid heeft ten aanzien van de aandelen. De future interest beneficiary is dan ook geen (bloot) eigenaar van de aandelen en kan mijns inziens niet als aandeelhouder worden aangemerkt. Voorts ontbreekt een fictie die – omgekeerd aan 4.3 Wet IB 2001 – inhoudt dat degene die uitsluitend gerechtigd is tot de vermogenswaarde van aandelen als aandeelhouder wordt aangemerkt.

Gezien het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de vergelijking van een future interest en de (blote) eigendom niet opgaat. De beneficiary die een future interest houdt, is nu dan ook geen 'aandeelhouder'. Hoogstens kan ten aanzien van 'indefeasibly vested remainders' of 'indefeasibly vested reversions' de economische gelijkstelling met de positie van de hoofdgerechtigde worden volgehouden. In andere gevallen staat de vergelijkbaarheid met de blote eigendom (te) ver af van de rechtspositie van de 'future interest beneficiary'. In die gevallen kan de aanmerkelijkbelangregeling naar mijn mening dan ook niet worden uitgevoerd ten aanzien van de future interest beneficiary. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de praktische complicaties die optreden, indien een remainder afhankelijk is van een opschortende voorwaarde ('contingent'), dan wel de groep van 'blote eigenaren' nog kan worden uitgebreid ('vested subject to open'). In die gevallen lijkt gelijkstelling met de blote eigendom ook niet goed inpasbaar binnen het systeem van de aanmerkelijkbelangregeling. De future interest maakt dan deel uit van box 3.

9.3.3.1.3 *Inkomen uit sparen en beleggen (box 3)*

Op grond van de toerekeningsregels van art. 2.14, lid 2, Wet IB 2001 dient de gerechtigdheid van een beneficiary die – met inachtneming van het overgangsrecht¹⁵²² – niet leidt tot het aannemen van inkomen uit periodieke uitkeringen en verstrekkingen (paragraaf 9.3.3.1.1) en evenmin als inkomen uit aanmerkelijk belang (paragraaf 9.3.3.1.2) kan worden aangemerkt, te worden gerekend tot de rendementsgrondslag van box 3. Uiteraard dient hierbij in de eerste plaats te worden vastgesteld dat de beneficiary daadwerkelijk over een 'vermogensrecht' in de zin van de Wet IB 2001 dient te beschikken. In deze paragraaf wordt uitgegaan van het bestaan van een recht *sui generis* en wordt de vraag naar de aanwezigheid van een 'vermogensrecht' niet gesteld. Deze vraag komt in paragraaf 9.3.3.2 aan de orde bij de behandeling van de knelpunten, indien een recht *sui generis* ontbreekt.

Bronnentheorie en box 3

Bij de beoordeling van de mogelijkheid om aanspraken van beneficiaries op uitkeringen uit een fixed trust tot de vermogensrendementsheffing te rekenen, is het niet van belang of de rechten – als bron van inkomen – daadwerkelijk inkomsten zullen voortbrengen.¹⁵²³ De bronnentheorie, zoals die aan de inkomstenbelasting ten grondslag ligt, kent voor toepassing van box 3 een eigen invulling. De eigen invulling van de bronnentheorie ten aanzien van de vermogensrendementsheffing is gebaseerd op de Wet VB 1964 en komt tot uitdrukking aan het slot van art. 5.3, lid 2, Wet IB 2001.¹⁵²⁴ Op die plaats wordt aangegeven dat alle relevante bezittingen een 'waarde in het economische verkeer' dienen te hebben. De term 'waarde in het economische verkeer' heeft op deze plaats niet de functie van waarderingsvoorschrift,¹⁵²⁵ maar is bedoeld om aan te geven dat één van de drie navol-

1522 art. I, onderdeel O, Inv. Wet IB 2001.

1523 Zie paragraaf 5.5.

1524 Op grond van art. 5.3, lid 3, Wet IB 2001 dienen ook schulden een waarde in het economische verkeer te hebben.

1525 Zie afdeling 5.4, in het bijzonder art. 5.19, lid 1, Wet IB 2001.

gende gevallen zich dient voor te doen, alvorens van een fiscaal relevante bezitting kan worden gesproken.¹⁵²⁶

‘De waarde van een goed kan op de volgende manieren tot uitdrukking komen:

- a Het goed kan een bron van (toekomstige) inkomsten zijn.*
- b Het goed is overdraagbaar en zal bij overdracht opbrengst hebben.*
- c Het bezit van het goed bespaart de bezitter uitgaven die hij anders wel had moeten maken.’*

De doctrine rondom dit begrip ‘waarde in het economische verkeer’ is gevormd binnen de Wet VB 1964 en voor de vermogensrendementsheffing expliciet bevestigd.¹⁵²⁷ Achtergrond daarvan is om te voorkomen dat vermogensbestanddelen ook tot de rendementsgrondslag worden gerekend, die uitsluitend als gevolg van persoonlijke omstandigheden aan de zijde van de belastingplichtige een (affectie)waarde bezitten.¹⁵²⁸ Het vermogensbestanddeel dient slechts als bezitting in aanmerking te worden genomen, indien het een waarde in het economische verkeer bezit en daarmee de belastingplichtige objectief bezien in een voorsprongpositie plaatst.¹⁵²⁹ Voor toepassing van de Wet IB 2001 wordt een vermogensbestanddeel met een waarde in het economische verkeer in de zin van deze doctrine geacht ‘per definitie’ een bron van inkomen te vormen.¹⁵³⁰

Het voorgaande brengt mee dat het onderscheid tussen ‘present interests’ en ‘future interests’ voor toepassing van box 3 niet van belang is ten aanzien van het aannemen van een ‘vermogensrecht met een waarde in het economische verkeer’. Ook indien de gerechtigdheid geen inkomsten voortbrengt en uitsluitend een vermogenswaarde vertegenwoordigt, wordt deze tot de rendementsgrondslag gerekend. Uiteraard zullen aanzienlijke verschillen bestaan bij de waardering van de rechten in deze beide categorieën, maar in alle gevallen worden deze in aanmerking genomen als bezitting.

Overige vermogensrechten

De aanspraak van een beneficiary is naar de bedoeling van de wetgever te rangschikken onder de categorie ‘overige vermogensrechten’ ex art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001. Deze vangnetbepaling is mede gemotiveerd met een verwijzing naar de verschillende rechten die beneficiaries aan een trustverband kunnen ontleen en die niet als één van de eerder genoemde vermogensrechten zouden kunnen worden aangemerkt.¹⁵³¹ In de literatuur is opgemerkt dat de wetgever zich ten aanzien van trustrechten had kunnen verlaten op de eerdere categorie ‘rechten die niet op zaken betrekking hebben, waaronder geld’ (art. 5.3, lid 2, onderdeel e, Wet IB 2001) en dat het creëren van deze restcategorie te wijten is aan ‘koudwatervrees’.¹⁵³²

Ook al is deze constatering juist, ik kan mij indenken dat de wetgever het noodzakelijk heeft geacht om een duidelijke vangnetbepaling op te nemen. Weliswaar kunnen de aanspraken van een beneficiary worden aangemerkt als ‘rechten die niet op zaken betrekking hebben’, maar discussies gebaseerd op de bijzondere aard van de gerechtigdheid – al dan niet betrekking hebbende op een zaak – zouden tot onduidelijkheid hebben kunnen leiden. Gezien de complexe aard van de rechten *sui generis* en de sterke band die kan ontstaan met de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen, is het naar mijn mening

1526 Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.B.

1527 Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. A, blz. 84-85.

1528 Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), onderdeel 5.1.4.B. en Geppaart 1995, blz. 68-70.

1529 Hierin is een beperkte vorm van de bronnentheorie binnen box 3 te onderkennen. De opmerkingen van de Raad van State ten aanzien van het opnemen van dit tekstdeel wijzen ook in die richting. Zie Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. A, blz. 84.

1530 Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 3, blz. 229.

1531 Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 234.

1532 De Vries 2001. Ook Sonneveldt 2000a, blz. 67-68 acht een restcategorie overbodig.

goed dat de wetgever een bijzondere restcategorie heeft opgenomen om eventuele lacunes te voorkomen.

Waarde in het economische verkeer

Nu is vastgesteld dat de aanspraken van beneficiaries bij een fixed trust als 'overig vermogensrecht' worden aangemerkt, dient vervolgens de waardering daarvan te worden vastgesteld. Bijzondere waarderingsvoorschriften ten aanzien van trustverhoudingen ontbreken, zodat de waardering in beginsel dient te geschieden op grond van de hoofdregel van art. 5.19, lid 1, Wet IB 2001, naar 'de waarde in het economische verkeer'. Volgens constante rechtspraak is de waarde in het economische verkeer 'de prijs die bij aanbidding van de zaak ten verkoop op de meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meestbiedende gegadigde daarvoor zou zijn besteed'.¹⁵³³ De algemene waarderingsregel is ten aanzien van enkele vermogensbestanddelen overigens nader ingevuld. In dit kader zijn bijzondere waarderingsregels opgenomen voor genotsrechten (art. 5.22 Wet IB 2001) en rechten op periodieke uitkeringen (5.23 Wet IB 2001). Deze bepalingen geven een dwingende invulling aan het algemene begrip 'waarde in het economische verkeer' en kunnen ook ten aanzien van rechten *sui generis* van toepassing zijn.

De algemene waarderingsregel van art. 5.19, lid 1, Wet IB 2001 biedt voldoende mogelijkheid om rekening te houden met alle specifieke kenmerken van de verschillende 'beneficial interests'. In ieder concreet geval kan een waarde *ex aequo ac bono* worden bepaald.¹⁵³⁴ Het lijkt mij dat deze waarderingsregel in ieder geval ten aanzien van de 'ongrijpbare rechten' van beneficiaries bij een onzuivere discretionary trust dient te worden toegepast. De waardering van deze rechten *sui generis* dient te geschieden met inachtneming van het trustverband, waarbij – eventueel – aansluiting kan worden gezocht met nabij gelegen rechtsverhoudingen.¹⁵³⁵ In dit verband kan worden verwezen naar het oordeel van Hof 's-Hertogenbosch in een zaak voor de Wet VB 1892. Het Hof oordeelt op grond van de feiten dat belanghebbende een complex van rechten met geldswaarde heeft en merkt omtrent de waardering van het 'recht' het volgende op:¹⁵³⁶

'dat het Hof, de schatting van die voorwaardelijke rechten ex aequo ac bono uitvoerende, daaraan een geldswaarde toekent van ongeveer f 120 000; dat deze schatting leidt tot een zuiver vermogen, hetwelk niet noemenswaard verschilt van dat, waartoe de Insp. – zij het langs een andere weg – is gekomen; dat het Hof bij zijn schatting heeft overwogen, dat grosso modo kan worden gezegd, dat het trustvermogen met hetgeen daaraan uit de opbrengsten zal zijn toegevoegd naar alle waarschijnlijkheid te zijner tijd aan de kinderen zal toevallen, voorzover zij dit niet reeds eerder door uitkeringen zullen hebben ontvangen; dat de kans, dat anderen in dat vermogen zullen delen, gering is en deze omstandigheid tezamen met die, dat de kinderen tijdens het bestaan van de trust slechts persoonlijke en aan voorwaarden en beperkingen onderhevige rechten jegens de trust hebben, niet tot een lagere schatting behoeft te leiden, vooral ook gezien het feit, dat de trust kennelijk bovenal in het belang van de kinderen is opgericht;'

Uit de overweging wordt niet geheel duidelijk welke factoren het Hof in aanmerking heeft genomen bij deze 'waardebepaling in goede justitie'. Uit het citaat kan evenwel worden afgeleid dat het Hof op grond van waarschijnlijkheidsoverwegingen tot de conclusie komt dat het inkomen/vermogen aan de kinderen zal toevallen en dat de beperkingen van het trustverband geen aanleiding geven tot een lagere schatting.

1533 Zie o.a. HR 5 februari 1969, BNB 1969/63 en HR 17 oktober 1990, BNB 1990/336.

1534 Sonneveldt 2000a, blz. 128, merkt op dat in veel gevallen niet kan worden ontkomen aan een waardering *ex aequo ac bono*, hetgeen naar zijn mening ook niet bezwaarlijk is.

1535 Zie Geppaart 1995, blz. 179 en 213.

1536 Zie Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, 73/1962 MII, BNB 1963/119.

Inbreukregel

De benadering van het Hof kan worden gezien als een gemodificeerde uitwerking van de 'inbreukregel'. De inbreukregel, zoals Sonneveldt die uit de rechtspraak voor de SW 1956 en de Wet VB 1892 herleidt,¹⁵³⁷ houdt in dat bij de waardering van rechten *sui generis* rekening wordt gehouden met de inbreuk die het trustverband maakt op de veronderstelde eigendom. Hierbij vindt voor de waardering in wezen een vergelijking plaats met nabij gelegen rechtsfiguren, zoals volle eigendom, eigendom bezwaard met fidei-commis, en vruchtgebruik, waarbij men zich kan:¹⁵³⁸

'laten leiden door de regelen welke de wet onder de letters a tot en met e geeft voor de waardering van die zaken in dezer voege, dat de waardering van die zaken naar die regelen meer benadert naarmate het recht zelf het recht van eigendom benadert'.

Indien de inbreuk beperkt is, kan bij de waardering de waarde van de onbezwaarde onderliggende vermogensbestanddelen worden benaderd.¹⁵³⁹ Hiermee wordt een referentiekader aangebracht op basis van de intermediaat die uit de trustinstelling volgt. De inbreukregel leidt weliswaar niet tot eensluidende waardering van het recht van de beneficiary, maar geeft wel richting aan het waarderingsvraagstuk. De inbreukregel leidt immers tot een vergelijking met een nabij gelegen rechtsverhouding. Opvallend is overigens dat ook in recente rechtspraak de vraag naar de waardering van de rechten van de beneficiary eigenlijk nauwelijks aan de orde komt.¹⁵⁴⁰

Bij een waardering naar de waarde in het economische verkeer kan de 'inbreukregel' als hulpmethode worden gebruikt om het recht *sui generis* op waarde te schatten. Het recht *sui generis* van een beneficiary kan bijvoorbeeld bestaan uit 'een samenstel' van afzonderlijke rechten/bevoegdheden, zoals een recht op de jaarlijkse trustinkomsten, aangevuld met het recht op uitkeringen ten laste van het trustvermogen. Daarnaast kan de beneficiary het recht hebben om de samenstelling van het trustvermogen te bepalen.¹⁵⁴¹ Ook kan aan de beneficiary een (beperkte) testeerbevoegdheid zijn verleend.¹⁵⁴² Voorts kunnen verschillende opschortende en/of ontbindende voorwaarden zijn verbonden aan de gerechtigdheid van de beneficiary en kunnen bijzondere bepalingen zijn opgenomen ter zake van de omvang van de gerechtigdheid tot het inkomen en/of vermogen. Als voorbeeld kan het gemaximeerde, cumulatieve recht op inkomsten van de beneficiary uit BNB 2007/18 worden genoemd, dat door het Hof als volgt is weergegeven:

'3.2.3. De [...] beneficiaries zijn niet gerechtigd tot het trustvermogen als zodanig. Wel hebben zij elk recht op een jaarlijkse uitkering ter grootte van de opbrengst in dat belastingjaar van hun aandeel in het trustvermogen met een maximum van vijf percent van de netto waarde in het economische verkeer van dat aandeel op de valutadatum van het betreffende belastingjaar. Voor zover de inkomsten in een jaar meer bedragen dan de voormelde vijf percent, worden deze eveneens uitgekeerd indien en voor zover het totaal van de in de voorgaande jaren uitgekeerde bedragen minder is dan vijf percent van de vorenbedoelde waarde in die jaren.'

Het vorenstaande vormt geen uitputtende beschrijving van de verschillende trustaanspraken, maar is bedoeld als illustratie van de factoren die van invloed kunnen zijn op de

1537 Sonneveldt 2000a, blz. 118 en 128.

1538 HR 1 november 1961, BNB 1962/87.

1539 Sonneveldt 2000a, blz. 128, concludeert voor de SW 1956 dat het trustverband voor de waardering kan worden verwaarloosd, indien de inbreuk geringer is dan een bewind of fidei-commis. Hij acht deze benadering evenwel ongenueanceerd en lijkt voorstander van een waardering *ex aequo ac bono*.

1540 Zie Rb. Haarlem 19 januari 2009, FED 2009/37 en – ten aanzien van een SPF – Rb. Haarlem 17 december 2009, NTFR 2010/659.

1541 Zie bijvoorbeeld BNB 2008/122.

1542 Zie bijvoorbeeld BNB 1955/7.

waardering daarvan. De waarderingsmaatstaf van box 3 biedt op zichzelf voldoende flexibiliteit om de uiteenlopende gerechtigdheden te kunnen waarderen. Hierbij dient het recht *sui generis* als 'complex' te worden gewaardeerd, met inachtneming van het bepaalde in art. 5.19, lid 2, Wet IB 2001. De samenstellende delen van het recht van de beneficiary dienen bijeen genomen te worden en als geheel te worden gewaardeerd.

Oorzaken onduidelijkheden bij waardering trustaanspraken

Het voorgaande laat onverlet dat de toepassing van deze waarderingsmaatstaf in een concreet geval moeilijkheden kan opleveren die tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid kunnen leiden. Deze moeilijkheden kennen naar mijn mening twee oorzaken. De eerste oorzaak is dat het niet altijd duidelijk is aan welke rechten en bevoegdheden binnen het complex van een recht *sui generis* een (separate) vermogenswaarde dient te worden toegekend. De tweede oorzaak is dat het soms slecht mogelijk is om vast te stellen met welke nabij gelegen vermogensrechten een trustaanspraak dient te worden vergeleken. In die gevallen is niet duidelijk of één van de specifieke waarderingsvoorschriften dient te worden toegepast. Voorts ontbreekt in die gevallen ook een duidelijk 'referentiekader' om de uitkomst van het waarderingsvraagstuk te kunnen toetsen. Beide oorzaken kunnen meebrengen dat het niet alleen lastig is om in een concreet geval een waarde in het economische verkeer toe te kennen aan een trustaanspraak, maar vervolgens ook om de uitkomst daarvan te 'staven' aan de hand van een enigszins vergelijkbare grootheid. Beide oorzaken staan niet geheel los van elkaar, maar worden hierna afzonderlijk besproken.

Vermogensrechten en formele bevoegdheden

De eerstgenoemde oorzaak is terug te voeren op de vraag aan welke samenstellende delen binnen het complex van rechten en bevoegdheden van de beneficiary waarde dient te worden toegekend. Het recht op uitkeringen uit het inkomen en/of kapitaal dient namelijk in samenhang te worden gewaardeerd met eventuele aanvullende bevoegdheden.¹⁵⁴³ Hierbij kan worden gedacht aan een vervreemdings- en interingsbevoegdheid, een (beperkte) testeerbevoegdheid, het recht om het beleggingsbeleid (mede) te bepalen en de bevoegdheid om een verzoek te doen tot aanvullende uitkeringen. Dient aan deze bevoegdheden in het kader van de waardering naar de waarde in het economische verkeer een vermogenswaarde te worden toegekend?

Het komt mij voor dat een duidelijk onderscheid dient te worden gemaakt tussen aanvullende (vermogens)rechten en aanvullende formele bevoegdheden.¹⁵⁴⁴ De mogelijkheid om eventueel een aanvullende uitkering ten laste van het trustkapitaal te ontvangen, is naar mijn mening een recht noch een bevoegdheid. Deze mogelijkheid is afhankelijk van een discretionaire bevoegdheid aan de zijde van de trustee en leidt slechts tot een 'verwachting'. Daaraan kan naar mijn mening dan ook geen vermogenswaarde worden toegekend. Indien sprake is van een 'recht' aan de zijde van de beneficiary, kan hieraan uitsluitend een vermogenswaarde worden toegekend als deze de beneficiary ook ten voordele strekt. Bevoegdheden met een meer 'formeel karakter', zoals het recht om de samenstelling van het trustvermogen te wijzigen of te worden geconsulteerd bij bepaalde beslissingen van de trustee, hebben als zodanig geen invloed op de omvang van de te ontvangen uitkeringen als zodanig en daarmee ook niet op de waarde van het recht van de beneficiary. Hetzelfde kan worden gezegd van een testeerbevoegdheid die de beneficiary evenmin tot voordeel kan strekken.¹⁵⁴⁵

Lastiger ligt het mijns inziens ten aanzien van een interings- en vervreemdingsbevoegdheid. Enerzijds kan hieraan ontegenzeggelijk een vermogenswaarde worden toegekend,

1543 Voor zover noodzakelijk kan in dit verband worden verwezen naar art. 5.19, lid 2, Wet IB 2001.

1544 Zie ook HR 24 november 1954, BNB 1955/7.

1545 In vergelijkbare zin ten aanzien van de testamentaire aanwijzingsbevoegdheid, Sonneveldt 2000a, blz. 119.

nu de interingsbevoegdheid de beneficiary in staat stelt – naast de vruchten – ook het kapitaalselement ten eigen voordele te benutten. Anderzijds, en daarmee wordt de als tweede genoemde oorzaak aangestipt, lijkt een interings- en vervreemdingsbevoegdheid bij de waardering van het Nederlandse recht van vruchtgebruik geen rol van betekenis te spelen. Het bijzondere waarderingsvoorschrift zoals dat geldt voor het recht van vruchtgebruik kent geen betekenis toe aan de aanwezigheid van een interingsbevoegdheid.¹⁵⁴⁶ Het ligt dan ook niet voor de hand om bijvoorbeeld ten aanzien van het recht van de 'life tenant', dat functioneel vergelijkbaar is met het vruchtgebruik, wel betekenis toe te kennen aan een eventuele interingsbevoegdheid.

Ontbreken van vergelijkingsmateriaal

De als tweede genoemde oorzaak van de onduidelijkheden bij de waardering van trustaanspraken is gelegen in de vergelijking met andere vermogensrechten bij een inhoudelijke beoordeling van de rechten *sui generis*. Zoals besproken in paragraaf 9.3.3.1.1, kunnen de rechten van de beneficiarissen – afhankelijk van de relatie met het trustinkomen – worden aangemerkt als een (persoonlijk) genotsrecht, een recht op vermogensrechtelijke periodieke uitkeringen, dan wel een overig vermogensrecht. In paragraaf 9.3.3.1.1 is aangegeven dat de cesuur ten aanzien van deze verschillende rubrieken niet eenvoudig is aan te brengen. De onduidelijkheden die daarbij ontstaan beperken zich niet uitsluitend tot de kwalificatie van het recht op de uitkeringen, maar hebben daarmee ook gevolgen voor de waardering daarvan in box 3.

Op grond van art. 5.22, lid 1, Wet IB 2001 wordt de waarde van 'genotsrechten' bepaald op basis van het waarderingsvoorschrift van art. 18 Uitv.besl. Wet IB 2001. De waarde van het genotsrecht wordt vastgesteld door de jaarlijkse voordelen uit het genotsrecht te vermenvuldigen met een kapitalisatiefactor. Hierbij worden de jaarlijkse voordelen gesteld op 4% van de waarde van hetgeen aan het genotsrecht is onderworpen. De kapitalisatiefactor wordt bepaald met inachtneming van het bepaalde in art. 19 Uitv.besl. Wet IB 2001. De waarde van de 'hoofdgerechtigdheid' wordt gesteld op de onbezwaarde waarde van de goederen verminderd met de gekapitaliseerde waarde van het genotsrecht. Gezien de functionele gelijkenissen met het recht van vruchtgebruik kan deze systematiek naar mijn mening worden gebruikt in het geval van een 'life interest trust' om de waarde van het recht van de 'life tenant' en de 'remainderman' te bepalen.

Ook voor de waardering van andere (persoonlijke) genotsrechten in de zin van art. 5.22, lid 3, Wet IB 2001, kan deze waarderingsmethode worden gebruikt. Alvorens van een genotsrecht kan worden gesproken, dient naar mijn mening een duidelijke relatie te bestaan tussen de uitkering op grond van de 'present interest' en (een gedeelte van) het trustinkomen. Anders kan niet van een 'genotsrecht' worden gesproken en kan evenmin worden bepaald welk (gedeelte van het) vermogen als grondslag voor de jaarlijkse voordelen van 4% dient. Bij de kapitalisatie van het genotsrecht wordt rekening gehouden met een groot aantal factoren. Zo wordt onder meer onderscheid gemaakt tussen uitkeringen die reeds zijn ingegaan en uitkeringen die nog moeten ingaan; uitkeringen die afhankelijk zijn van één of meer levens en uitkeringen onafhankelijk van een leven;¹⁵⁴⁷ en uitkeringen met een vaste looptijd en uitkeringen die eerder kunnen eindigen. Veel trustaanspraken die als 'genotsrecht' zijn aan te merken, kunnen naar mijn mening op basis van deze tabel worden gewaardeerd.

Future interests

Het komt mij echter voor dat voor de waardering van 'future interests' niet altijd kan worden teruggevallen op de 'aftrekmethode' van art. 5.22, lid 2, Wet IB 2001. Deze methode gaat immers uit van de veronderstelling dat de 'hoofdgerechtigde' de bezwaarde goederen

¹⁵⁴⁶ Art. 5.22 Wet IB 2001 jo. art. 18 en 19 Uitv.besl. Wet IB 2001.

¹⁵⁴⁷ In dat geval wordt tevens rekening gehouden met de leeftijd en het geslacht.

in bezit heeft. Voor 'remainder interests' en 'reversions' die indefeasibly vested zijn, kan bij deze veronderstelling worden aangesloten om de waarde van de trustaanspraak te bepalen, maar ten aanzien van de overige 'future interests' vormt deze veronderstelling geen juist uitgangspunt voor vergelijking. De onzekerheden en voorwaarden die verbonden zijn aan dergelijke 'contingent and defeasible interests' dienen op andere wijze te worden verdisconteerd. Ten aanzien van dergelijke future interests dient naar mijn mening te worden teruggevallen op de hoofdregel van art. 5.19, lid 1, Wet IB 2001.

Ook de waardering van een vermogensrechtelijke p.u. geschiedt op grond van een bijzonder waarderingsvoorschrift aan de hand van de kapitalisatiemethode (art. 5.23 jo. art. 19 Uitv.besl. Wet IB 2001). Hierbij wordt dezelfde kapitalisatiefactor gehanteerd als voor genotsrechten. Het is desalniettemin van belang om onderscheid te maken tussen 'genotsrechten' en 'rechten op een p.u.'. Bij de waardering van een recht op periodieke uitkeringen wordt namelijk niet de onderliggende waarde van het vermogen als basis genomen voor de kapitalisatie, maar het jaarlijkse bedrag van de uitkeringen.¹⁵⁴⁸ Ook bij een p.u. wordt in het kader van de kapitalisatie rekening gehouden met een veelheid aan factoren. De trustaanspraken die als p.u. kunnen worden aangemerkt, zijn op basis van deze waarderingstabel te waarderen. Voor de gevallen waarin het waarderingsmodel niet kan worden toegepast, kan worden teruggevallen op de regeling van art. 19, lid 11, Uitv.besl. Wet IB 2001.¹⁵⁴⁹

Waarderingsvoorschriften en hulpmethode

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de rechten van beneficiaries binnen box 3 op grond van drie methoden kunnen worden gewaardeerd. In de eerste plaats kan waardering plaatsvinden volgens het waarderingsvoorschrift voor 'genotsrechten'. In de tweede plaats kan het recht *sui generis* worden gewaardeerd als een recht op periodieke uitkeringen die de tegenwaarde vormen voor een prestatie. Beide waarderingsvoorschriften geven een verplichte invulling van het begrip 'waarde in het economische verkeer'. De afbakeningsproblematiek ten aanzien van de kwalificatie van vermogensrechten als genotsrecht of periodieke uitkering, die eerder in paragraaf 9.3.3.1.1 is gesignaleerd, vormen ook hier een knelpunt bij de keuze van de juiste waarderingsmethode.

In de derde plaats worden de vermogensrechten die niet als een 'genotsrecht' of 'p.u.' kunnen worden aangemerkt volgens de 'algemene waarderingsregel' gewaardeerd. Hierbij kan de 'inbreukregel' als hulpmethode worden aanvaard bij het waarderen van rechten *sui generis* als complex. Hierbij kan worden gedacht aan 'future interests' die 'defeasible' dan wel 'contingent' zijn, aanspraken bij een onzuivere discretionary trust en 'present interests' die een p.u. noch een genotsrecht vormen. Ten aanzien van de laatste kan onder meer worden gedacht aan:¹⁵⁵⁰ het recht op een eenmalige uitkering, uitkeringen ten laste van het trustkapitaal (die geen p.u. vormen), en uitkeringen ten laste van het trustinkomen (die geen genotsrecht vormen).

9.3.3.2 Knelpunten bij het ontbreken van rechten sui generis

Anders dan de beneficiaries van een fixed trust, verkrijgen de beneficiaries van een 'zuivere' discretionary trust (nog) geen bepaalde of bepaalbare aanspraken. Bij een discretionary trust hebben de beneficiaries uitsluitend de verwachting om als begunstigde te worden overwogen en in de toekomst eventueel een uitkering te ontvangen. Deze enkele verwachting leidt als zodanig nog niet tot het aannemen van een 'recht *sui generis*'.

1548 Bij een p.u. tot een onzeker jaarlijks bedrag dient het gemiddelde bedrag te worden geschat (art. 19, lid 9, Uitv.besl. Wet IB 2001).

1549 Het lid luidt als volgt: 'De waarde van een periodieke uitkering die niet valt onder een van de vorige leden, wordt gesteld op het bedrag, waarvoor een zodanige uitkering zou kunnen worden aangekocht.'

1550 Zie ook De Vries 2001.

De daadwerkelijke ontvangst van een uitkering is afhankelijk van de discretionaire beslissingsbevoegdheid van de trustee. Hierbij kunnen de letter(s) of wishes en/of de protector richting geven aan de beslissingen van de trustee, maar deze wordt daardoor in juridische zin niet gebonden. De instelling van een discretionary trust brengt dan ook geen relatie tot stand tussen de beneficiaries en het onder trustverband gestelde vermogen dan wel het daaruit afkomstige inkomen.

Een blote verwachting

Aangezien een (rechts)band met het trustvermogen en/of -inkomen ontbreekt, bestaat geen grond voor toerekening daarvan aan de beneficiaries. In de opzet van het subjectgerichte stelsel bestaat eenvoudigweg geen aanleiding belasting te heffen bij de beneficiaries vanwege hun 'trustbetrokkenheid'. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet IB 2001 is dit uitgangspunt ook bevestigd. Aldaar is opgemerkt dat de beneficiary van een discretionary trust niet in box 3 kan worden betrokken, indien deze uitsluitend een 'blote verwachting' koestert.¹⁵⁵¹ Hiermee is aangesloten bij de lijn in de rechtspraak voor de Wet VB 1964.¹⁵⁵² Bij een discretionary trust worden de onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen alsmede inkomsten daaruit, toegerekend aan de 'trust' als doelvermogen.

Als uitgangspunt heeft dan ook te gelden dat belastingheffing niet aan de orde is ten aanzien van de enkele aanwijzing als beneficiary van een discretionary trust, aangezien deze uitsluitend leidt tot een 'verwachting'. In die aanwijzing kan in het kader van de vermogensrendementsheffing geen bezitting worden onderkend. De draagkrachtvermeerdering die binnen de Wet IB 2001 in de vorm van een bezitting tot belastingheffing aanleiding zou moeten geven ontbreekt namelijk. Voorts kan worden opgemerkt dat de aanwijzing als beneficiary in voorkomende gevallen ongedaan kan worden gemaakt, doordat de trustee – al dan niet in samenspraak met de protector – de bevoegdheid kan bezitten om een beneficiary te schrappen.

Het laat zich in drie gevallen denken dat de betrokkenheid bij een discretionary trust voor de beneficiary alsnog tot belastingheffing leidt, namelijk: (i) indien een uitkering wordt ontvangen, (ii) uitkeringen worden toegezegd en (iii) in het geval van een onzuivere discretionary trust.

Ontvangen van een uitkering

In de eerste plaats kan de situatie worden genoemd waarin door een beneficiary daadwerkelijk een uitkering wordt ontvangen. Indien de trustee besluit een uitkering te doen aan één van de beneficiaries, dan is deze uitkering te beschouwen als een schenking.¹⁵⁵³ De uitkering is dan ook niet afkomstig uit een 'bron van inkomen' en geeft reeds om die reden geen aanleiding tot belastingheffing in de Wet IB 2001. De ontvangst van een uitkering leidt niet tot belastingheffing in box 1 en box 2. De uitkering is niet afkomstig uit een recht op periodieke uitkeringen (box 1) en evenmin de opbrengst van een *genotsrecht* (box 2). Indien de beneficiary in Nederland woonachtig is, maakt de uitkering na ontvangst deel uit van de rendementsgrondslag van box 3. Ten aanzien van een in het buitenland woonachtige beneficiary treedt uitsluitend buitenlandse belastingplicht op, indien het ontvangen vermogensbestanddeel een Nederlandse bezitting is.¹⁵⁵⁴ Bij het ontvangen van een uitkering doen zich als gevolg van de kwalificatie van de discretionary trust als zelfstandige entiteit alsmede het ontbreken van rechten *sui generis* naar mijn mening geen knelpunten voor.

1551 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 17, blz. 115. Het betreft in dat geval een 'zuivere' discretionary trust.

1552 Zie paragraaf 5.5.2.1.

1553 Vanwege de vestigingsplaats van de trust is, geabstraheerd van het APV-regime, in Nederland geen schenkingsrecht verschuldigd.

1554 Zie art. 7.7, lid 2, Wet IB 2001.

Toezeggen van een recht op uitkeringen

In de tweede plaats kan de trustee van een discretionary trust een recht op één of meer uitkeringen toezeggen aan een beneficiary. De toezegging op één of meer uitkeringen leidt tot de verkrijging van een recht *sui generis* door de beneficiary. In het geval van een recht op een eenmalige uitkering ontstaat een (voorwaardelijke) gerechtigdheid voor de beneficiary die ten laste komt van het trustvermogen en/of de inkomsten daaruit. Het recht als zodanig is een 'overig vermogensrecht' in de zin van art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001. Voor de daadwerkelijke ontvangst van de uitkering geldt hetgeen hiervóór is opgemerkt.

In het geval door de trustee een recht op toekomstige uitkeringen wordt toegezegd, bijvoorbeeld een life interest, wijzigt ten aanzien van de beneficiary het karakter van de discretionary trust in die van een fixed trust. Voor de fiscaalrechtelijke implicaties en de knelpuntenanalyse kan in beginsel worden volstaan met een verwijzing naar hetgeen ten aanzien van de beneficiary van een fixed trust is opgemerkt.¹⁵⁵⁵ Hierbij dient nog bijzondere aandacht te worden besteed aan de vraag of de uitkeringen ook in deze situatie de tegenwaarde voor een prestatie vormen. Het recht op uitkeringen is immers niet rechtstreeks toegekend tegenover de 'inbreng' door de settlor. Om die reden is De Vries van mening dat de uitkeringen niet de tegenwaarde voor een prestatie vormen.¹⁵⁵⁶ Daarentegen is Freudenthal van mening dat ook bij de toezegging op een reeks van uitkeringen vanuit een aanvankelijk discretionaire trustverhouding, de latere uitkeringen de tegenwaarde voor een prestatie vormen.¹⁵⁵⁷ Hierbij merkt Freudenthal op dat de Hoge Raad namelijk geen nauw verband verlangt tussen de prestatie en de uitkeringen.¹⁵⁵⁸

Ik ben met Freudenthal van mening dat ook bij de latere toezegging van een recht op uitkeringen, indien deze een 'p.u.' vormen, de uitkeringen de tegenwaarde voor een prestatie zijn. De Hoge Raad lijkt slechts een 'finaal verband' te eisen tussen de inbreng en de latere uitkeringen. Hierbij komt dat de latere afzondering van een gedeelte van het onder trustverband gestelde vermogen – dan wel hetgeen daarvoor in de plaats is gekomen – ten behoeve van de toegezegde uitkeringen, in materieel opzicht gelijk is met de instelling van een fixed trust. Het is naar mijn mening dan ook juist de uitkeringen als tegenwaarde voor een prestatie te beschouwen.

Niet in rechte vorderbare periodieke uitkering

Voorts kan nog worden gewezen op de mogelijkheid om uitkeringen uit een discretionary trust op grond van art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001, in de heffing te betrekken. De achtergrond van art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001 heeft – onder meer – betrekking op uitkeringen uit familiestichtingen.¹⁵⁵⁹ Op grond van deze bepaling zijn periodieke uitkeringen die niet in rechte vorderbaar zijn en worden ontvangen van een rechtspersoon belast in box 1. In het kader van deze bepaling dient te worden vastgesteld wie de 'betaler'¹⁵⁶⁰ van de uitkeringen is. Alhoewel de trustee in civielrechtelijke zin de betalingen doet, is naar mijn mening de trust als zelfstandig doelvermogen voor fiscale doelein-

1555 Zie paragraaf 9.3.3.1.

1556 De Vries 2001.

1557 Zie de annotatie bij BNB 2007/18.

1558 In dat verband verwijst Freudenthal naar r.o. 3.5 van BNB 2007/18.

1559 In de Leidraad bij het Besluit IB 1941, par. 39, is de volgende toelichting te lezen: 'De niet in rechte vorderbare uitkeringen, waarop art. 34, lid 2, 3° [thans art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001], ziet, zijn uitsluitend uitkeringen, gedaan door rechtspersonen. (...) Een voorbeeld van de onder 3° vallende uitkeringen vormen periodieke ondersteuning, door familiestichtingen gedaan.'

1560 Nu de uitkeringen niet in rechte vorderbaar zijn, is het mijns inziens onjuist om van schuldenaar te spreken.

den de relevante betaler.¹⁵⁶¹ Het is de trust en niet de trustee die functioneel vergelijkbaar is met de familiestichting. Aangezien de trust geen rechtspersoon is, kan deze bepaling niet worden toegepast. Het gaat mijns inziens te ver om een family trust als 'rechtspersoon' aan te merken voor toepassing van deze bepaling.¹⁵⁶² Voor zover de wetgever de uitkeringen uit een trust overeenkomstig de uitkeringen uit een familiestichting zou willen belasten,¹⁵⁶³ kan van een knelpunt worden gesproken.

Onzuivere discretionary trust

In de derde plaats wordt bij 'onzuivere discretionary trusts' wel het standpunt ingenomen dat de beneficiaries 'in feite een afdwingbaar recht' hebben gekregen. Bij een onzuivere discretionary trust worden beneficiaries geacht niet uitsluitend 'een blote verwachting' te hebben, maar 'in feite' een recht *sui generis*. In zoverre kan deze situatie worden gezien als een geval waarin wel rechten zijn ontstaan aan de zijde van de beneficiaries.¹⁵⁶⁴ Doorgaans stelt de inspecteur in die gevallen de discretionaire beslissingsbevoegdheid van de trustee ter discussie en tracht aannemelijk te maken dat de vrije beslissingsbevoegdheid van de trustee niet overeenstemt met de feitelijke gang van zaken. De trustee zou bijvoorbeeld handelen volgens de – vooraf vastgestelde – wensen van de settlor, dan wel op basis van aanwijzingen van de beneficiaries. Achter de coulissen van de discretionary trust is dan een ander dan de trustee 'feitelijk beslissingsbevoegd' ten aanzien van het onder trustverband gestelde vermogen en de trust is geen 'zuivere discretionary trust'.

De achterliggende veronderstelling is dat de settlor heeft gekozen voor de uiterlijke vormgeving van een discretionary trust, maar eigenlijk geen discretionaire rechtsverhouding tot stand heeft willen brengen.¹⁵⁶⁵ Opvallend is dat, voor zover bekend, in de rechtspraak geen pogingen zijn ondernomen om in geval van een onzuivere discretionary trust de civielrechtelijke basis ter discussie te stellen. Binnen de fiscale erkenningsregel zou de civielrechtelijke rechtsgeldigheid van de trustverhouding dan met vrucht terzijde kunnen worden gesteld. De doctrine in de Anglo-Amerikaanse rechtspraktijk omtrent 'total shams' en 'partial shams'¹⁵⁶⁶ zou daarbij door inspecteur in stelling kunnen worden gebracht. Hiertoe zouden inspecteurs de Nederlandse rechter van een privaatrechtelijke analyse kunnen voorzien, op grond waarvan de laatste zich kan vergewissen van het feit dat de trustverhouding niet rechtsgeldig tot stand is gekomen.

Civielrechtelijke beoordeling

Vooralsnog blijven de pogingen van de fiscus beperkt tot het bijeenbrengen van feiten en omstandigheden op grond waarvan wordt beargumenteerd dat een afwijking van de gepresenteerde civielrechtelijke werkelijkheid is ontstaan. De rechtsgeldigheid van de civielrechtelijke uitgangshouding wordt daarbij niet bestreden. Hierbij valt op dat niet wordt getracht om aan de vermeende, afwijkende civielrechtelijke vormgeving het gevolg

1561 Anders Nobel 1991, blz. 36, die betoogt dat ook de trustee als uitgangspunt kan worden genomen. Het is dan afhankelijk van de hoedanigheid van de trustee of deze bepaling toepassing kan vinden. Sonneveldt 2000a, blz. 60, acht deze benadering onjuist. Ook De Vries 2001, houdt de trust voor de betaler.

1562 Van Mens sluit in het Rapport Stichtingen, blz. 75, niet uit dat de rechter trusts voor toepassing van deze bepaling als rechtspersoon aanmerkt.

1563 Naar mijn mening hebben onverplicht betaalde uitkeringen, die niet als publiekrechtelijke p.u. kunnen worden aangemerkt, het karakter van een schenking en dienen niet als 'inkomen' te worden aangemerkt.

1564 In het bijzonder ten aanzien van het waarderingsvraagstuk kan worden verwezen naar de paragrafen 9.3.3.1.1 en 9.3.3.1.3, waarbij een beoordeling *ex aequo ac bono* ten aanzien van de waardering van aanspraken ten opzichte van een onzuivere discretionary trusts het vertrekpunt zal zijn.

1565 Sonneveldt 2000a, blz. 50-51, noemt het voorbeeld van een Blind Trust of Red Cross Trust. In die gevallen is reeds op voorhand duidelijk dat de genoemde liefdadigheidsinstellingen niets zullen ontvangen en kan van een schijnhandeling worden gesproken.

1566 Zie paragraaf 6.4.4.

te verbinden dat de bestreden discretionaire trustverhouding eigenlijk geen discretionary trust, maar een fixed trust is.¹⁵⁶⁷ Thans blijft de stellingname van de fiscus beperkt tot de proeve dat – in afwijking van de civielrechtelijke werkelijkheid – een ‘feitelijke gerechtigdheid’ is ontstaan.

Evenmin worden expliciete pogingen ondernomen om een schijnhandeling of herkwalificatie te stellen.¹⁵⁶⁸ Ook hierbij zou een civielrechtelijke analyse van de trustverhouding kunnen worden ingebracht. Het voordeel van deze benadering, waarbij de inspecteur eigenlijk dezelfde feiten en omstandigheden bijeen dient te brengen als bij de stelling dat sprake is van ‘meer dan een blote verwachting’, is mijns inziens tweemaal. In de eerste plaats vergroot een nauwkeurige analyse het inzicht in deze weerbarstige materie. Hierdoor worden niet alleen de juridische verhoudingen in de onderhavige zaak beter blootgelegd, maar kan tevens in andere zaken worden voortgebouwd op de vergaarde kennis.¹⁵⁶⁹ In de tweede plaats leidt een nauwkeurige analyse van de civielrechtelijke verhoudingen tot een beter inzicht in de verschillen die bestaan tussen op het oog vergelijkbare feitencomplexen, waarbij telkens tot een ander eindoordeel wordt gekomen.¹⁵⁷⁰ Het komt mij voor dat de verschillen die in de lagere rechtspraak optreden, zijn terug te voeren op de onmogelijkheid om in de verschillende trustgevallen de onderliggende rechtsverhoudingen te ontrafelen.

Bewijstechnische problemen

In veel gevallen strandt een analyse van de civielrechtelijke verhoudingen op problemen van bewijstechnische aard bij het verzamelen en duiden van feiten. Tijdens de parlementaire behandeling van het APV-regime wordt de noodzaak van wetgeving dan ook onderbouwd met een verwijzing naar de bewijstechnische problemen in de uitvoeringspraktijk.¹⁵⁷¹

‘Er wordt weliswaar aanzienlijke menskracht door de Belastingdienst in gestoken maar het vergaren van de feiten is tijdrovend en wordt in de praktijk fors belemmerd door juridische rookgordijnen, waardoor de echte feiten en omstandigheden niet op tafel komen.’

De stelling dat een discretionary trust geen ‘zuivere discretionary trust’ is en bij de beneficiaries leidt tot de aanwezigheid van meer dan een blote verwachting (lees: een ‘feitelijk afdwingbaar recht’), kan als uitvloeisel van deze bewijsnood worden gezien. De problemen die hierbij ontstaan, kunnen mijns inziens als het belangrijkste knelpunt worden gezien bij de inpassing van discretionary trusts in het Nederlandse fiscale stelsel.

9.3.4 Samenvattend overzicht van de knelpunten

De belangrijkste knelpunten die zich voordoen bij een confrontatie van het Nederlandse belastingstelsel met de Anglo-Amerikaanse trust zijn onder te verdelen in knelpunten (i) met betrekking tot de belastingplicht van de Anglo-Amerikaanse trust in de Wet Vpb 1969, en (ii) knelpunten in de Wet IB 2001 ten aanzien van de natuurlijke personen die bij de trust betrokken zijn. De gesignaleerde knelpunten worden hierna opgesomd:

1567 Zo merkt Sonneveldt 2000a, blz. 53, op dat naar zijn mening geen sprake is van een discretionary trust, indien op voorhand reeds vaststaat dat de trustee de wensen van de settlor zullen volgen. Sonneveldt wijst ook op de bewijstechnische problemen die optreden, indien wordt getracht om deze stelling aannemelijk te maken.

1568 De stelling dat sprake is van een ‘feitelijke gerechtigdheid’ kan overigens wel als variant van een impliciete schijnhandeling of herkwalificatie worden opgevat.

1569 Het is voor een goed inzicht in de verschillende uitspraken in trustzaken dan ook van belang dat de alle relevante passages uit de trustakte in de uitspraak worden opgenomen.

1570 Zie de uitspraken in paragraaf 5.5.2.2.

1571 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 35, blz. 6.

Knelpunten ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust in de Wet Vpb 1969

Binnenlandse belastingplicht

- Het ontbreken van binnenlandse belastingplicht voor doelvermogens, waaronder de Anglo-Amerikaanse trust.
- Indien binnenlandse belastingplicht wordt aangenomen, is niet duidelijk waartoe de objectieve belastingplicht zich dient uit te strekken.

Buitenlandse belastingplicht

- Als gevolg van het ontbreken van binnenlandse belastingplicht voor doelvermogens is de buitenlandse belastingplicht van Anglo-Amerikaanse trusts niet gegarandeerd, omdat sprake is van een niet-gerechtigde, ongelijke behandeling.
- Het object van heffing voor de buitenlandse belastingplicht van Anglo-Amerikaanse trusts is aanmerkelijk ruimer geformuleerd dan de objectieve belastingplicht in binnenlandse verhoudingen van rechtsvormen die voor wat betreft de civielrechtelijke structuur het meest op doelvermogens lijken ('stichtingen').

Knelpunten ten aanzien van de bij de trust betrokken personen in de Wet IB 2001

Knelpunten ten aanzien van de settlor

- Indien aanmerkelijkbelang aandelen onder trustverband worden geplaatst door middel van een 'declaration of trust' is niet duidelijk of een (fictieve) vervreemding kan worden aangenomen. Naar mijn mening dient art. 4.16, lid 1, onderdeel g, Wet IB 2001, evenwel van toepassing te zijn.
- Bij het onder trustverband stellen van een aanmerkelijkbelangpakket sluit de bestaande wettekst van art. 4.22, lid 1, Wet IB 2001 ('overeenkomst') onvoldoende aan bij trustgevallen om de correctieregel zonder meer toe te kunnen passen.
- Het is niet duidelijk of ten aanzien van een settlor die zich mengt in het door de trustee gevoerde beleid een 'vermogensrecht' kan worden aangenomen in de zin van art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001.
- Onduidelijk is welke waarde in het economische verkeer aan een 'power to revoke' dient te worden toegekend.

Knelpunten ten aanzien van de trustee/protector

- Ten aanzien van de trustee en protector doen zich *geen* knelpunten voor. De trustee en protector hebben geen economisch belang bij de trustgoederen en ontvangen uitsluitend voor hun werkzaamheden een vergoeding die als winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheden kunnen worden belast. Desalniettemin worden de trustee en protector wel genoemd als 'betrokkenen bij een doelvermogen' voor toepassing van het trusthokje in het aangiftebiljet.

Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een fixed trust (box 1)

- Onduidelijk is in welke gevallen een recht op uitkeringen leidt tot een 'p.u.' in verband met de toepassing van het overgangsrecht (art. I, onderdeel O, Inv. Wet IB 2001).
- Indien een 'p.u.' zou kunnen worden aangenomen, is toepassing van het overgangsrecht niet zonder meer mogelijk nu de wettekst niet aansluit bij de uitkeringen uit een trust ('premie' en 'overeenkomst').
- Naar de ratio van de regeling beoordeeld, lijkt toepassing van het overgangsrecht ten aanzien van uitkeringen uit een trust niet aan de orde.
- Mocht het overgangsrecht van toepassing zijn, dan kan de waarde van de 'prestatie' niet altijd worden bepaald.

Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een fixed trust (box 2)

- De gerechtigdheid van een beneficiary kan niet worden aangemerkt als 'aandeel', waardoor de aanmerkelijkbelangregeling niet van toepassing is op trustaanspraken.
- De definitie van het begrip 'genotsrecht' in art. 4.3 Wet IB 2001 is onduidelijk en ten aanzien van beneficial interests niet goed toepasbaar.

- Inpassing van 'future interests' is binnen de opzet van het aanmerkelijkbelangregime niet goed mogelijk.

Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een fixed trust (box 3)

- De indeling van de rechten *sui generis* die beneficiaries aan een fixed trust kunnen ontlelen, is doorgaans niet goed te maken. Hierdoor kan niet worden vastgesteld of voor de waardering van trustaanspraken in box 3 de waarderingsregels dienen te worden gehanteerd ten aanzien van: (i) een vermogensrechtelijke p.u., (ii) een genotsrecht, of (iii) een overig vermogensrecht.
- Als vaststaat dat de waardering dient plaats te vinden naar de waarde in het economische verkeer ex art. 5.19, lid 1 en 2, Wet IB 2001, kan onduidelijkheid bestaan omtrent de eventuele waarde die aan 'formele bevoegdheden' kan worden toegekend.
- De waardering van trustaanspraken kan zeer complex zijn, mede als gevolg van de voorwaarden die aan een recht *sui generis* kunnen zijn verbonden. In dat geval dienen hulpmethoden, zoals de inbreukregel, te worden ingeroepen.

Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een discretionary trust (box 1)

- Indien een p.u. afkomstig is van een discretionary trust kan art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001, niet worden toegepast, omdat een discretionary trust geen rechtspersoon is.

Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een discretionary trust (box 3)

- In theorie vormt de afwezigheid van een 'kanaal' bij discretionary trusts *geen* knelpunt. De afwezigheid van een gerechtigdheid brengt mee dat de beneficiaries niet in de belastingheffing kunnen worden begrepen. Het in de discretionary trust ondergebrachte vermogen wordt dan ook niet (indirect) in Nederland in de heffing betrokken. De wetgever spreekt in deze gevallen van een 'onbelast zwevend vermogen' en acht deze situatie onwenselijk.
- Het belangrijkste knelpunt met betrekking tot de discretionary trust is in wezen van bewijstechnische aard en betreft de vraag of een beneficiary niettegenstaande de juridische vormgeving een afdwingbaar 'vermogensrecht' kan ontlelen aan de trustverhouding.

Rubricering oorzaken

Uit de opsomming volgt dat de knelpunten drie oorzaken kennen. In de eerste plaats kan worden geconcludeerd dat een aantal knelpunten het gevolg is van het feit dat de wetgever geen rekening heeft gehouden met de Anglo-Amerikaanse trust. Als gevolg daarvan bestaat te weinig flexibiliteit om sommige rechtsvormen in te passen. De wetgever heeft bijvoorbeeld verzuimd de subjectieve belastingplicht van binnenlandse doelvermogens adequaat te regelen, waardoor tevens ten aanzien van de buitenlandse belastingplicht van doelvermogens knelpunten ontstaan. Voorts is bij de redactie van een aantal wetteksten onvoldoende rekening gehouden met de specifieke civielrechtelijke structuur van Anglo-Amerikaanse trusts, waardoor deze bepalingen niet (goed) toepasbaar zijn in trustgeval-
len.

In de tweede plaats kunnen de knelpunten worden genoemd die het gevolg zijn van de principiële afwezigheid van een 'kanaal' tussen discretionary trusts enerzijds en de bij de trust betrokken personen anderzijds. Rechtsfiguren waarbij een relatie ontbreekt met de daarbij betrokken personen, kunnen uitsluitend in Wet Vpb 1969 worden betrokken. Het ontbreken van een kanaal maakt dat het doelvermogen volledig op zichzelf is komen te staan en geen 'vermogenswaarde' tot uitdrukking brengt in het vermogen van de daarbij betrokken natuurlijke personen. Aldus kan het door de wetgever gewraakte 'onbelaste zwevende vermogen' ontstaan. In het verlengde hiervan kan worden geconcludeerd dat de beperkte belastingplicht ten aanzien van 'stichtingachtige rechtsfiguren' in binnen-

landse verhoudingen leidt tot onduidelijkheden bij de vaststelling van de objectieve belastingplicht van doelvermogens in buitenlandse verhoudingen.

Als derde en laatste oorzaak van de knelpunten kan de inhoudelijke beoordeling van het recht *sui generis* worden genoemd. Allereerst komt de vraag op in welke gevallen bij beneficiaries van een discretionary trust een vermogensrecht kan worden aangenomen. Vervolgens kan worden vastgesteld dat de vermogensrechten van beneficiaries bij een fixed trust inhoudelijk zeer verschillend kunnen zijn. Niet in alle gevallen kan de aard van de gerechtigdheid worden vastgesteld. De kwalificatie van de gerechtigdheid als een 'p.u.', een genotsrecht, dan wel een overig vermogensrecht is echter voor een aantal bepalingen van belang, waaronder de waarderingsvoorschriften in box 3. Ten slotte kunnen bij de daadwerkelijke toepassing van de genoemde waarderingsvoorschriften ten aanzien van de rechten *sui generis* praktische complicaties worden onderkend.

Hierna worden verschillende voorstellen besproken op basis van een entiteitsbenadering om de signaleerde knelpunten weg te nemen.

9.4 INPASSINGSVOORSTEL VOOR ANGLO-AMERIKAANSE TRUSTS

9.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt een voorstel ontwikkeld tot inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel. Hierbij wordt uitgegaan van een 'entiteitsbenadering' die volgt uit het kwalificatiemodel en derhalve aansluit op de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandige entiteit binnen het Nederlandse belastingstelsel. Uitgaande van deze entiteitsbenadering wordt beoordeeld op welke wijze de geïnventariseerde knelpunten kunnen worden weggenomen. Hieruit volgt dat geen voorstellen worden gedaan waarin het onder trustverband gestelde inkomen en vermogen worden toegerekend aan de beneficiaries,¹⁵⁷² dan wel degene die het vermogen heeft afgezonderd.¹⁵⁷³ Hierbij wordt getoetst aan de criteria die in paragraaf 1.3 zijn genoemd.

Bij het voorstel tot inpassing wordt onderscheid gemaakt tussen de voorstellen die ten doel hebben de knelpunten weg te nemen met betrekking tot de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandige entiteit (paragraaf 9.4.2) en de knelpunten die zijn onderkend ten aanzien van de bij de Anglo-Amerikaanse trust betrokken personen (paragraaf 9.4.3). Afgesloten wordt met een beoordeling van het voorgestelde alternatief ten aanzien van de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust (paragraaf 9.4.4). In paragraaf 9.5 wordt het APV-regime besproken en beoordeeld. Vervolgens wordt in paragraaf 9.6 het voorstel op basis van een entiteitsbenadering vergeleken met het APV-regime. Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 9.7).

9.4.2 Inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts als zelfstandige entiteit

De knelpunten die samenhangen met het ontbreken van binnenlandse belastingplicht voor doelvermogens kunnen worden weggenomen door de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandige entiteit in de belastingheffing te betrekken. In de literatuur zijn enkele voorstellen gedaan om op basis van een entiteitsbenadering tot inpassing van de Anglo-Ame-

1572 Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 3, blz. 14-15, waarin een alternatief tot inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust door middel van toerekening aan de beneficiaries van de hand is gewezen. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt nog opgemerkt dat toerekening aan de begunstigden in Duitsland 'in de praktijk tot grote problemen leidt' (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, blz. 59).

1573 Het APV-regime, dat uitgaat van een toerekening aan de inbrenger en na het overlijden van de inbrenger aan diens erfgenamen, wordt besproken in paragraaf 9.5.

rikaanse trust te komen.¹⁵⁷⁴ Hierbij kunnen verschillende modaliteiten worden onderscheiden aan de hand waarvan inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandig doelvermogen kan plaatsvinden.

Belangrijk voordeel van een inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering is dat de belastingheffing kan aangrijpen op het niveau van het doelvermogen. Daarmee wordt niet alleen uitvoering gegeven aan de fiscale kwalificatie van de trustverhouding, tevens komt de verschuldigde belasting indirect – in economische zin – ten laste van de beneficiaries. Ook indien (nog) niet duidelijk is ‘wie’ als begunstigden een uitkering uit de trust zullen ontvangen, komt de belastingheffing op het niveau van het doelvermogen uiteindelijk ten laste van degenen die in de toekomst een (geringere) uitkering verkrijgen. Hiermee wordt op een effectieve wijze uitvoering gegeven aan de doelstelling om ‘onbelast zwevend vermogen’ tegen te gaan, terwijl deze ook in praktisch opzicht efficiënt is.

Een heffing op basis van een entiteitsbenadering kan op verschillende wijzen worden vormgegeven. In de eerste plaats wordt inbedding van de trust als zelfstandige entiteit in de Wet Vpb 1969 besproken. In de tweede plaats kan worden gekozen voor inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust binnen de Wet IB 2001. Hierbij wordt het doelvermogen ‘als ware het een natuurlijke persoon’ in de inkomstenbelasting betrokken. Bij dit alternatief wordt beoordeeld of het verschil in wezen tussen natuurlijke personen en lichamen aan de uitvoerbaarheid van deze mogelijkheid in de weg staat. In de derde plaats kan ten aanzien van doelvermogens een ‘eigen regime’ worden gecreëerd. Een eigen regeling voor doelvermogens zou het bestaande stelsel ten aanzien van winst en inkomen aanvullen.

Hierna worden de drie alternatieven nader uitgewerkt. Vervolgens wordt ingegaan op de noodzaak tot het opnemen van vestigingsplaatsficties bij een entiteitsbenadering. Voorts wordt aandacht besteed aan de samenhang met de SW 1956 bij een inpassing op basis van een entiteitsbenadering. In paragraaf 9.4.3 wordt ingegaan op de mogelijkheden om de knelpunten ten aanzien van de bij de trust betrokken personen weg te nemen met een inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering. De verschillende alternatieven worden beoordeeld in paragraaf 9.4.4 en daarbij wordt een inpassingsvoorstel gedaan.

9.4.2.1 *Inpassing van trusts binnen de Wet Vpb 1969*

De binnenlandse belastingplicht voor Anglo-Amerikaanse trusts kan eenvoudig worden gecreëerd door middel van het opnemen van de (rest)categorie ‘doelvermogens’ in art. 2, lid 1, Wet Vpb 1969.¹⁵⁷⁵ De veronderstelling dat binnenlandse belastingplicht zich ten aanzien van doelvermogens niet gemakkelijk laat denken,¹⁵⁷⁶ kan mijns inziens geen rechtvaardiging vormen voor het blijvend ontbreken van binnenlandse belastingplicht ten aanzien van deze rechtsvormen. Voorts leidt de principiële afwezigheid van binnenlandse belastingplicht ten aanzien van doelvermogens tot knelpunten bij de buitenlandse belastingplicht.¹⁵⁷⁷ Deze knelpunten kunnen worden weggenomen door in een nieuw art. 2, lid 1, onderdeel h, Wet Vpb 1969, de vangnetcategorie ‘doelvermogens’ op te nemen.

Beperkte of onbeperkte belastingplicht?

In het verlengde van het organiseren van de subjectieve belastingplicht, dient te worden bepaald of ten aanzien van doelvermogens een beperkte of onbeperkte subjectieve belastingplicht dient te gelden. Dient voor de belastingplicht van doelvermogens te worden aangesloten bij de onbeperkte belastingplicht die onder meer voor de (beleggings)ven-

1574 Zie o.a. Rapport Commissie-Moltmaker, Olde Bijvank en Stevens 2007 en Auerbach 2009b.

1575 Zie ook Olde Bijvank en Stevens 2007.

1576 Heithuis en Van den Dool 2007.

1577 Zie paragraaf 9.2.3.

nootschap en het open fonds voor gemene rekening heeft te gelden, dan wel de beperkte belastingplicht die geldt voor stichtingen en verenigingen?

Ik ben van mening dat ten aanzien van doelvermogens een onbeperkte belastingplicht heeft te gelden. Het object van heffing dient naar mijn mening – in zijn algemeenheid – onafhankelijk te zijn van de aard van de rechtsvorm. De subjectieve belastingplicht van een entiteit is het gevolg van diens fiscale zelfstandigheid en wordt verbonden aan het ‘zijn’ van een lichaam.¹⁵⁷⁸ Beoordeeld vanuit de steunfunctie van de vennootschapsbelasting, dient de belastingplicht van lichamen in theorie zo veel mogelijk dezelfde bronnen te omvatten als die in de Wet IB 2001 ten aanzien van natuurlijke personen in aanmerking worden genomen. Hiermee is een beperking van het object van heffing op basis van de soort rechtsvorm niet verenigbaar. In alle gevallen dient de objectieve belastingplicht toch ten minste de bronnen te omvatten die in de Wet IB 2001 tot inkomen zouden leiden.

Indien de Wet Vpb 1969 primair is bedoeld als regeling om de inkomenscategorie ‘winst uit onderneming’ op zijn plaats te houden, is met de fictie van art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969, de steunfunctie van de vennootschapsbelasting uitgebreid tot alle inkomenscategorieën van de Wet IB 2001. Hiermee is niet alleen een brede(re) invulling gegeven aan de steunfunctie van de vennootschapsbelasting, tevens is hierdoor een hiaat ontstaan ten opzichte van de beperkt belastingplichtige ‘lichamen’ waarvoor deze ondernemingsfictie niet geldt.

De beperkte belastingplicht van onder meer stichtingen en verenigingen – *qualitata qua* – is naar mijn mening niet verdedigbaar vanuit deze achtergrond van de Wet Vpb 1969. De belastingplicht van lichamen is het gevolg van de zelfstandigheid die non-transparante rechtsvormen als een ‘rode draad’ met elkaar verbindt. Deze onderlinge gelijkheid wordt doorbroken, indien het object van heffing verschilt op grond van de rechtsvorm.¹⁵⁷⁹ Voor zover de wetgever bij het ontwerpen van de Wet Vpb 1969 heeft gemeend dat stichtingen en verenigingen uitsluitend activiteiten ontplooiën die het algemeen belang dienen en om die reden slechts beperkt belastingplichtig zouden moeten zijn, dient aan deze overweging thans op andere wijze uitvoering te worden gegeven.

In zijn afscheidsrede geeft Zwemmer aan de beperkte belastingplicht van stichtingen ter voorkoming van concurrentievervalsing ‘vooral historisch verklaarbaar’ te vinden.¹⁵⁸⁰ De beperkte belastingplicht van stichtingen en verenigingen is terug te voeren op de veronderstelling dat deze rechtsvormen worden gebruikt om ideële en sociale doelstellingen na te streven. Belastingheffing is dan uitsluitend aan de orde, indien daarbij concurrentievervalsingen optreden. Het komt mij voor dat deze opvatting inmiddels als achterhaald moet worden beschouwd en in generieke zin geen rechtvaardiging (meer) kan vormen voor de beperkte belastingplicht van bepaalde rechtsvormen.

Eigen regime voor instellingen met ideëel karakter

De stichting – en dat geldt evengoed voor de Anglo-Amerikaanse trust – vertoont als entiteit de karaktertrekken van een lichaam dat losstaat van de daarbij betrokken personen.¹⁵⁸¹ Het is deze fiscale zelfstandigheid die leidt tot het aannemen van subjectieve belastingplicht van de entiteit. De *a priori* beperking van het object van heffing op grond van art. 2, lid 1, onderdeel e, Wet Vpb 1969, is vanuit de steunfunctie van de vennootschapsbelasting niet te verdedigen. Als gevolg hiervan ontstaat een ongelijkheid tussen verschillende entiteiten die uitsluitend is gebaseerd op de rechtsvorm. Binnen de opzet

1578 Zie ook Stevens 2003, blz. 491.

1579 Zie nader paragraaf 2.8.

1580 Zwemmer 2006, blz. 16.

1581 Ibid. Volgens Zwemmer zou er ‘veel meer reden zijn de onderworpenheid van de eenpersoons-BV aan de heffing van vennootschapsbelasting ter discussie te stellen dan die van de stichting.’

van het fiscale stelsel is de onbelastbaarheid van beleggingsinkomsten, omdat deze worden behaald door een subject met de rechtsvorm van een stichting, vereniging of een doelvermogen naar mijn mening principieel onjuist. Indien en voor zover de wetgever een beperkte belastingplicht wenst te handhaven ten aanzien van instellingen met een ideële of sociale doelstelling, dient dat mijns inziens te worden vormgegeven door aan te sluiten bij het regime voor algemeen nut beogende instellingen en/of het regime voor sociaal belang behartigende instellingen.¹⁵⁸² Behoudens deze instrumentalistische inzet van beperkte belastingplicht, dient voor alle rechtsvormen en dus ook de Anglo-Amerikaanse trust het ruime object van heffing te gelden.¹⁵⁸³

Uitwerking onbeperkte belastingplicht

De objectieve belastingplicht van doelvermogens dient te worden vormgegeven naar het voorbeeld van de onbeperkt belastingplichtige lichamen, met inachtneming van de fictie van art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969. Indien het doelvermogen in Nederland is gevestigd, ontstaat binnenlandse belastingplicht, waardoor het gesignaleerde knelpunt is verholpen. Ook de knelpunten ten aanzien van de buitenlandse belastingplicht van doelvermogens zijn dan weggenomen.¹⁵⁸⁴

Uitgaande van de fiscale zelfstandigheid van de trust geldt dat in de sfeer van de inkomstenbelasting in beginsel geen heffingslek optreedt. Ter gelegenheid van het onder trustverband stellen van vermogen, treedt een fiscaal relevant overgangsmoment op. Indien het vermogensbestanddeel afkomstig is uit het winst- of resultaatregime, dan wel het aanmerkelijkbelangregime, dient te worden afgerekend over latent aanwezige claims. Vervolgens wordt het vermogensbestanddeel opgenomen op de balans van het doelvermogen tegen de waarde in het economische verkeer. De later opgekomen voordelen uit het afgezonderde vermogen worden voortaan in het regime van de Wet Vpb 1969 begrepen. Als gevolg daarvan wordt een ander fiscaal regime toegepast op het afgezonderde vermogen als zodanig dan voorheen bij de inbrenger het geval was ten aanzien van deze vermogensbestanddelen. Het is om die reden dan ook niet eenvoudig om ter gelegenheid van de afzondering van vermogensbestanddelen een doorschuifregeling te creëren.¹⁵⁸⁵

Bij de bepaling van de jaarwinst van een Anglo-Amerikaanse trust dient de (toename van de) verplichting tot het doen van uitkeringen aan de beneficiary bij de trust in aanmerking te worden genomen. De wijze waarop in overeenstemming met goed koopmansgebruik rekening dient te worden gehouden met deze verplichting is afhankelijk van hetgeen dienaangaande in de trustakte is bepaald. Hierbij kan de verplichting niet eerder in aanmerking worden genomen dan dat sprake is van juridische afdwingbaarheid. Het voorgaande brengt mee dat bij discretionary trusts geen rekening wordt gehouden met de toekomstige uitkeringsverplichting tot het moment waarop een recht op uitkeringen is toegezegd. Bij een fixed trust leidt de (jaarlijkse) betaling aan de beneficiary, dan wel de toename van de verplichting, tot een vermindering van het resultaat. Dientengevolge komt de grondslag uitsluitend door discretionaire elementen in de trustverhouding tot stand. In het geval van een fixed trust, bijvoorbeeld bij een 'life interest trust', zal de grondslag dan ook nihil zijn. Uitsluitend ten aanzien van discretionaire en hybride trustverhoudingen is een belastbare grondslag aanwezig bestaande uit hetgeen anders 'onbelast zwevend vermogen' zou vormen.

Tot slot betekent inpassing binnen het regime van de Wet Vpb 1969 dat het doelvermogen toegang heeft tot de deelnemingsvrijstelling, indien een aanmerkelijk belang is afgezon-

1582 Zwemmer 2006, blz. 17, stelt als voorwaarde dat een jaarlijkse controle plaatsvindt.

1583 Ook in het Rapport Stichtingen, blz. 85 e.v., wordt aangegeven dat voor de trust een onbeperkte belastingplicht zou moeten gelden.

1584 Uiteraard dient ten aanzien van buitenlands belastingplichtigen wel een gelijk regime te worden gecreëerd met betrekking tot instellingen die het algemeen nut beogen.

1585 Zie Olde Bijvank en Stevens 2007, die hiertoe een poging doen.

derd. Indien aan de voorwaarden van art. 13 Wet Vpb 1969 wordt voldaan, wordt op het niveau van het doelvermogen geen vennootschapsbelasting meer geheven ten aanzien van een inkomensbestanddeel dat bij de inbrenger tot de grondslag van box 2 zou hebben behoord. Op het niveau van de inbrenger is belastingheffing ter zake van het afgezonderde vermogen evenwel niet langer mogelijk. In dat geval wordt het ontbreken van een kanaal ten aanzien van het doelvermogen wederom als knelpunt ervaren.

9.4.2.2 *Inpassing in de Wet IB 2001*

Naast het aanmerken van Anglo-Amerikaanse trusts als subject voor de Wet Vpb 1969, kan inpassing ook plaatsvinden binnen de Wet IB 2001. Een eerste voorstel tot inpassing in deze richting wordt aangetroffen bij de Commissie-Moltmaker, die in het kader van haar opdracht om onderzoek te doen naar de modernisering van de (toenmalige) SW 1956, vanuit een bredere invalshoek heeft gekeken naar de problematiek rondom doelvermogens.¹⁵⁸⁶ Het uiteindelijke voorstel van de Commissie-Moltmaker voor een ‘familiestichting’ is gebaseerd op het uitgangspunt dat (buitenlandse) doelvermogens, waaronder de Anglo-Amerikaanse trust, als non-transparante entiteit dienen te worden behandeld.¹⁵⁸⁷

Voorstel Commissie-Moltmaker

Het voorstel van de Commissie-Moltmaker is uitgewerkt in de ‘Proeve van een Successiewet 2001’ en bestaat uit een regeling om het bundelen van vermogen in een ‘familiestichting’ te faciliteren.¹⁵⁸⁸ Voor deze, statutair en feitelijk in Nederland gevestigde, familiestichting zou het bepaalde in art. 2:285, lid 3, BW niet gelden, zodat uitkeringen zonder ideële of sociale strekking kunnen worden gedaan. De prohibitieve werking van een binnen de SW 1956 belaste inbreng tegen het derdentarief – destijds nog 68% – wordt in het voorgestelde regime weggenomen door feitelijk een tarief van 10% te introduceren.¹⁵⁸⁹ Latere uitkeringen uit de familiestichting aan de begunstigde worden voor toepassing van het tarief en de cumulatiebepalingen gezien als uitkeringen afkomstig van de inbrenger.

Naast de regeling voor de SW 1956, voorziet het voorgestelde regime tevens in een zelfstandige belastingplicht voor de familiestichting. De familiestichting wordt in het voorstel jaarlijks onderworpen aan:¹⁵⁹⁰

‘een heffing die overeenkomt met hetgeen de stichting aan inkomstenbelasting verschuldigd zou zijn indien zij belastingplichtig zou zijn op grond van de Wet inkomstenbelasting 2001.’

De belastingplicht van de familiestichting wordt vormgegeven door deze in te passen in de inkomstenbelasting. De familiestichting wordt als belastingplichtige aangemerkt voor de Wet IB 2001 en is volgens de regels van box 3 belasting verschuldigd over de inkomsten uit het aangehouden vermogen. Ook het aanmerkelijkbelangregime is in het voorstel van overeenkomstige toepassing. In het voorstel van de Commissie-Moltmaker is tevens een mogelijkheid opgenomen om aanmerkelijkbelangaandelen ‘geruisloos’ in te brengen in de familiestichting. In dat geval geldt voor de familiestichting de oorspronkelijke verkrijgingsprijs van de inbrenger.¹⁵⁹¹

Achterliggende gedachte van het voorstel is dat inpassing in de Wet IB 2001 leidt tot een gelijke behandeling ten opzichte van de situatie dat het vermogen niet in de familiestich-

1586 Rapport Commissie-Moltmaker.

1587 Rapport Commissie-Moltmaker, blz. 37. De commissie kent hierbij geen belang toe aan de eventuele herroepelijkheid van een trust.

1588 Zie uitgebreid Zwemmer 2000b en Sonneveldt 2000b.

1589 Het tarief van 10% wordt bereikt door een gedeelte van de verschuldigde schenkingsrechten buiten invordering te stellen.

1590 Zie onderdeel 5.2.2, onderdeel b van het Rapport Commissie-Moltmaker en art. 4.2, lid 3, onderdeel b, van de Proeve.

1591 Zie onderdeel 5.2.2, onderdeel c van het Rapport Commissie-Moltmaker.

ting zou zijn ondergebracht. De familiestichting – die in het voorstel van de Commissie-Moltmaker geen onderneming mag drijven – zou immers niet belastingplichtig zijn in de Wet Vpb 1969 en aldus in een heffingsvacuüm terecht komen. Alhoewel het voorstel van de Commissie-Moltmaker niet van toepassing is op buitenlandse doelvermogens, kan het concept van zelfstandige belastingplicht in de Wet IB 2001 ook op die entiteiten worden toegepast.

Kabinetstandpunt

In het kabinetstandpunt wordt in reactie op het voorstel van de Commissie-Moltmaker opgemerkt dat een oplossing in de sfeer van de Wet IB 2001 niet geheel zonder nadelen is.¹⁵⁹²

‘Aan het voorstel voor een jaarlijkse heffing over het vermogen van de stichting, analoog aan de inkomstenbelasting, kleven vele haken en ogen die nadere studie noodzakelijk maken. De Wet IB 2001 richt zich immers op natuurlijke personen. Daarbij kan overigens worden opgemerkt dat er ook nu al gevallen zijn waarin de inkomstenbelasting analoog wordt toegepast op een rechtspersoon (zie de artikelen 17 en 18 Vpb). In het kader van de familiestichting zou echter ook aan een heffing in de sfeer van de vennootschapsbelasting kunnen worden gedacht.’

De opmerkingen dat inpassing van de familiestichting in de inkomstenbelasting niet zonder bezwaren is en nader onderzoek vergt,¹⁵⁹³ lijken mij terecht. Daarentegen ben ik van mening dat de achterliggende gedachte van het voorstel van de Commissie-Moltmaker aansluit bij het idee van een gelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd familievermogen.

Uiteraard kunnen conceptuele bezwaren worden aangevoerd tegen het onderbrengen van niet-natuurlijke personen in de Wet IB 2001.¹⁵⁹⁴ Inpassing van doelvermogens in de Wet IB 2001 vraagt inderdaad om een flexibele opstelling en ligt niet direct voor de hand. Het is omgekeerd echter niet vreemd om de grondslagen van de inkomstenbelasting toe te passen ten aanzien van vennootschapsbelastingplichtige lichamen. Nog afgezien van de winstbepalingsregelingen, kan bijvoorbeeld worden gewezen op de aanmerkelijkbelang-regeling voor toepassing van de buitenlandse belastingplicht.

Behandeling als natuurlijke persoon

Als belangrijk voordeel van de inpassing van doelvermogens binnen de Wet IB 2001 kan worden genoemd dat de grondslagen op het niveau van de trust hetzelfde zijn als bij de Nederlandse inbrenger van het vermogen. Uitgaande van vermogensbestanddelen die bij de inbrenger tot de vermogensrendementsheffing behoorden, wordt bij het doelvermogen een vergelijkbare box 3-heffing aangenomen. Hierbij lijken geen onevenwichtigheden te kunnen ontstaan, omdat de hoedanigheid van het subject in beginsel niet relevant is ten aanzien van de fiscale behandeling van het vermogensbestanddeel en evenmin progressievoorwaarden kunnen worden behaald. Bij nadere beschouwing dienen zich echter enkele aandachtspunten aan. Ook voor toepassing van box 3 zijn situaties denkbaar waarin de hoedanigheid van de ‘eigenaar’ van het vermogensbestanddeel van belang kan

1592 *Kamerstukken II 2000/01, 27 789, nr. 1, blz. 24.* Overigens wordt de strekking van deze opmerking ook herhaald in de memorie van toelichting bij de nieuwe SW 1956 (*Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 15*).

1593 Overigens dient in herinnering te worden geroepen dat de onderzoeksopdracht van de Commissie-Moltmaker bestond uit het doen van voorstellen voor de modernisering van de (toenmalige) SW 1956.

1594 Conceptueel zou de in paragraaf 2.4.2 besproken ‘Schönheitsfehler’ terugkeren. Ook Sonneveldt 2000b, vraagt zich af of het aanmerken van een doelvermogen als subject voor de Wet IB 2001 ‘niet indruist tegen het uitgangspunt dat deze belasting slechts geheven wordt van natuurlijke personen’.

zijn.¹⁵⁹⁵ Daarnaast komen op detailniveau enkele (technische) vraagpunten naar voren die nog dienen te worden opgelost.¹⁵⁹⁶

Het voorstel van de Commissie-Moltmaker lijkt meer problemen te ontmoeten, indien vermogensbestanddelen worden afgezonderd die behoorden tot de sfeer van box 1 en box 2. Binnen die regimes kan de hoedanigheid van de eigenaar van de vermogensbestanddelen namelijk van belang zijn voor het van toepassing zijnde regime en is niet duidelijk welk bedrag 'de stichting aan inkomstenbelasting verschuldigd zou zijn indien zij belastingplichtig zou zijn op grond van de Wet inkomstenbelasting 2001'. Specifiek kan worden gedacht aan de vaststelling 'wie' voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling als 'partner' van de familiestichting heeft te gelden en 'wie' een 'verbonden persoon' is voor toepassing van de terbeschikkingstellingsregeling.

Voorts kunnen in de sfeer van box 1, bijvoorbeeld als de terbeschikkingstellingsregeling van toepassing zou zijn op een onder trustverband gestelde vordering, een progressievoordeel ontstaan. Ten slotte kan worden gewezen op de onduidelijkheden ten aanzien van de belastbaarheid van de uitkeringen uit de familiestichting op grond van art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001.¹⁵⁹⁷ Als de uitkeringen geacht worden afkomstig te zijn van de oorspronkelijke inbrenger voor toepassing van de SW 1956, geldt dit dan ook voor toepassing van de Wet IB 2001 of worden de uitkeringen – in het geval van een familiestichting – geacht afkomstig te zijn van een rechtspersoon?

Naast het conceptuele bezwaar, kampt het voorstel tot inpassing van doelvermogens in de Wet IB 2001, zoals voorgesteld door de Commissie-Moltmaker, met enkele uitvoerings-technische aandachtspunten. Desalniettemin verdient de achterliggende gedachte – een gelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen – naar mijn idee navolging. Indien de genoemde punten kunnen worden weggenomen, lijkt inpassing volgens de grondslagen van de Wet IB 2001 een geschikt alternatief te kunnen vormen voor de inpassing van doelvermogens. Teneinde de genoemde probleempunten weg te nemen, zou de relatie tussen het doelvermogen en de inbrenger in ogenschouw kunnen worden gehouden bij de bepaling van het bedrag dat het doelvermogen 'aan inkomstenbelasting verschuldigd zou zijn'.

Voorstel PwC

Het voorstel tot inpassing binnen de context van de Wet IB 2001 is op enkele plaatsen nader uitgewerkt,¹⁵⁹⁸ waarbij het meest recente voorstel tijdens de parlementaire behandeling van het APV-regime als volgt is samengevat:¹⁵⁹⁹

'PwC (PricewaterhouseCoopers, JPB) stelt een volgend systeem voor:

- 1. vrijstelling bij inbreng van het vermogen in de familiestichting;*
- 2. de familiestichting wordt fictief belastingplichtig voor de inkomstenbelasting.*

Dat wil zeggen beleggingen zijn belast conform de huidige systematiek van box 3 (1,2% van het vermogen) en inkomsten uit aandelen die behoren tot een aanmerkelijk belang zijn belast tegen 25%;

1595 Hierbij kan worden gedacht aan de regeling voor roerende zaken bestemd voor 'persoonlijke doeleinden' ex art. 5.3, lid 2, onderdeel c, Wet IB 2001. Ten aanzien van de roerende zaken die zijn ingebracht in de familiestichting kan de vraag worden gesteld of deze nog wel voor persoonlijke doeleinden worden gebruikt.

1596 Zwemmer 2000b, vraagt zich af of de familiestichting aanspraak kan maken op het heffingsvrije vermogen van art. 5.5 Wet IB 2001.

1597 Zwemmer 2000b, merkt op dat niet-belastbaarheid van de uitkeringen in de rede ligt, maar dat daartoe een expliciete uitzondering in art. 3.101 Wet IB 2001 dient te worden opgenomen.

1598 Zie Olde Bijvank en Stevens 2007 en Auerbach 2009b en tevens het Rapport van PricewaterhouseCoopers, 'Proeve van een familiestichting', d.d. 5 november 2009 (hierna: Rapport PwC).

1599 Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. D, blz. 20.

3. uitkeringen uit een familiestichting zijn belast tegen het bestaande familietarief voor ouder-kind (maximaal 27% en er is voorgesteld om dat tarief te verlagen naar 20%);
4. jaarlijks moet een vermogensheffing worden betaald, waarop de belasting op uitkeringen in mindering kan worden gebracht;
5. er moeten maatregelen worden genomen om emigratie van de stichting te voorkomen, bijvoorbeeld via een vestigingsplaatsfictie.'

Ook in dit voorstel – waarbij tevens de inpassing in de SW 1956 wordt betrokken – wordt uitgegaan van een entiteitsbenadering, waarbij het doelvermogen als belastingplichtige voor de Wet IB 2001 wordt aangemerkt. Hierbij neemt de entiteit de positie over van de inbrenger van het vermogen.¹⁶⁰⁰ Als belangrijk voordeel van de aansluiting bij de positie van de inbrenger kan worden genoemd dat het mogelijk wordt om ter gelegenheid van het afzonderen van vermogen doorschuifregelingen op te nemen. Bij gelijke grondslagen kan het claimbehoud immers op het niveau van het doelvermogen worden gerealiseerd. Een ander belangrijk voordeel is naar mijn mening dat de bepalingen die aangrijpen bij 'de hoedanigheid' van een belastingplichtige uitvoerbaar blijven als het doelvermogen op dit punt met de inbrenger gelijk wordt gesteld.

Ten slotte wordt in het voorstel van PwC opgemerkt dat de grondslagen voor het doelvermogen eventueel zouden kunnen worden beperkt tot box 2 en box 3; andere vermogensbestanddelen zouden niet mogen worden ingebracht.¹⁶⁰¹ Alhoewel een dergelijke beperking de eenvoud van het stelsel ten goede komt, is een dergelijke inperking naar mijn mening niet noodzakelijk. Ook de grondslag van box 1 kan immers worden geïncorporeerd ten aanzien van doelvermogens. Tevens is mogelijk dat een vermogensbestanddeel, na afzondering in het doelvermogen, een sfeerovergang doormaakt. Als aanmerkelijkbelang aandelen en een pand zijn afgezonderd in het doelvermogen, zou de terbeschikkingstellingregeling van toepassing (moeten) kunnen worden, indien het pand door het doelvermogen aan de vennootschap wordt verhuurd.

9.4.2.3 *Inpassing volgens een eigen regime voor doelvermogens*

De inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts binnen het Nederlandse fiscale stelsel kan in de derde plaats worden vormgegeven door de introductie van een separate heffing ten aanzien van doelvermogens. Overigens kan een specifiek regime voor doelvermogens ook worden gecreëerd binnen één van de voorgaande alternatieven.¹⁶⁰² Het oorspronkelijke fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen blijft dan volledig intact en wordt aangevuld met een eigen regime voor doelvermogens. Hierbij kan worden gedacht aan een belastingheffing die overeenkomt met de zogeheten 'Wet op de belasting van de Doode Hand 1934'. De achtergrond voor de invoering van een afzonderlijke heffing voor doelvermogens sluit aan bij de omschrijving van 'het beginsel van de Wet op de Doode Hand 1934' in de Leidraad:¹⁶⁰³

'De wet beoogt het treffen van de draagkracht welke wordt vertegenwoordigd door vermogens die niet in handen zijn van natuurlijke personen. Zij wil echter die draagkracht niet treffen, voorzover tusschen die vermogens en natuurlijke personen een rechtsband bestaat welke tot uitdrukking komt in het vermogen van die natuurlijke personen.'

In de terminologie van de inkomsten- en vennootschapsbelastingbenadering, vindt de separate heffing van doelvermogens zijn rechtvaardiging in het ontbreken van een 'kanaal' tussen de entiteit en de daarbij betrokken (rechts)personen. In samenhang met

1600 Rapport PwC, blz. 12, lk.

1601 Rapport PwC, blz. 12, lk.

1602 Zo doet Zwemmer 2006, blz. 17, het voorstel een 'eigen box' voor doelvermogens in de Wet Vpb 1969 te creëren, waarbij een apart tarief wordt gehanteerd dat iets boven het tarief in box 3 ligt. Deze extra belasting dient ter compensatie van gederfde successierechten.

1603 Paragraaf 1 van de Leidraad. Zie Ohmstede 1934, blz. 7.

de vennootschapsbelasting kan de heffing worden gezien als een 'aanvullende steunfunctie' ten opzichte van de Wet IB 2001. De eigen heffing over de (beleggings)inkomsten van doelvermogens heeft niet alleen een steunfunctie ten opzichte van de Wet IB 2001, maar tevens een complementaire werking ten opzichte van de Wet Vpb 1969. De introductie van een eigen regime voor doelvermogens houdt het object op zijn plaats voor zover dit bij natuurlijke personen in de Wet IB 2001 tot het inkomen uit sparen en beleggen zou hebben behoord en evenmin in de Wet Vpb 1969 zou worden betrokken.

Eigen regime voor doelvermogens

Anders dan de 'doodse handbelasting', die het karakter had van een objectieve vermogensbelasting,¹⁶⁰⁴ dient de afzonderlijke heffing voor doelvermogens naar het principe van een subjectieve belasting over de inkomsten te worden vormgegeven. Uitgangspunt daarbij is dat doelvermogens *qualitata qua* subjectief belastingplichtig zijn, indien en voor zover deze doelvermogens niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen. De subjectieve belastingplicht bestaat dan spiegelbeeldig aan de Wet Vpb 1969 voor het gedeelte van de inkomsten dat in de sfeer van de vennootschapsbelasting buiten aanmerking wordt gelaten. Op deze wijze wordt samenloop voorkomen met inkomsten die reeds in de sfeer van de Wet Vpb 1969, in de heffing worden betrokken. Het is van belang om te onderkennen dat de belastingheffing van doelvermogens in economisch opzicht altijd ten laste komt van de (uiteindelijke) begunstigen van het doelvermogen.¹⁶⁰⁵ De draagkracht die wordt vertegenwoordigd door het doelvermogen is uiteindelijk 'die van een groep wisselende, ten deele nog niet geboren personen.'¹⁶⁰⁶

In grote lijnen zou de vormgeving van de afzonderlijke heffing kunnen worden afgestemd op de systematiek van de 'doodse handbelasting'. Die belasting bestond uit een jaarlijkse heffing over het 'zuivere vermogen'¹⁶⁰⁷ van binnen het Rijk gevestigde instellingen tegen een tarief afhankelijk van de omvang van het zuivere vermogen.¹⁶⁰⁸ Hierbij werd geen nader onderscheid gemaakt voor wat betreft grondslag en tarief naar het soort vermogensbestanddeel. Tevens bestond ten aanzien van in het buitenland gevestigde instellingen een 'buitenlandse belastingplicht' die in de huidige context naar het voorbeeld van art. 7.1, onderdelen b en c, Wet IB 2001, zou kunnen worden vormgegeven.

Gezien de 'aanvullende steunfunctie' van de eigen heffing voor doelvermogens, dient deze expliciet als belasting over het (forfaitair bepaalde) inkomen uit het nettovermogen van het doelvermogen te worden opgesteld. In dat verband kan naar mijn mening in grote lijnen worden aangesloten bij de systematiek van de vermogensrendementstheffing. Ook voor wat betreft de hoogte van het forfaitaire rendement (4%) en het tarief (30%) kan box 3 naar mijn mening als uitgangspunt worden genomen.¹⁶⁰⁹

Uitgaande van een jaarlijkse heffing met één peildatum aan het begin van het kalenderjaar, dient bij het einde van de binnenlandse belastingplicht – ter voorkoming van dubbele belasting – een tweede peildatum te worden opgenomen op het moment van verplaatsing van de feitelijke leiding. Vervolgens dient tijdsgelang een herrekening van de

1604 Zie Karnemelk en Tekenbroek 1934, blz. 10.

1605 Zie ook § 2 van de Leidraad bij de Wet op de belasting van de Doodse Hand 1934.

1606 Steinmetz 1934, blz. 27.

1607 De wet kende een aantal 'subjectieve' (art. 1, lid 3) en objectieve vrijstellingen (art. 4).

1608 Volgens art. 5 is bij een zuiver vermogen tot f 11.000 geen belasting verschuldigd. In het geval van een vermogen tussen f 11.000 – 30.000 bedroeg het tarief 2 (met een vrijstelling aan de voet van f 10.000). Bij een vermogen boven de f 30.000 bedroeg het tarief 3 (zonder vrijstelling aan de voet).

1609 Uiteraard kan ten aanzien van de eigen heffing van doelvermogens worden gekozen voor een nadere aansluiting bij de grondslagen en tarieven van de Wet IB 2001 (boxenstelsel), dan wel de Wet Vpb 1969 (winstregime). In dat geval ligt evenwel inpassing volgens één van de hiervóór besproken alternatieven meer voor de hand.

belastingplicht plaats te vinden om de heffing te beperken tot de 'Nederlandse periode'.¹⁶¹⁰

9.4.2.4 Vestigingsplaatsficties

Het voorstel om ten aanzien van doelvermogens een entiteitsbenadering te hanteren en daaraan ook subjectieve belastingplicht te koppelen, brengt mee dat het geconstateerde heffingsvacuüm in binnenlandse verhoudingen wordt opgeheven. Daarentegen blijft vermogen dat is afgezonderd in een doelvermogen dat in het buitenland is gevestigd buiten de reikwijdte van de Nederlandse fiscus. In die situatie is de onmogelijkheid om belasting te heffen in Nederland niet het gevolg van de vormgeving van de subjectieve belastingplicht van de trust, maar volgt deze uit de internationale fiscale jurisdictieafbakening. Ook in deze situatie spreekt de staatssecretaris van Financiën van 'onbelast zwevend vermogen'. Daarbij heeft de bewindsman gevallen op het oog waarbij in het buitenland ten aanzien van het doelvermogen geen reële belastingheffing plaatsvindt. Het 'onbelast zwevend vermogen' doet zich naar de mening van de staatssecretaris uitsluitend voor ten aanzien van die trustvarianten waarbij geen rechten *sui generis* ontstaan die het (gehele) trustvermogen vertegenwoordigen.¹⁶¹¹ Indien rechten *sui generis* bestaan ten aanzien van de trustverhouding, dan kunnen deze immers in de belastingheffing worden betrokken bij de gerechtigden, indien deze in Nederland woonachtig zijn.

Uitbreiding fiscale jurisdictie

Uitgaande van een consequent doorgevoerde entiteitsbenadering kan het door de staatssecretaris van Financiën gewraakte denkbeeld van 'onbelast zwevend vermogen' worden verholpen met het opnemen van vestigingsplaatsficties. Het is belangrijk om te onderkennen dat de vestigingsplaatsficties in deze gevallen niet zijn bedoeld om vraagstukken te beslechten met betrekking tot de plaats van feitelijke leiding,¹⁶¹² maar ten doel hebben om de Nederlandse fiscale jurisdictie uit te breiden in situaties waarin Nederlandse ingezetenen vermogen hebben afgezonderd in een buitenlands doelvermogen, terwijl dat doelvermogen niet aan de belastingheffing is onderworpen.

Vestigingsplaatsficties in Italië

Bij het ontwerpen van vestigingsplaatsficties is het van belang om aan te knopen bij moeilijk(er) te manipuleren elementen van de trustverhouding.¹⁶¹³ Hierbij kan met name worden gedacht aan de woonplaats en nationaliteit van de settlor en beneficiaries. In dit verband kan worden gewezen op de vestigingsplaatsficties die in de Italiaanse wetgeving zijn opgenomen en van toepassing zijn, indien de trust is gevestigd in een land waarmee geen regeling bestaat voor de uitwisseling van informatie. In dat geval wordt de trust geacht in Italië te zijn gevestigd, indien:¹⁶¹⁴ (i) ten minste één van de beneficiaries of settlors inwoner is van Italië, tenzij kan worden aangetoond dat de leiding daadwerkelijk in het buitenland is gelegen; of (ii) een Italiaanse (rechts)persoon (rechten op) onroerende zaken heeft ingebracht. Het komt mij voor dat deze ficties in de ogen van de staatssecretaris van Financiën de mogelijkheid van onbelast zwevend vermogen onvoldoende afdekken. In het Italiaanse voorbeeld wordt de fictie gehanteerd ten aanzien van landen waarmee geen regeling voor gegevensuitwisseling bestaat, terwijl het bij de bestrijding van 'onbelast zwevend vermogen' beter lijkt om aan te sluiten bij het ontbreken van een reële heffing. Voorts lijkt de Italiaanse regeling meer op een vestigingsplaatsfictie ter beslechting van onduidelijkheden met betrekking tot de feitelijke leiding, dan een maatregel tot uitbreiding van de fiscale jurisdictie. De fictie grijpt niet

1610 In dit verband kan worden verwezen naar de per 1 januari 2011 geldende systematiek in box 3.

1611 Het zogeheten 'discretionaire gedeelte' van het trustvermogen. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 10.

1612 Zie paragraaf 9.2.1.

1613 Zie paragraaf 6.8 voor de niet eenvoudig te manipuleren factoren die in art. 13 HTV worden genoemd.

1614 Chiesa 2007, blz. 304-305.

langer aan bij de woonplaats van de settlor en beneficiary, indien wordt aangetoond dat de feitelijke leiding van de trust daadwerkelijk in het buitenland is gelegen.

Voorstel Auerbach

Vestigingsplaatsficties die beter lijken aan te sluiten bij de wens van de wetgever om 'onbelast zwevend vermogen' binnen het Nederlandse heffingsbereik te brengen, worden aangetroffen bij Auerbach.¹⁶¹⁵ Aan de hand van buitenlandse equivalenten komt Auerbach voor de Nederlandse situatie tot de volgende regels om een doelvermogen als binnenlands belastingplichtige aan te merken:

- 'Woonde de inbrenger ten tijde van de inbreng in Nederland, dan wordt het doelvermogen geacht in Nederland gevestigd te zijn, zo lang de inbrenger leeft en in Nederland woont.
- Woonde de inbrenger ten tijde van de inbreng niet in Nederland, dan wordt het doelvermogen geacht in Nederland gevestigd te zijn, zo lang de inbrenger leeft en in Nederland woont.
- Na emigratie van een inbrenger wordt het doelvermogen geacht in Nederland gevestigd te zijn zo lang de inbrenger leeft en art. 3 SW 1956 op de inbrenger van toepassing is.
- Overlijdt de inbrenger als feitelijk of fictief inwoner van Nederland dan wordt het doelvermogen geacht tot dertig jaar na diens overlijden in Nederland gevestigd te zijn voor de toepassing van het jaarlijkse schenkingsrecht.
- Indien geen van de bovenstaande regels van toepassing is dan wordt het doelvermogen geacht in Nederland gevestigd te zijn wanneer ten minste 50% van de begunstigten in Nederland woont of in geen andere individuele Mogendheid een groter gedeelte van de begunstigten woont dan in Nederland.'

Deze vestigingsplaatsficties sluiten beter aan bij de doelstelling van de Nederlandse wetgever omtrent een robuuste heffingsbasis voor buitenlandse doelvermogens dan die van het Italiaanse voorbeeld. De vestigingsplaatsficties brengen mee dat Nederland zijn fiscale jurisdictie uitbreidt, indien in Nederland woonachtige (rechts)personen betrokken zijn bij een buitenlands doelvermogen. De rechtvaardiging voor het hanteren van deze vestigingsplaatsficties is dat vermogen is afgezonderd in het (onbelaste) doelvermogen ten laste van de Nederlandse belastinggrondslag. In die gevallen claimt Nederland daarom ook fiscale jurisdictie, indien het buitenlandse doelvermogen door en/of ten behoeve van Nederlandse inwoners is ingesteld. De uitbreiding van het Nederlandse heffingsbereik is voorts gebaseerd op de onmogelijkheid om op andere wijze belasting te heffen ten aanzien van het doelvermogen en de daarbij betrokken personen.

De genoemde vestigingsplaatsficties hebben een ruime reikwijdte en vormen daarmee een brede basis voor een Nederlands heffingsrecht ten aanzien van doelvermogens. Hierna wordt geanalyseerd in hoeverre de voorgestelde vestigingsplaatsficties kunnen worden gevolgd om een 'onbelast zwevend vermogen' met behulp van een entiteitsbenadering tegen te gaan.

Eigen voorstel vestigingsplaatsficties

Het is naar mijn mening het meest zuiver om voor de vestigingsplaatsficties in eerste instantie aan te sluiten bij de woonplaats van de inbrenger. Het vermogen wordt door de inbrenger namelijk afgezonderd ten laste van de grondslag van het woonland ten tijde van de afzondering, alsmede het land waar de inbrenger nadien woonachtig is. De heffingsbevoegdheid ten aanzien van het doelvermogen op grond van een vestigingsplaatsfictie brengt mee dat alsnog een heffingsrecht ontstaat voor het woonland van de inbrenger ten aanzien van het afgezonderde vermogen.

1615 Auerbach 2009b, blz. 129-130.

Hierbij dient de term 'inbrenger' materieel te worden opgevat als degene die vermogen heeft afgezonderd. De inbrenger kan daarmee een ander zijn dan degene die in de trustakte als settlor is genoemd. Het gaat om degene die daadwerkelijk vermogen heeft afgezonderd in het doelvermogen. Hierbij leidt een vervreemding tegen zakelijke voorwaarden in beginsel niet tot het aannemen van een inbreng. In dat geval wordt geen vermogenswaarde ten laste van het vermogen van de vervreemder – en daarmee de heffingsgrondslag – in het doelvermogen afgezonderd.¹⁶¹⁶ Overigens heeft de wetgever voor toepassing van het APV-regime de vervreemding van vermogensbestanddelen aan een 'gelieerd' doelvermogen wél als het 'afzonderen van vermogen' aangemerkt.¹⁶¹⁷

Uitgaande van de voorgaande bespreking kan gedurende het leven van de inbrenger voor toepassing van de Wet IB 2001 mijns inziens worden volstaan met de volgende vestigingsplaatsficties:

- Indien de inbrenger ten tijde van het afzonderen van vermogen inwoner is van Nederland, wordt het doelvermogen geacht in Nederland te zijn gevestigd.
- Het doelvermogen wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd vanaf het moment dat de inbrenger inwoner van Nederland wordt.
- Indien de inbrenger Nederland metterwoon verlaat, wordt het doelvermogen geacht niet langer in Nederland te zijn gevestigd.

Overlijden inbrenger

Indien de inbrenger komt te overlijden, dient naar mijn mening een andere rechtvaardiging te worden aangevoerd voor het in stand laten van de aangenomen vestigingsplaats in Nederland. Het overlijden betekent immers het einde van de belastingplicht van de inbrenger voor de Wet IB 2001, waardoor het niet langer opportuun lijkt om de vestigingsplaatsfictie te handhaven vanuit de gedachte dat een afzondering ten laste van de Nederlandse belastinggrondslag heeft plaatsgevonden. Anders gezegd, het afgezonderde vermogen zou, indien het niet zou zijn afgezonderd, na overlijden van de inbrenger ook niet langer tot zijn 'grondslag' worden gerekend. Het niet-afgezonderde vermogen zou dan na overlijden van de inbrenger in aanmerking worden genomen bij diens erfgenamen.

Op dit punt dient evenwel te worden geconstateerd dat de vergelijkbaarheid tussen afgezonderd vermogen en niet-afgezonderd vermogen na overlijden van de inbrenger niet langer kan worden gevolgd. Het vermogen is nu immers juist wél afgezonderd in een zelfstandig doelvermogen en maakt derhalve geen deel uit van de nalatenschap van de inbrenger. De juridische intermediaat van een discretionary trust komt daarmee – na overlijden – in volle omvang tot uitdrukking. Gegeven de achtergrond van een heffing op het niveau van het doelvermogen, te weten: een heffing die in economische zin de uiteindelijke verkrijgers van het afgezonderde vermogen treft, is aansluiting bij de erfgenamen niet per se accuraat. Integendeel, op het moment van overlijden verkrijgen de erfgenamen niets als gevolg van de afzondering in het doelvermogen en het is gezien het discretionaire karakter ook nog zeer de vraag of ooit iets wordt verkregen.¹⁶¹⁸

Binnen een robuust systeem – waarin ook toekomstig 'onbelast zwevend vermogen' wordt bestreden – acht ik het daarom geboden en verdedigbaar om de Nederlandse belastingheffing op het niveau van het doelvermogen gedurende enige tijd voort te zetten, indien de inbrenger ten tijde van het overlijden in Nederland woonachtig was. De nexus met de Nederlandse fiscale jurisdictie, die bestaat uit de afzondering ten laste van de

1616 Zie ook aantekening van Redactie Vakstudie Nieuws bij V-N 2009/22.3.

1617 Ingevolge art. 2.14a, lid 3, onderdeel b, Wet IB 2001, gaat het om de vervreemding aan een APV waarmee het particulier belang wordt behartigd van de vervreemder, zijn partner of hun bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tot en met de vierde graad van de zijlijn. Zie paragraaf 9.5.2 voor kritiek op deze ruime uitleg.

1618 Daartegenover staat dat, indien een (recht op een) uitkering wordt verkregen door een in Nederland woonachtige beneficiary, nadien belastingheffing bij hem wederom mogelijk is.

Nederlandse grondslag, neemt voor wat betreft de intensiteit echter af naarmate de inbrenger langer is overleden. De lengte van de termijn van de vestigingsplaatsfictie dient dan ook te worden beperkt. Alhoewel iedere keuze in zekere zin arbitrair is, acht ik de door Auerbach genoemde termijn van dertig jaren niet onredelijk.¹⁶¹⁹ De voorgaande vestigingsplaatsficties kunnen als volgt worden aangevuld:

- Indien de inbrenger voorafgaande aan het moment van overlijden in Nederland woonachtig is, wordt het doelvermogen geacht nog dertig jaren in Nederland te zijn gevestigd.

Vangnetbepaling

Uitgaande van de gedachte dat een heffing op het niveau van het doelvermogen uiteindelijk als heffing ten laste van de beneficiaries is bedoeld, en een vestigingsplaatsfictie daarbij ondersteunend dient te zijn, kan ook na afloop van de termijn van dertig jaren aanleiding bestaan om de vestigingsplaats van een buitenlands doelvermogen in Nederland aan te nemen. Deze gedachte is in het voorstel van Auerbach verwoord in de laatstgenoemde fictie die als vangnet is bedoeld.

Indien géén van de andere ficties leidt tot het aannemen van een vestigingsplaats in Nederland, kan niettemin een vestigingsplaats in Nederland worden aangenomen indien beneficiaries in Nederland woonachtig zijn. Teneinde een ongebreidelde uitbreiding van de Nederlandse fiscale jurisdictie te voorkomen, zijn aan deze vestigingsplaatsfictie nadere voorwaarden verbonden. In dat licht dient het voorstel van een verhoudingsgetal – dat overigens altijd arbitrair is – ook te worden gezien. Indien ten minste de helft van de potentiële begunstigten in Nederland woonachtig is of in geen andere Mogendheid een groter gedeelte, wordt het aannemen van een vestigingsplaats in Nederland gerechtvaardigd geacht.

Alhoewel het voorstel robuust lijkt, kunnen tegelijkertijd vraagtekens worden geplaatst bij de praktische uitvoerbaarheid van de laatstgenoemde vestigingsplaatsfictie bij discretionary trusts. Beneficiaries van een discretionary trust kunnen namelijk lange tijd onbekend zijn, alvorens te worden benoemd en tevens kan een eenmaal benoemde beneficiary ook weer worden geschrapt van de lijst van potentiële begunstigten. Bij een discretionary trust hoeft een aangewezen beneficiary immers geen uitkering te ontvangen. In plaats daarvan kan degene die is genoemd in de 'letter of wishes' een uitkering ontvangen. Voorts kunnen rechtspersonen en goedbedoelinstellingen als beneficiary zijn aangewezen.

Hierdoor is uiteindelijk ieder verhoudingsgetal met betrekking tot de woonplaats van de beneficiaries betrekkelijk eenvoudig te manipuleren.¹⁶²⁰ Het komt mij dan ook voor dat deze laatste fictie ten aanzien van discretionary trusts, dan wel een hybride trustverhouding,¹⁶²¹ niet goed uitvoerbaar is, zonder een nadere precisering. In de eerste plaats dienen uitsluitend de genoemde (klassen van) beneficiaries/natuurlijke personen in aanmerking te worden genomen die tevens erfgenaam zijn van de inbrenger. In de tweede plaats is mijns inziens van belang om niet uitsluitend de in de trust deed genoemde (klasse van) beneficiaries/natuurlijke personen in deze beoordeling te betrekken, maar tevens degenen die in een 'letter of wishes' zijn genoemd. Met inachtneming van deze aanscherpin-

1619 Het is natuurlijk mogelijk om de lengte van de vestigingsplaatsfictie afhankelijk te maken van de tijdsduur dat de inbrenger in Nederland woonachtig is geweest, bijvoorbeeld tweemaal het aantal jaren dat de inbrenger in Nederland woonachtig is geweest, met een maximum van dertig jaren. Uiteraard wordt het systeem daarmee wel complexer.

1620 In dit kader kan nog worden gewezen op de factoren die voor toepassing van art. 13 HTV wel én niet van belang worden geacht bij erkenning van een Haagse trust. Zie paragraaf 6.8.

1621 Rekening houdende met de verplichtingen aan de fixed interest beneficiaries, wordt dan uitsluitend het discretionaire gedeelte van de hybride trustverhouding in de Nederlandse belastingheffing betrokken.

gen lijkt een compromis te kunnen worden gevonden tussen het voorkomen van manipulatie enerzijds en een te ruime werking van de vestigingsplaatsfictie anderzijds.

Het eerdergenoemde voorstel kan dan als volgt worden ge(her)formuleerd en dienen als aanvulling op de eerdere ficties:

- Indien geen andere vestigingsplaatsfictie toepassing vindt, wordt het doelvermogen geacht in Nederland gevestigd te zijn, indien de inbrenger is overleden en ten minste de helft van de potentiële begunstigten, die tevens erfgenamen zijn van de inbrenger, in Nederland woonachtig zijn of in geen andere individuele Mogendheid een groter gedeelte van hen woonachtig is dan in Nederland.

Eindafrekeningsbepaling

Indien het doelvermogen ophoudt (fictief) binnenlands belastingplichtig te zijn, vindt eindafrekening plaats op grond van art. 15d Wet Vpb 1969. Uiteraard dienen de vestigingsplaatsficties niet tot dubbele belastingheffing te leiden. Immers, in die gevallen was van een 'onbelast' zwevend vermogen geen sprake. De vestigingsplaatsficties zouden derhalve niet van toepassing moeten zijn, indien in het buitenland een belasting wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven reëel is. Een andere mogelijkheid is dat Nederland in dergelijke gevallen een volledige credit verleent voor de in het buitenland geheven belasting.¹⁶²² Het komt mij voor dat een regeling voor informatie-uitwisseling met het land waar het doelvermogen is gevestigd onvoldoende is om een vestigingsplaatsfictie niet van toepassing te achten.

9.4.2.5 Relatie tot de SW 1956

Bij een voorstel tot inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts binnen het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen op basis van een entiteitsbenadering kan niet volledig worden geabstraheerd van de relatie met de SW 1956. Uitgaande van een entiteitsbenadering vormt het inbrengen van vermogen in een Anglo-Amerikaanse trust, alsmede het doen van uitkeringen aan de beneficiaries een relevant gegeven voor de SW 1956. Afhankelijk van de woonplaats van de schenker/erflater en de Anglo-Amerikaanse trust, is belasting verschuldigd. Aangezien Anglo-Amerikaanse trusts doorgaans niet in Nederland zijn gevestigd, is in beginsel alleen schenkings- of successierecht¹⁶²³ verschuldigd bij de inbreng van vermogen door een in Nederland woonachtige (rechts)persoon in de trust. Uitkeringen blijven dan onbelast voor toepassing van de SW 1956, ook indien de beneficiary in Nederland woonachtig is, nu de uitkeringen afkomstig zijn van een niet in Nederland gevestigde entiteit.

Afzonderen vermogen is schenking aan het doelvermogen

Het onderbrengen van vermogen in een irrevocable discretionary trust houdt een belaste verkrijging in tegen het zogeheten 'derdentarief'. Deze conclusie volgt uit de trustarresten van november 1998.¹⁶²⁴ Tegen de benadering in deze arresten is wel aangevoerd dat de settlor geen 'bevoordelingsbedoeling' heeft ten opzichte van het doelvermogen, maar uitsluitend de beneficiaries als achterliggende begunstigten wil bevoordelen.¹⁶²⁵ Om die reden zou de samenhang tussen de constituerende elementen van een 'materiële bevoordeling' – (i) verarming, (ii) verkrijging en (iii) bevoordelingsbedoeling – niet voldoende aanwezig zijn en het schenkingsbegrip geweld worden aangedaan.

1622 Ook Auerbach 2009b, gaat in zijn voorstel uit van het verlenen van een credit.

1623 In de nieuwe SW 1956 is de terminologie aangepast en wordt gesproken van 'schenk- en erfbelasting'. In deze paragraaf wordt bewust de oude terminologie aangehouden om aan te geven dat het voorstel niet is gebaseerd op het APV-regime in de vernieuwde SW 1956.

1624 BNB 1999/35-37. De Hoge Raad heeft zich niet uitgelaten over de wijze waarop een revocable discretionary trust dient te worden belast. Naar mijn mening dient ook in dat geval – evenals bij een herroepelijke schenking – een verkrijging door een doelvermogen te worden aangenomen.

1625 Zie in het bijzonder Sonneveldt 2000a, blz. 108-112.

Ik acht het argument dat een bevoordelingsbedoeling ten opzichte van de trust ontbreekt en derhalve geen ‘schenking’ kan worden aangenomen niet overtuigend. Ook al is de samenhang tussen de constituerende elementen van een schenking niet *stricto sensu* aanwezig, juist ten aanzien van de instelling van een irrevocable discretionary trust kan worden gezegd dat de settlor heeft beoogd om vooralsnog geen aanspraken te laten ontstaan ten aanzien van het onder trustverband geplaatste vermogen. Het is dan ook de bedoeling van de settlor om het vermogen aan ‘de trust’ en juist (nog) niet aan de beneficiaries over te dragen. De bedoeling van de settlor, zoals die tot uitdrukking komt in de keuze van de rechtsvorm, is naar mijn mening ten tijde van het afzonderen van het vermogen dominant en brengt mee dat de bevoordelingsbedoeling aanvankelijk ten opzichte van de trust heeft bestaan. De latere uitkeringen aan de beneficiaries vinden plaats binnen de ‘eigen doelstelling’ van de trust en doen dan ook geen afbreuk aan de bevoordelingsbedoeling die in eerste instantie ten opzichte van de trust is aangenomen. Het is naar mijn mening dan ook juist dat de overdracht door de settlor als een belaste verkrijging door de trust tegen het derdentarief¹⁶²⁶ wordt gezien.

Remmende werking derdentarief

Uiteraard gaat een remmende werking uit van het derdentarief op het instellen van een irrevocable discretionary trust. Gebruikmaking van de Anglo-Amerikaanse trust als rechtsvorm om familievermogen te beschermen is hierdoor in Nederlandse verhoudingen – *a prima facie* – weinig aantrekkelijk. Het komt mij voor dat een regeling om het tarief te mitigeren door dit af te stemmen op de relatie tussen de settlor en de (uiteindelijke) beneficiaries, een welkome facilititeit zou vormen. Tegelijkertijd dient te worden onderkend dat een regeling om dat te bewerkstelligen in uitvoeringstechnische zin niet eenvoudig is. Het uitgangspunt dat de woonplaats van de schenker/erflater bepalend is voor de SW 1956, maakt dat bij afzondering van vermogen in een buitenlands doelvermogen maatregelen dienen te worden getroffen die de latere heffing verzekeren.

Bij dergelijke maatregelen ligt gebruikmaking van vestigingsplaatsficties voor de hand op het niveau van het doelvermogen. Op grond daarvan is bij de latere uitkering uit het – in Nederland gevestigde – doelvermogen aan een beneficiary belasting verschuldigd. De verschuldigde schenkbelasting kan bij het instellen van de trust worden ‘afgewacht’ en worden geheven bij de uiteindelijke uitkering aan de begunstigde.¹⁶²⁷ In navolging van het voorstel van Auerbach kan de woonplaats van het doelvermogen worden vastgesteld overeenkomstig de in paragraaf 9.4.2.4 besproken vestigingsplaatsficties. Hierbij dient de woonplaats van de inbrenger te worden opgevat met inachtneming van het woonplaatsbegrip van art. 3 SW 1956 voor toepassing van de vestigingsplaatsficties in de SW 1956. Op deze wijze kan worden voorkomen dat de woonplaatsficties eenvoudig worden omzeild.

Periodieke heffing

Voor het successierecht kan een periodieke heffing worden ingevoerd ter vervanging van de gederfde successierechten.¹⁶²⁸ Hierbij verdient het overweging om de periodieke heffing jaarlijks ten laste van het doelvermogen te innen.¹⁶²⁹ Voorts kan nog worden gewezen op de suggestie om ten aanzien van verkrijgingen uit een buitenlands doelvermogen

1626 Inmiddels is het tarief voor niet-verwanten in de SW 1956 van 68% teruggebracht naar 40%.

1627 In plaats daarvan kan ook worden gekozen voor een systeem waarbij reeds bij inbreng belasting wordt geheven en (een gedeelte van) de verschuldigde belasting rentedragend buiten inordering wordt gesteld. Vervolgens kan bij een latere uitkering aan de beneficiary deze belasting worden verrekend.

1628 Als voorbeeld kan het systeem uit het Verenigd Koninkrijk worden genoemd. Zie Sonneveldt 2000a, blz. 154-155.

1629 Zie Olde Bijvank en Stevens 2003 en Auerbach 2009b.

voor de SW 1956 aan te grijpen bij de woonplaats van de verkrijger.¹⁶³⁰ Deze oplossingsrichting sluit echter niet aan op de uitgangspunten van de huidige SW 1956 en zou een integrale herbezinning verlangen op de grondslagen en uitgangspunten van de SW 1956.

Het gaat het kader van dit betoog te buiten om een dergelijke regeling voor 'Nederlandse trust' in de SW 1956 volledig uit te werken. Hierbij dient tevens te worden onderkend dat een voorstel voor een 'Nederlandse trust' voorts rekening dient te houden met een aantal belangrijke knelpunten van civielrechtelijke aard.¹⁶³¹ Ik volsta met een verwijzing naar enkele alternatieven die in de literatuur zijn gedaan.¹⁶³²

Voor het onderbrengen van vermogen in een fixed trust geldt dat, niettegenstaande de fiscale non-transparantie van de trustverhouding, voor de heffing op grond van de SW 1956 kan worden aangesloten bij de rechten *sui generis* die de beneficiaries ten tijde van de trustinstelling ten opzichte van de fixed trust verkrijgen.¹⁶³³ Bij de verkrijging door de beneficiaries kan het begrippenapparaat en het waarderingsarsenaal van de SW 1956 in beginsel worden toegepast. Hierbij heeft naar mijn mening te gelden dat de verkrijging van de rechten *sui generis* door de beneficiary voor wat betreft de tarieven en vrijstellingen wordt gezien als een verkrijging van de settlor. Uitgaande van een entiteitsbenadering, voorzie ik bij de inpassing van fixed trusts in de SW 1956 – behoudens waarderingsvraagstukken – geen bijzondere obstakels.¹⁶³⁴

Perceptie staatssecretaris

Tot slot dient te worden opgemerkt dat de staatssecretaris van Financiën de 'remmende werking' die het gevolg zou zijn van de trustarresten van november 1998 niet herkende. Integendeel, de novemberarresten zouden een 'spoorboekje' vormen voor het onbelast afzonderen van vermogen in een discretionary trust. De bewindsman merkt op:¹⁶³⁵

'In de praktijk is te zien dat zich sinds de trustarresten van 1998, op grond waarvan de inbreng in een trust belast is met schenkingsrecht, (bijna) geen belaste schenkingen meer voordoen. Op het eerste gezicht lijken deze arresten een dam op te werpen tegen het ontgaan van belastingheffing door gebruikmaking van trusts. Inmiddels is echter gebleken dat de in de arresten geformuleerde regel juist een handleiding kan vormen voor internationale estafetteplanning.'

Vervolgens geeft de bewindsman in één adem aan dat op verschillende wijze uitvoering kan worden gegeven aan het 'onbelast onderbrengen' van vermogen in een doelvermogen:

'Er zijn eenvoudige mogelijkheden om vermogen onbelast in een afgezonderd particulier vermogen onder te brengen. Het vermogen wordt er bijvoorbeeld door niet-inwoners ingebracht (Nederlanders die meer dan 10 jaar buiten Nederland wonen; niet-Nederlanders die

1630 Zie onderdeel II.2 van het gastcollege d.d. 14 april 2008 op de Universiteit van Tilburg, te vinden op: http://www.minfin.nl/Actueel/Toespraken/Jan_Kees_de_Jager/2008/04/De_Wet_schenk_en_erfbelasting_evenwichtiger_eenvoudiger, (hierna: 'Het Gastcollege'). Zie ook Van der Weerd-van Joolingen 2009. In het latere wetsvoorstel is op deze suggestie niet meer teruggekomen.

1631 Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het 'bestaansvereiste' (art. 4:9 BW), de legitieme portie (art. 4:63 e.v. BW) en het uitkeringenverbod (art. 2:285, lid 3 BW).

1632 Zie o.a. Rapport Family Trust, blz. 117-119, Rapport Commissie-Moltmaker, onderdeel 5, Sonneveldt 2000a, blz. 247-254, Auerbach 2009b, onderdeel 5, Stevens en Olde Bijvank 2003, onderdeel 5 en Waaijer-Linders 2010.

1633 Vgl. paragraaf 9.3.3.1.

1634 Sonneveldt 2000a, blz. 247, komt tot de conclusie dat het mogelijk is om fixed trusts in te passen in de SW 1956 door aan te sluiten bij de rechten van de beneficiaries. Overigens merkt Sonneveldt de beneficiaries, zonder de fixed trust als entiteit te zien, aan als verkrijgers.

1635 Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 10.

meer dan 1 jaar buiten Nederland wonen), of het vermogen zit er al generaties lang in en rendeert zelf ook, jaar in jaar uit. Ook wordt er vermogen ingebracht dat op dat moment nog geen waarde heeft (bijvoorbeeld opties, octrooien, merkenrechten), of er worden vermogensbestanddelen verkocht aan het afgezonderd particulier vermogen waarna de latere waardeinstijgingen ten goede komen aan het afgezonderd particulier vermogen (bijvoorbeeld aandelenpakketten of lijfrenteovereenkomsten).'

De wetgever heeft gemeend een einde te moeten maken aan de mogelijkheden om een 'onbelast zwevend vermogen' te creëren. Alhoewel begrip kan worden opgebracht voor de ingreep van de wetgever, dient te worden benadrukt dat de onbelastbaarheid in de genoemde voorbeelden eigenlijk niets van doen hebben met de Anglo-Amerikaanse trust als zodanig. Het inbrengen van vermogen door een niet-inwoner is eenvoudigweg niet belast met schenkingsrecht, omdat de inbrenger niet in Nederland woonachtig is. Hetzelfde geldt voor het inbrengen van vermogensbestanddelen die (nog) geen waarde vertegenwoordigen, dan wel tegen een zakelijke prijs worden verkocht. In deze gevallen zijn geen schenkingsrechten verschuldigd, omdat geen schenking aanwezig is. De daadwerkelijke oorzaak van het door de wetgever geconstateerde probleem is mijn inziens evenwel gelegen in het ontbreken van fiscale jurisdictie ten aanzien van de latere uitkeringen uit het niet in Nederland gevestigde doelvermogen aan de beneficiarissen. Het hanteren van een vestigingsplaatsfictie zou dan ook als oplossing kunnen dienen.

9.4.3 Inpassing ten aanzien van de bij de trust betrokken personen

Bij de inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts op basis van een entiteitsbenadering dient tevens te worden onderzocht welke gevolgen een inpassingsvoorstel heeft voor de knelpunten ten aanzien van de bij het doelvermogen betrokken personen. De knelpunten die zijn onderkend, kennen verschillende oorzaken. Hierna wordt beoordeeld op welke wijze de gesignaleerde knelpunten kunnen worden weggenomen bij een inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de knelpunten als gevolg van tekstuele onduidelijkheden, het ontbreken van rechten *sui generis* en de inhoudelijke beoordeling van rechten *sui generis*.

9.4.3.1 Knelpunten ten aanzien van tekstuele onduidelijkheden

De knelpunten die het gevolg zijn van tekstuele onduidelijkheden, omdat de redactie van een wettekst onvoldoende aansluit bij de civielrechtelijke structuur van de Anglo-Amerikaanse trusts, kunnen eenvoudig worden weggenomen. Hierbij geldt dat in de bestaande wetteksten bewoordingen kunnen worden gekozen die mede de civielrechtelijke kenmerken van Anglo-Amerikaanse trusts omvatten. Daarbij kan worden opgemerkt dat de wetgever in algemene zin – ook na invoering van het APV-regime – bij voorgestelde wetteksten meer rekening dient te houden met de structuur van bekend zijnde buitenlandse rechtsverhoudingen.

De onduidelijkheid die ontstaat als gevolg van de in art. 4.22, lid 1, Wet IB 2001, gebezigde bewoordingen 'gesloten overeenkomst', kan worden weggenomen door bij 'de vervreemding' aan te sluiten. Indien de wettekst wordt toegesneden op de 'vervreemding' die niet 'onder normale omstandigheden tot stand is gekomen', in plaats van de 'overeenkomst', wordt het gesignaleerde knelpunt weggenomen.

Ook de tekstuele onduidelijkheid in art. I, onderdeel O, Inv. Wet IB 2001 kan worden weggenomen, indien de wetgever van mening is dat het overgangsrecht ook dient te worden toegepast op een p.u. uit een Anglo-Amerikaanse trust. In dat verband zouden de woorden 'premie' en 'overeenkomst' dienen te worden vermeden in een apart artikellid. In genoemd artikellid zou een meer generieke regeling moeten worden opgenomen, die inhoudt dat het overgangsrecht van toepassing is op een p.u. die de tegenwaarde voor een

prestatie vormt en waarop art. 25, lid 1, onderdeel g, Wet IB 1964 van toepassing is geweest.

Indien de wetgever heeft bedoeld om niet in rechte vorderbare periodieke uitkeringen uit een Anglo-Amerikaanse trust onder de werking van art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001 te brengen, hetgeen wellicht kan worden begrepen uit de opmerkingen tijdens de parlementaire behandeling van het APV-regime,¹⁶³⁶ dient de term 'rechtspersoon' te worden vervangen door de term 'lichaam'.

Ten slotte dient naar mijn mening ook een verduidelijking te worden aangebracht in de artikelen met betrekking tot genotsrechten. De duiding van het recht *sui generis* als 'genotsrecht' komt onvoldoende duidelijk uit de verf. In dat verband kan worden gewezen op de moeilijke verhouding tussen art. 4.3 Wet IB 2001 en art. 5.22, lid 3, Wet IB 2001 en de verschillen in beide bepalingen. Aangezien de duiding van het recht *sui generis* als separate oorzaak wordt behandeld in paragraaf 9.4.3.3, wordt deze problematiek daar behandeld.

9.4.3.2 *Het ontbreken van een recht sui generis*

Het ontbreken van een recht *sui generis* vormt een belangrijk knelpunt bij de inpassing van de discretionary trust in het Nederlandse fiscale stelsel. De bepaling van het omslagpunt tussen een 'recht' en een 'verwachting', alsmede de betekenis en reikwijdte van het begrip 'meer dan een blote verwachting', blijkt nauwelijks vast te stellen.¹⁶³⁷ De problemen bij deze vaststelling zijn overigens veeleer van praktische aard en veel minder van dogmatische aard.

Bewijstechnische problemen

Alhoewel in theoretische zin kan worden geconcludeerd dat bij afwezigheid van een gerechtigdheid geen aanleiding bestaat voor belastingheffing binnen een op het draagkrachtbeginsel geënte belastingstelsel, kan anderzijds begrip worden opgebracht voor de bewijstechnische problemen die in dit verband ontstaan. Binnen een volledig open handelwijze in de richting van de fiscus van alle bij het doelvermogen betrokken personen, zouden bewijstechnische problemen niet bestaan en zou het ontbreken van belastingheffing ook moeten worden geaccepteerd.

Het is echter begrijpelijk dat de wetgever een dergelijk ideaalbeeld in de uitvoeringspraktijk niet verwacht. Ook na de introductie van het zogeheten 'trusthokje' in het aangiftelijet,¹⁶³⁸ blijkt het voor de fiscus in de praktijk niet goed mogelijk om inzicht te krijgen in de werkelijke (rechts)verhoudingen die tussen de bij het doelvermogen betrokken personen gelden.¹⁶³⁹ Hierbij is, zo kan ook wel worden afgeleid uit de parlementaire behandeling bij de invoering van het APV-regime, een zeker wantrouwen ontstaan ten aanzien van 'trustconstructies' en de civielrechtelijke rechtsverhoudingen die aan de fiscus worden gepresenteerd. De (vermeende) fiscale motieven aan de zijde van de personen die betrokken zijn bij een trustverhouding spelen daarbij naar mijn mening een doorslaggevende rol.

Benadering in het APV-regime

In dit kader is het interessant om te concluderen dat de wetgever ten aanzien van het 'ontbreken van een kanaal' een praktische benadering heeft gekozen. Het ontbreken van 'een gerechtigdheid' wordt na invoering van het APV-regime niet langer als een knelpunt ervaren. Integendeel, binnen het APV-regime wordt teruggekeerd naar de civielrechtelijke

1636 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, blz. 51.

1637 Zie paragraaf 5.5.2.

1638 Zie voor kritiek op het 'trusthokje', Boer 2005, Freudenthal 2007 en Koele 2005, blz. 3-4.

1639 Zie het citaat in paragraaf 9.3.3.2 (slot).

beoordeling van het recht van de begunstigde en het doelvermogen indien het afgezonderde vermogen in de belastingheffing wordt begrepen. Het is niet de bedoeling om op deze plaats vooruit te lopen op de inhoudelijke bespreking van het APV-regime, maar in dit verband stip ik twee elementen reeds aan. Allereerst kan worden opgemerkt dat een trust binnen het APV-regime als zelfstandige entiteit wordt behandeld, indien het doelvermogen wordt betrokken in een naar Nederlandse maatstaven reële heffing. In dat geval vindt geen toerekening van het afgezonderde vermogen plaats aan een ander subject en vormt het doelvermogen het toerekeningscentrum.

Harde juridische beoordeling

Voort kan worden gewezen op het feit dat binnen het APV-regime een gerechtigdheid uitsluitend in aanmerking wordt genomen, indien van een 'juridisch afdwingbaar recht' kan worden gesproken.¹⁶⁴⁰ Deze 'koerswijziging' laat zich uitsluitend verklaren vanuit de gedachte dat tegenover het recht van de beneficiary – een bezitting in box 3 – een verplichting bij de inbrenger wordt aangenomen – een schuld in box 3 – en aldus evenwicht bestaat. Hiermee heeft de wetgever bereikt dat het in aanmerking nemen van een verplichting, die in mindering komt op de belastinggrondslag, afhankelijk is van een 'harde juridische beoordeling'. Hierdoor zijn discussies ten aanzien van de aanwezigheid en betekenis van 'meer dan een blote verwachting' niet langer relevant, ook niet in het geval geen toerekening plaatsvindt en de belasting wordt geheven op het niveau van het onderworpen APV.

Indien het afgezonderde vermogen in de belaste sfeer wordt betrokken, kan ten aanzien van het ontbreken van een recht *sui generis* zonder bezwaren bij de civielrechtelijke verhoudingen worden aangesloten. In theoretische zin sluit een dergelijke benadering goed aan binnen het Nederlandse fiscale stelsel en voorts lijkt deze benadering in praktische zin geen bezwaar op te leveren, indien het afgezonderde vermogen niet onbelast blijft. Het ontbreken van een recht *sui generis* is naar mijn mening dan ook niet langer een knelpunt indien een Anglo-Amerikaanse trust als het doelvermogen in de (Nederlandse) belastingheffing wordt betrokken.

9.4.3.3 Inhoudelijke beoordeling van de rechten sui generis

De aanwezigheid van een recht *sui generis* kan ten aanzien van de beneficiaries met een fixed interest worden aangenomen. Inhoudelijk kunnen deze rechten echter sterk uiteenlopen. Bij de aanwezigheid van een recht *sui generis* kan onduidelijkheid bestaan met betrekking tot inhoudelijke duiding van het recht van de beneficiary en – in het verlengde daarvan – ten aanzien van de waardering van deze rechten. Ook de gerechtigdheid van een settlor die een 'power to revoke' voorbehoudt bij de instelling van een revocable trust heeft een gerechtigdheid die samenhangt met de trustverhouding. In deze paragraaf wordt beoordeeld op welke wijze de knelpunten die samenhangen met de rechten *sui generis* binnen een oplossingsrichting op basis van een entiteitsbenadering kunnen worden weggelaten.

Beoordeling rechten sui generis

De gerechtigdheid die voortvloeit uit een trustverhouding is geen 'aandeel', maar dient te worden aangemerkt als een: (i) 'recht op een p.u.', (ii) een 'genotsrecht' dan wel (iii) een 'overig vermogensrecht'. Behoudens de eventuele toepassing van het overgangsrecht en de mogelijkheid dat een genotsrecht op aanmerkelijkbelangaandelen wordt aangenomen, vindt in alle gevallen belastingheffing plaats in box 3. In paragraaf 9.3.3.1.1 is aangegeven dat duidelijke criteria ontbreken voor de indeling van het recht van een beneficiary in één van de categorieën. Uit de entiteitsbenadering volgt dat de rechten *sui generis* van de beneficiaries geacht worden te bestaan ten opzichte van het doelvermogen. Ook binnen een entiteitsbenadering dient voor toepassing van de regels van de Wet IB 2001 op

1640 Zie art. 4a, lid 1, Uitv.reg. Wet IB 2001.

het niveau van de beneficiaries een analyse plaats te vinden van deze rechten. Het uitgangspunt van een entiteitsbenadering brengt hierin geen verandering.

De knelpunten met betrekking tot de inhoudelijke beoordeling van de rechten *sui generis* van de beneficiaries worden door de systematiek van een entiteitsbenadering niet weggenomen. In verband met de veelkleurigheid van de rechten *sui generis* is het echter van belang om een kader aan te reiken voor de inhoudelijke beoordeling. De enorme diversiteit aan trustaanspraken, maakt dat uitsluitend een aantal vuistregels kan worden geboden voor de beoordeling van de rechten *sui generis*. Het is eenvoudigweg niet mogelijk een vastomlijnd kader te bieden, waaruit voor alle (on)voorwaardelijke equitable interests – present en future – een inhoudelijke beoordeling en een waardering volgt. Hierna wordt met inachtneming van deze beperking een aantal vuistregels opgesteld.

Bewijsregels

Als hoofdregel dient te gelden dat de gerechtigdheid van de beneficiaries ten opzichte van het doelvermogen als een 'overig vermogensrecht' wordt aangemerkt. Het recht *sui generis* is daarmee een bezitting ex art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001 en dient in aanmerking te worden genomen voor de waarde in het economische verkeer. Bij deze waardering kan rekening worden gehouden met opschortende en ontbindende voorwaarden die aan het recht zijn verbonden. De aard van de vermogensbestanddelen is voor toepassing van box 3 niet van belang voor de kwalificatie van het recht van de beneficiary. Uitgaande van een entiteitsbenadering dient binnen het forfaitaire systeem van box 3 het recht als zodanig in aanmerking te worden genomen. In dat kader is evenmin relevant of de beneficiary daadwerkelijk uitkeringen heeft ontvangen.

Afwijking van deze hoofdregel is naar mijn mening uitsluitend op zijn plaats ten aanzien van 'present interests', indien een beoordeling van de aard van de gerechtigdheid leidt tot de conclusie dat een 'recht op een p.u.' bestaat, dan wel een genotsrecht. Daarbij dient naar mijn mening een verzwaarde bewijslast ('doen blijken') te gelden voor degene die een afwijking van de hiervóór geformuleerde hoofdregel stelt. Uiteraard kan zowel de fiscus als de belastingplichtige op basis van een civielrechtelijke analyse dit standpunt innemen. Hierbij kunnen de in paragraaf 9.3.3.1.1 aangehaalde rechtspraak en literatuur als richtsnoer worden gehanteerd en kunnen evidente gevallen leiden tot een afwijking van de hoofdregel. Het recht op een levenslange, jaarlijkse uitkering van £ 10.000 kan als een periodieke uitkering worden aangemerkt en worden gewaardeerd volgens het waardeeringsvoorschrift van art. 5.23 Wet IB 2001 jo. art. 19 Uitv.besl. IB 2001. Daarnaast kan het voorbeeld worden genoemd van het recht van een life interest trust. Het recht van de 'life tenant' kan functioneel gelijk worden gesteld met een vruchtgebruik en het recht van de 'remainderman' als hoofdgerechtigdheid. Waardering kan dan overeenkomstig art. 5.22 Wet IB 2001 jo. art. 18 en 19 Uitv.besl. IB 2001 plaatsvinden.

De voorgestelde bewijsregel dient om rechtszekerheid te bieden ten aanzien van het schier oneindige aantal aanspraken dat niet evident als p.u. of genotsrecht kan worden aangemerkt. In die gevallen is waardering naar de waarde in het economische verkeer naar mijn mening het enige werkbare alternatief, waarbij eventueel aansluiting kan worden gezocht bij 'de inbreukregel' en de overige waardeeringsvoorschriften. Indien een gerechtigdheid daarentegen beargumenteerd als 'p.u.' of 'genotsrecht' kan worden aangemerkt, dient het bijzondere waardeeringsvoorschrift voorrang te krijgen.

Naar mijn mening dient de bewijslastverzwaring ook te gelden, indien de stelling wordt ingenomen dat het recht *sui generis* tot een 'genotsrecht' leidt in de zin van art. 4.3 Wet IB 2001. Gegeven de onduidelijke formulering die in het artikel wordt gebruikt, is een verzwaarde bewijslast ook in dat geval goed verdedigbaar. Behoudens evidente situaties – een 'life interest' en het uitzonderlijke geval waarin een recht *sui generis* als 'persoonlijk genotsrecht' ten aanzien van de afgezonderde aandelen kan worden aangemerkt – komt

toepassing van art. 4.3 Wet IB 2001 niet snel aan de orde. De beneficiary zal doorgaans een gerechtigdheid hebben ten opzichte van de trust(ee) – het doelvermogen – met betrekking tot de inkomsten. De voordelen zijn dan afkomstig uit de gerechtigdheid en niet te beschouwen als voordelen *uit* aandelen.

Power to revoke

Het herroepingsrecht van de settlor staat niet aan de non-transparantie van het doelvermogen in de weg.¹⁶⁴¹ De herroepelijke, maar niet-herroepen trustverhouding staat voor wat betreft de civielrechtelijke rechtsgevolgen gelijk aan een onherroepelijke trust. De herroeping van een trustverhouding heeft geen terugwerkende kracht. Daarentegen vertegenwoordigt het 'herroepingsrecht' van de settlor een sterke rechtsband tussen de settlor en de ingestelde trustverhouding. Om die reden worden 'grantor trusts' in buitenlandse rechtsstelsels – die voor het overige ook een entiteitsbenadering hanteren – wel genegeerd gedurende het leven van de settlor. De settlor heeft de mogelijkheid om – eventueel onder voorwaarden – het trustverband te beëindigen en de onder trustverband geplaatste goederen wederom in bezit te krijgen. Overigens bestaat de mogelijkheid dat het trustvermogen niet aan de settlor terugkeert, maar op basis van de trustakte een andere bestemming kent.

Ook in de door mij voorgestelde benadering zou de 'revocable trust' bij wijze van uitzondering gedurende het leven van de inbrenger kunnen worden genegeerd. Indien echter een consequente entiteitsbenadering wordt doorgevoerd op de wijze als uiteengezet in paragraaf 9.4.4, kan het herroepingsrecht mijns inziens volledig worden genegeerd. De mogelijkheid om de trustverhouding te herroepen is weliswaar een 'recht' van de settlor, maar kan mijns inziens niet worden aangemerkt als 'verplichting' van de trust. Indien de settlor tevens een bezitting zou opnemen in box 3, treedt economisch dubbele belastingheffing op. Daarnaast leidt het in aanmerking nemen van de 'power to revoke' tot complexe waarderingsvraagstukken. Niet alleen ten aanzien van het herroepingsrecht van de settlor, maar tevens voor de corresponderende 'verplichting' op het niveau van de trust en de gerechtigdheid van de beneficiaries. Uit doelmatigheidsoverwegingen kan de power to revoke buiten aanmerking worden gelaten.

Uitsluitend in het geval de power to revoke wordt ingeroepen, wordt een relevante overgang onderkend van het doelvermogen aan de settlor en dient eventueel belasting te worden geheven als gevolg van deze sfeerovergang. Nadien wordt het vermogen bij de settlor in aanmerking genomen.

9.4.4 Inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering

Hiervóór heb ik verschillende inpassingsvoorstellen op basis van een entiteitsbenadering besproken. In deze paragraaf worden de verschillende varianten om de Anglo-Amerikaanse trust op basis van een entiteitsbenadering in te passen in het Nederlandse fiscale stelsel besproken. Daarbij wordt een keuze gemaakt uit de verschillende (elementen van deze) varianten en een eigen inpassingsvoorstel geformuleerd. Hierbij wordt rekening gehouden met de beoordelingscriteria uit het toetsingskader ten aanzien van een inpassingsvoorstel.¹⁶⁴² Het inpassingsvoorstel wordt op hoofdlijnen uitgewerkt voor de verschillende fasen in de levenscyclus van een Anglo-Amerikaanse trust. Ten slotte wordt het inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering in paragraaf 9.6 vergeleken met het APV-regime.

1641 Zie uitgebreid paragraaf 8.4.

1642 Zie paragraaf 1.3.

Beoordeling van de verschillende entiteitsbenaderingen

De inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandig doelvermogen dient naar mijn mening plaats te vinden binnen de context van de Wet Vpb 1969. De Wet Vpb 1969 is binnen de systematiek van het Nederlandse fiscale stelsel als de aangewezen plaats – de ‘natuurlijke habitat’ – voor de inpassing van ‘lichamen’ te beschouwen. Inpassing van doelvermogens in de context van de Wet Vpb 1969 is mijns inziens dan ook te verkiezen boven inpassing in de Wet IB 2001. Het knelpunt ten aanzien van de subjectieve binnenlandse en buitenlandse belastingplicht kan op deze wijze worden weggenomen. Zoals besproken in paragraaf 9.4.3.3 kunnen ‘revocable trusts’ gedurende het bestaan van het herroepingsrecht worden genegeerd.

Nadeel van een inpassing binnen de sfeer van de Wet Vpb 1969 is echter dat de grondslagen ten aanzien van het afgezonderde vermogen bij het doelvermogen sterk afwijken ten opzichte van de behandeling van het vermogen bij de inbrenger in de Wet IB 2001. Zelfs bij een onbepaalde belastingplicht van doelvermogens in de Wet Vpb 1969 kunnen diverse verschillen ontstaan in de behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen. Ook al geldt dat de grondslagen van de inkomsten- en vennootschapsbelasting ‘nu eenmaal’ van elkaar afwijken, deze afwijking leidt juist ten aanzien van de inpassing van doelvermogens tot grote verschillen.

In de eerste plaats dient het ‘particuliere karakter’ van het afgezonderde vermogen in ogenschouw te worden genomen. De doelstelling van een ‘private express trust’ als bundeling van ‘familievermogen’ maakt dat de fiscale behandeling van het afgezonderde vermogen niet los gezien kan worden van de grondslagen van de inkomstenbelasting.¹⁶⁴³ Het is mijns inziens dan ook van belang om de fiscale inpassing van het ‘particuliere doelvermogen’ zo veel mogelijk te laten plaatsvinden overeenkomstig de grondslagen van de Wet IB 2001.

In de tweede plaats dient te worden opgemerkt dat het ‘getrapte stelsel’ van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 bij doelvermogens niet goed functioneert. Het ontbreken van ‘een kanaal’ tussen het doelvermogen en de daarbij betrokken personen, brengt mee dat geen ‘globaal evenwicht’ kan worden bereikt door een heffing op twee niveaus; bij het lichaam en ‘de aandeelhouder’. Hierdoor ontstaan grote verschillen in belastingdruk op het niveau van de inbrenger en die van het doelvermogen. Ook in het geval een aanmerkelijk belang wordt afgezonderd in een doelvermogen, waarop de regeling van de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, wordt het ontbreken van een kanaal duidelijk voelbaar. Om die reden is het mijns inziens noodzakelijk om de grondslagen van de Wet IB 2001 van toepassing te verklaren op het doelvermogen. Langs die weg wordt voorkomen dat het ‘ontbreken van een kanaal’ als knelpunt terugkeert.

Het voorgaande komt neer op een pleidooi voor een ‘eigen regime’ voor doelvermogens binnen de Wet Vpb 1969, waarbij voor de grondslagen wordt aangesloten bij de Wet IB 2001. Het voordeel van een dergelijk ‘regime voor particuliere doelvermogens’ binnen de Wet Vpb 1969 – dat in zoverre dus geen ‘eigen regime’ is als bedoeld in paragraaf 9.4.2.3 – is dat ten aanzien van doelvermogens ‘fiscaal maatwerk’ kan worden geleverd om de gelijkheid tussen afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen zo veel mogelijk te waarborgen en te begeleiden. Hierbij kan worden gedacht aan doorschuifregelingen die geen afrekening tot gevolg hebben bij de inbrenger, indien vermogen wordt afgezonderd dat tot de winst-, resultaats- en aanmerkelijkbelangsfeer behoort. In het verlengde van deze faciliteiten kunnen bepalingen worden opgenomen die claimbehoud waarborgen op het niveau van het doelvermogen.

1643 Zie ook Auerbach 2009b, die de inpassing van doelvermogens benadert vanuit de thematiek van ‘het familievermogen’.

Voorts kan in de sfeer van de schenk- en erfbelasting worden aangesloten bij het 'eigen regime' voor doelvermogens, waarbij de verschuldigde schenk- en erfbelasting wordt afgestemd op de relatie tussen de inbrenger en de beneficiary. Hierdoor wordt het mogelijk om het eigen regime voor doelvermogens te benutten om een 'Nederlandse familie-stichting' – dan wel een equivalent naar buitenlands recht – in fiscaal opzicht te begeleiden. Hierbij kan worden verwezen naar de bespreking in paragraaf 9.4.2.5.

Het inpassingsvoorstel is eigenlijk een combinatie van de in paragraaf 9.4.2 besproken alternatieven. Het doelvermogen wordt aangemerkt als lichaam voor de Wet Vpb 1969, waarbij de grondslagen overeenkomstig de Wet IB 2001 worden bepaald. Hiermee ontstaat *de facto* een eigen regime voor doelvermogens. Belangrijk voordeel is dat wordt aangesloten bij de civielrechtelijke werkelijkheid en dat een heffing ten laste van het doelvermogen uiteindelijk ten laste van de begunstigten komt. De verplichting tot betaling van de aanslag kan aan de trustee worden opgedragen.¹⁶⁴⁴ De trustee kan aansprakelijk worden gesteld, indien betaling van de aanslag uitblijft en in de invorderingssfeer dient een regeling te worden getroffen die verhaal mogelijk maakt op het afgezonderde vermogen.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat bij een 'eigen regime' voor doelvermogens in de Wet Vpb 1969 vestigingsplaatsficties en eindafrekeningsbepalingen onvermijdelijk zijn om een robuuste regeling tot stand te brengen. Voor particuliere doelvermogens gelden de vestigingsplaatsficties als beschreven in paragraaf 9.4.2.4. Daarnaast kan een vestigingsplaatsfictie ook worden verbonden aan het verlenen van een (doorschuif)faciliteit en in dat kader als een aanvullende voorwaarde worden gesteld.

Inpassingsvoorstel op basis van een 'eigen regime voor doelvermogens'

De hoofdlijnen van een inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering kunnen als volgt worden weergegeven. Hierbij worden de verschillende fasen uit de levenscyclus van een Anglo-Amerikaanse trust aangehouden.

Eerste fase: het afzonderen van vermogensbestanddelen

De afzondering van vermogensbestanddelen in een Anglo-Amerikaanse trust wordt beschouwd als de overdracht aan een ander rechtssubject. Het doelvermogen is immers belastingplichtig voor toepassing van de Wet Vpb 1969. De afzondering van vermogensbestanddelen kan bij de inbrenger tot een afrekenverplichting leiden, indien het afgezonderde vermogensbestanddeel afkomstig is uit de winst- of resultaatssfeer van box 1, dan wel een aanmerkelijk belang vormt in de zin van box 2. Hierbij treden geen bijzonderheden op.

Indien aan nader te stellen voorwaarden wordt voldaan (zie hierna bij 'tweede fase'), kan het onder trustverband stellen van vermogen worden gefaciliteerd. De afzondering van vermogensbestanddelen leidt in dat geval niet tot een belaste sfeerovergang. Het doelvermogen treedt in dat geval in de plaats van de inbrenger ten aanzien van deze vermogensbestanddelen en het doelvermogen wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd.

Tweede fase: het beheren van vermogen

De Anglo-Amerikaanse trust wordt aangemerkt als 'particulier doelvermogen' voor toepassing van de Wet Vpb 1969. De grondslag voor 'particuliere doelvermogens' wordt bepaald op grond van een eigen 'winstbox voor doelvermogens' die volledig overeenkomt met de grondslagen van de Wet IB 2001.¹⁶⁴⁵ Teneinde afbakeningsproblemen met andere

1644 Zie in dit verband r.o. 3.11 van BNB 1999/35, waarin de Hoge Raad opmerkt 'dat voor de betaling daarvan [de aanslag schenkingsrecht, JPB] de trustee als bestuurder van de trust zal moeten zorgdragen'. Overigens kan in dit verband ook worden bepaald – zoals wel in andere landen gebeurt – dat in een Nederland een 'fiscal representative' dient te worden aangewezen.

1645 In het Rapport PwC, blz. 12, rk, wordt – niettegenstaande een inpassing in de sfeer van de Wet IB 2001 – eveneens gesproken van een 'afzonderlijke winstbox'.

lichamen te voorkomen, waaronder niet-particuliere, nijvere stichtingen, wordt bepaald dat het regime uitsluitend van toepassing is op doelvermogens 'waarmee grotendeels het behartigen van een particulier belang wordt beoogd'. Als criterium kan naar mijn mening worden aangehouden dat het particulier belang voor ten minste 50% wordt gediend.¹⁶⁴⁶ Hierdoor vallen ANBI's, SBBI's en commerciële instellingen buiten de werkingssfeer van de bijzondere winstbox.¹⁶⁴⁷

De belastingplicht van het doelvermogen wordt bepaald, 'als ware het doelvermogen belastingplichtig voor de Wet IB 2001'. Voor toepassing van de bepalingen van de Wet IB 2001 wordt het doelvermogen gedurende het leven van de inbrenger gelijkgesteld met de inbrenger. Hierbij kan worden gedacht aan de bepalingen die aansluiten bij een 'verbonden persoon'. Teneinde arbitrage te voorkomen in de sfeer van de tarieven van box 1, kan bijvoorbeeld de eerste schijf komen te vervallen. Uiteraard kunnen in dit verband ook andere keuzes worden gemaakt. Voorts kan worden bepaald dat het heffingsvrije vermogen ten aanzien van particuliere doelvermogens niet (geheel) van toepassing is.

Indien ter gelegenheid van de inbreng in het doelvermogen wordt geopteerd voor doorschuiving van de belastingclaim, treedt het doelvermogen volledig in de plaats van de inbrenger. Hierdoor worden de fiscale claims gewaarborgd op het niveau van het doelvermogen. Eventueel kan als voorwaarde worden opgenomen dat een verzoek dient te worden gedaan, waarop bij voor bezwaar vatbare beschikking wordt beslist. Op deze wijze wordt het instellen van een trustverhouding niet gehinderd door een eventuele afrekening in de sfeer van de inkomstenbelasting. Voorts wordt gedurende het leven van de inbrenger op deze wijze zo veel mogelijk een situatie bereikt alsof het vermogen niet is afgezonderd.

Ook voor toepassing van de SW 1956 kan een regeling worden getroffen die het instellen van een trust in fiscaal opzicht begeleidt. Hierbij kan, zoals besproken in paragraaf 9.4.2.5, ter gelegenheid van de afzondering van vermogen worden gewacht met de heffing van schenkbelasting, indien het doelvermogen in Nederland is gevestigd. Bij uitkeringen uit het doelvermogen kan dan alsnog schenkbelasting worden geheven overeenkomstig de tarieven die gelden in de verhouding tussen de inbrenger en de begunstigde.

In het geval wordt gekozen voor toepassing van de doorschuifregeling, wordt bij overlijden van de inbrenger als gevolg van de indeplaatsstelling een vervreemding van het afgezonderde vermogen door doelvermogen 'aan zichzelf' aangenomen. Hierbij dient in beginsel te worden afgerekend over de meerwaarden die op het niveau van het doelvermogen aanwezig zijn. Op deze wijze wordt allereerst tot uitdrukking gebracht dat het doelvermogen 'volledig los' van de inbrenger is komen te staan. Voorts mag het afzonderen van vermogen niet leiden tot belastinguitstel. Uitsluitend ten aanzien van vermogensbestanddelen waarvoor een doorschuifregeling bij overlijden van de inbrenger geldt, kan op verzoek een doorschuiffaciliteit worden toegekend. Het doelvermogen dient in dat kader als 'verkrijger krachtens erfrecht' te worden aangemerkt en te voldoen aan de voorwaarden die in het kader van die bepalingen worden gesteld. Hierbij kan worden gedacht aan de regeling van art. 3.58 jo. art. 3.62 Wet IB 2001¹⁶⁴⁸ en art. 4.17a en 4.17b Wet IB 2001

1646 Auerbach 2009b, doet het voorstel om de afbakening tussen 'familiedoelvermogens' en overige doelvermogens te regelen door het afgeven van een voor bezwaar vatbare beschikking. Een dergelijk voorstel is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid toe te juichen, maar betekent ook een (aanzienlijke) uitvoeringstechnische belasting.

1647 Weliswaar ontstaat hierdoor een verschil met de aan de vennootschapsbelasting onderworpen niet-particuliere, nijvere stichtingen, maar dat onderscheid is tegen de achtergrond van het particuliere karakter van het doelvermogen te rechtvaardigen.

1648 Op grond van art. 3.95, lid 1, Wet IB 2001 geldt deze regeling ook ten aanzien van vermogensbestanddelen waarop bij het doelvermogen de terbeschikkingstellingsregeling van toepassing is.

ter zake van aanmerkelijkbelangaandelen.¹⁶⁴⁹ Na het overlijden van de inbrenger blijft het doelvermogen fictief binnenlands belastingplichtig voor toepassing van de Wet Vpb 1969 op basis van de vestigingsplaatsficties.

Het voorgestelde systeem leidt in beginsel niet tot een verschillende behandeling van fixed en discretionary trusts. In beide gevallen ontstaat een belastingplicht overeenkomstig de bepalingen van de Wet IB 2001. De rechten *sui generis* van beneficiaries van een fixed trust kunnen worden aangemerkt als verplichtingen van het doelvermogen en komen in mindering op de rendementsgrondslag van box 3 van het doelvermogen. Overigens kan het daarbij voorkomen dat als gevolg van de boxenstructuur een verplichting in box 3 in aanmerking wordt genomen, terwijl daartegenover geen vermogensbestanddelen staan.¹⁶⁵⁰ Het voorgaande betekent ook dat in het geval van een discretionary trust geen verplichting in aanmerking kan worden genomen tot het moment waarop een juridisch afdwingbare verplichting is ontstaan. Indien vermogensbestanddelen worden overgedragen aan de beneficiaries vindt een reguliere sfeerovergang plaats en kan aanleiding bestaan tot afrekening in box 1 of box 2.

Ten slotte dient in het inpassingsvoorstel rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat meer personen vermogen hebben afgezonderd in één en hetzelfde doelvermogen. Het voorgestelde systeem kan naar mijn mening in dat geval evengoed worden toegepast. De grondslag van het doelvermogen omvat in dat geval de vermogensbestanddelen die door beide inbrengers zijn afgezonderd. Beide inbrengers worden daarbij individueel als 'verbonden persoon' van het doelvermogen aangemerkt. Ook ten aanzien van de doorschuifregelingen kan op het niveau van het doelvermogen claimbehoud worden gerealiseerd, indien meer dan één inbrenger vermogensbestanddelen heeft afgezonderd. Rechten die worden toegekend aan de beneficiaries, dienen als verplichtingen van het doelvermogen te worden beschouwd.

Uitsluitend indien in een fictief in Nederland gevestigd doelvermogen tevens vermogen is afgezonderd door een inbrenger/niet-inwoner van Nederland, kan 'overkill' worden onderkend. De grondslag van het fictief in Nederland gevestigde doelvermogen, omvat dan mede het vermogen dat een band met de Nederlandse grondslag mist. Deze situatie is ook tijdens de parlementaire behandeling bij het APV-regime aan de orde gekomen. In reactie op het inpassingsvoorstel uit het rapport van PwC is het volgende opgemerkt:¹⁶⁵¹

'er wordt geen of onvoldoende rekening gehouden met meerdere inbrengers en met inbrengers en erfgenamen die in het buitenland wonen; het gaat erg ver om ook dan de familiestichting volledig in Nederland te belasten'

Ik kan mij vinden in deze opmerking van de staatssecretaris. De vestigingsplaatsfictie heeft in dergelijke gevallen een te ruime werking. In deze gevallen dient de grondslag te worden beperkt door een knip aan te brengen in de grondslag van het doelvermogen. Hiertoe dient te worden beoordeeld welk gedeelte van het vermogen niet afkomstig is van een inbrenger die de inwerkingtreding van de vestigingsplaatsfictie tot gevolg heeft. Ook kan een regeling worden ontworpen die tot gevolg heeft dat in onderling overleg met de fiscus wordt vastgesteld welk gedeelte als een afzonderlijke 'subtrust' wordt behandeld. Hierbij kan de inbrenger zelfs een 'terme de grace' worden gegund om de civielrechtelijke structuur zo mogelijk aan te passen. Op deze wijze kan het Nederlandse heffingsbereik worden teruggebracht tot dat gedeelte van het vermogen dat is afgezonderd door een

1649 Uiteraard dienen deze bepalingen – zonodig – overeenkomstig de hier weergegeven bedoeling te worden aangepast.

1650 Hierbij valt te denken aan een fixed trust waarbij aanmerkelijkbelangaandelen zijn afgezonderd en de beneficiaries rechten hebben verkregen op jaarlijks vaststaande bedragen.

1651 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, blz. 21.

inbrenger die de fictieve vestigingsplaats van het doelvermogen in Nederland heeft bepaald.

Derde fase: het doen van uitkeringen

Bij het doen van uitkeringen uit het doelvermogen ontstaat een overgang van vermogensbestanddelen die in voorkomende gevallen kan leiden tot afrekening. Het gaat om die vermogensbestanddelen waarop binnen de grondslag van de Wet IB 2001 een claim rust. Ook wordt een eventuele claim die is ontstaan als gevolg van het toepassen van een doorschuif-faciliteit op dat moment in de heffing betrokken.

Tevens kan een fictieve uitkering uit het doelvermogen worden aangenomen op het moment dat de vestigingsplaats niet langer in Nederland is gelegen. Het betreft in wezen toepassing van de eindafrekeningsbepaling van art. 15d Wet Vpb 1969. Als gevolg van de fictieve uitkeringen dienen alle claims op latente meerwaarden te worden afgerekend, ook de claims die zijn ontstaan als gevolg van een gefaciliteerde afzondering. Ook voor toepassing van het schenkingsrecht kan bij deze fictieve uitkering worden aangesloten. Op die wijze wordt een heffingslek voorkomen, omdat na een onbelaste afzondering geen belastingheffing meer mogelijk is over latere uitkeringen uit het doelvermogen.¹⁶⁵² Uiteraard zou een mogelijkheid kunnen worden geschapen om de fictieve uitkering te voorkomen, onder de voorwaarde dat de vestigingsplaatsfictie wordt gehandhaafd.

9.5 HET APV-REGIME

In paragraaf 9.5 staat de beoordeling van het APV-regime als oplossingsrichting voor de genoemde knelpunten ten aanzien van doelvermogens binnen het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen centraal. Interessant is dat de wetgever met het APV-regime heeft gekozen voor een toerekening aan de bij de trust betrokken personen en – in beginsel – geen entiteitsbenadering heeft gevolgd. Hierna wordt beoordeeld in hoeverre de in paragraaf 9.3.4 genoemde knelpunten zijn weggenomen met de invoering van het APV-regime dat als oplossingsrichting een andere insteek kent dan een entiteitsbenadering.

Allereerst worden de achtergrond en doelstelling van het APV-regime besproken (paragraaf 9.5.1). Vervolgens wordt de systematiek van het APV-regime op hoofdlijnen uiteengezet. Hierbij wordt ingegaan op de systematiek van het APV-regime in de Wet IB 2001, de Wet Vpb 1969 en de SW 1956. Ook wordt beknopt aandacht besteed aan het overgangsrecht en de bijzondere verhaalsmogelijkheid in de IW 1990 (paragraaf 9.5.2). Vervolgens wordt het APV-regime nader geanalyseerd. Daarbij wordt eerst nader ingegaan op de regeling binnen de Wet IB 2001 (paragraaf 9.5.3.1), gevolgd door een nadere bespreking van het APV-regime binnen de Wet Vpb 1969 (paragraaf 9.5.3.2). Als laatste wordt het APV-regime voor de SW 1956 beoordeeld (paragraaf 9.5.3.3). In paragraaf 9.5.4 worden de aandachtspunten opgesomd die volgen uit de bespreking van het APV-regime als oplossingsrichting.

9.5.1 Achtergrond en doelstelling van het APV-regime

Achtergrond en doelstelling van het APV-regime zijn terug te voeren op de wens van de toenmalige staatssecretaris van Financiën om het creëren van ‘onbelast zwevend vermogen’ tegen te gaan. In de uitvoeringspraktijk bleek, na de inwerkingtreding van het HTV, een toename van het aantal Anglo-Amerikaanse trusts waarneembaar. Hierbij werden discretionary trusts in het leven geroepen die een heffingsvacuüm tot gevolg hadden, omdat geen ‘rechten’ ontstonden bij de begunstigden en het doelvermogen doorgaans in het bui-

¹⁶⁵² Het komt mij voor dat het niet-verwanten tarief dient te gelden, indien niet vaststaat wie de begunstigden zullen zijn van het doelvermogen.

tenland was gevestigd. Belastingplichtigen gebruikten de novemberarresten volgens de staatssecretaris dan ook als een 'handleiding' voor het creëren van een heffingsvacuüm. Daarbij stond het discretionaire karakter van de trustverhouding in de praktijk geregeld ter discussie. Desalniettemin bleek het voor de fiscus niet eenvoudig om deze vehikels uit 'exotische belastingparadijzen' in de uitvoeringspraktijk te bestrijden. Het ontbreken van een juridisch kader en de moeizame pogingen om informatie te verkrijgen, werden in toenemende mate als een bezwaar ervaren.

Het gastcollege van 14 april 2008

In het gastcollege van 14 april 2008 heeft toenmalige staatssecretaris De Jager voor het eerst de doelstelling neergelegd om in het kader van een nieuwe SW 1956 een einde te maken aan 'constructies' die tot gevolg hebben dat 'onbelast zwevend vermogen' ontstaat. Discretionaire doelvermogens, zoals de Stichting Particulier Fonds en de discretionary trust, zouden in de praktijk tot gevolg hebben dat het daarin afgezonderde vermogen 'nergens in de heffing wordt betrokken, dus niet in de inkomstenbelasting, niet in de vennootschapsbelasting en ook niet in het schenkings- of successierecht'.¹⁶⁵³

De bewindsman stipt in het gastcollege twee oplossingsrichtingen aan. Opvallend daarbij is – gegeven de context van een 'nieuwe successiewet' – dat het accent van de voorgestelde oplossingsrichtingen lag op het terrein van de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969. In de eerste plaats zou een 'forfaitair rendement' in aanmerking kunnen worden genomen binnen de Wet IB 2001 bij de begunstigten. Het onder trustverband gestelde vermogen zou op grond van een fictie kunnen worden toegerekend aan de begunstigten. Het vermogen zou bij de beneficiarissen niet alleen onderdeel zijn van de grondslag in de Wet IB 2001, maar tevens voor toepassing van de SW 1956 tot het vermogen worden gerekend. In dat geval is van 'zwevend vermogen' geen sprake meer. Overigens wordt in het gastcollege reeds onderkend dat deze variant belangrijke uitvoeringstechnische beperkingen kent. Niet alleen kan onduidelijkheid ontstaan ten aanzien van de aard en omvang van de fictieve gerechtigdheid, tevens zouden liquiditeitsproblemen kunnen ontstaan, indien geen daadwerkelijke uitkering wordt verkregen door de beneficiarissen.

In de tweede plaats werd een scenario geschetst, waarbij de trust gelijk wordt behandeld aan een Nederlandse stichting. In de beheersperiode zouden de inkomsten dan onbelast blijven. De belastingheffing zou dan kunnen aansluiten bij de daadwerkelijk ontvangen uitkeringen uit de trust. Als voordeel wordt genoemd dat begunstigten geen 'verstoppertje' meer zouden kunnen spelen richting de fiscus en voorts dat liquiditeitsproblemen worden voorkomen. Als belangrijk nadeel gold daarentegen dat het aangrijpingspunt voor het schenkingsrecht diende te worden aangepast, omdat het doelvermogen doorgaans niet in Nederland is gevestigd. Daarnaast zou het vermogen in dit scenario niet in het successierecht kunnen worden begrepen.

De verkenning in het gastcollege wordt afgesloten met een opmerking waarin de eigenlijke doelstelling kan worden gelezen:¹⁶⁵⁴

'Ik wil met de bestrijding van vluchtroutes niet trusts, particuliere fondsen en andere doelvermogens de das om doen. Wel wil ik bereiken dat deze doelvermogens niet meer gebruikt kunnen worden als vehikel om belasting te ontgaan. Dat ook voor mensen met die vermogens een normaal belastingregime van toepassing is.'

Wetsvoorstel 31 930

In het wetsvoorstel tot 'Wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten (Vereenvoudiging bedrijfsopvolgingsregeling en herziening tariefstructuur in de SW

1653 Zie de tekst van 'Het Gastcollege', onderdeel 2.

1654 Zie de tekst van 'Het Gastcollege', onderdeel 2.

1956, alsmede introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen in de Wet inkomstenbelasting 2001 en de SW 1956', wordt duidelijk dat uiteindelijk is gekozen voor een geheel andere benadering. Bij de vormgeving van het APV-regime is uitgegaan van de gedachte dat het onder trustverband gestelde vermogen wordt toegerekend aan degene die het vermogen heeft afgezonderd ('toerekeningsfictie'). Aldus wordt afgezonderd vermogen niet langer toegerekend aan het doelvermogen als 'entiteit', maar aan een ander rechtssubject. Gedurende het leven van de inbrenger vindt toerekening aan hem plaats en na diens overlijden aan zijn erfgenamen.¹⁶⁵⁵ In de terminologie van de memorie van toelichting wordt het doelvermogen 'als aparte entiteit genegeerd' en 'zodoende fiscaal transparant' geacht. Hierbij maakt de wetgever de vergelijking met de fiscaal transparante stichting administratiekantoor en het beleid, zoals dat sinds het trustbesluit van 16 december 1993, V-N 1994/155 zou hebben gegolden. De laatste vergelijking berust evident op een misverstand. Zoals ook blijkt uit de opmerking in het laatste trustbesluit dat ten aanzien van de irrevocable discretionary trust 'vanzelfsprekend' geen transparantie-overeenkomst kan worden gesloten.¹⁶⁵⁶

Bij de voorstellen ten aanzien van het APV-regime heeft de wetgever opgemerkt dat gebruikmaking van de Anglo-Amerikaanse trust op zichzelf is geoorloofd voor de bundeling en bescherming van (familie)vermogen. Het discretionaire doelvermogen mag echter niet tot gevolg hebben dat een heffingsvacuüm ontstaat. Hierbij blijken de novemberarresten in de estateplanningspraktijk te worden gebruikt als handleiding om een 'onbelast zwevend vermogen' te creëren. Vervolgens wordt hieraan toegevoegd dat de bestaande middelen voor de fiscus ontoereikend blijken om dergelijke constructies effectief te bestrijden. Doelstelling van de wetgever is dan ook om een 'robuuste wettelijke basis' te ontwerpen, waarbij ten aanzien van vermogensbestanddelen die zijn afgezonderd in een APV, zoveel mogelijk eenzelfde fiscale behandeling in het vooruitzicht wordt gesteld als voor vermogensbestanddelen die niet zijn ondergebracht in een APV. Langs deze weg wordt niet alleen het gewraakte heffingsvacuüm opgeheven, maar tevens rechtszekerheid geboden aan de uitvoeringspraktijk. In het verlengde daarvan wordt opgemerkt dat het APV-regime tevens een verduidelijking inhoudt van de inlichtingenverplichtingen die belastingplichtigen en beroepsbeoefenaren in acht dienen te nemen.

Ten slotte dient te worden vermeld dat met het APV-regime een belangrijke budgettaire doelstelling is nagestreefd. De budgettaire derving, die voornamelijk wordt gevormd door de verlaging van de tarieven in de SW 1956, dient grotendeels te worden bekostigd uit de opbrengst van het APV-regime. Volgens de wetgever bedraagt de geraamde opbrengst van het APV-regime € 210 miljoen.¹⁶⁵⁷ Tijdens de parlementaire behandeling is de wetgever meermaals gevraagd naar een onderbouwing van deze schatting. In reactie daarop heeft de staatssecretaris telkens aangegeven de schatting realistisch te vinden, zonder overigens een nadere onderbouwing te geven. Hierna wordt ingegaan op de hoofdlijnen en systematiek van het APV-regime.

9.5.2 Hoofdlijnen en de systematiek van het APV-regime

Het per 1 januari 2010 ingevoerde APV-regime wordt gevormd door een aantal samenhangende bepalingen in enkele verschillende belastingwetten. Het regime, dat hier uitsluitend op hoofdlijnen wordt besproken,¹⁶⁵⁸ bestaat uit de volgende artikelen:

- art. 2.14a en 10a.7 Wet IB 2001;
- art. 16 t/m 17a SW 1956 en art. 26a SW 1956;¹⁶⁵⁹

1655 In bijzondere gevallen kan toerekening plaatsvinden aan de begunstigden van het APV op grond van art. 2.14a, lid 5, Wet IB 2001.

1656 Zie onderdeel 8 van het Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, BNB 2006/139.

1657 Voor de inkomstenbelasting gaat het om € 150 miljoen en voor de SW 1956 om € 60 miljoen.

1658 Voor een uitgebreide behandeling verwijs ik naar Hageman, Lohuis en Ruijschop 2009, blz. 41-71.

1659 Daarnaast geldt ten aanzien van de SW 1956 een eigen bepaling van overgangsrecht (art. XA).

- art. 8, lid 15, Wet Vpb 1969;
- art. 4, lid 8, onderdeel c, Wet Div.bel. 1965; en
- art. 23a IW 1990.

Tevens zijn in het Bvdb 2001 enkele bepalingen opgenomen die voorzien in een voorkoming van dubbele belastingheffing. Ook deze bepalingen worden kort besproken.

Algemeen

Het hart van het APV-regime wordt gevormd door de 'toerekeningsfictie' in art. 2.14a Wet IB 2001. In deze bepaling is niet alleen de APV-regeling voor de inkomstenbelasting neergelegd, maar zijn tevens de belangrijkste definities opgenomen, alsmede de zogeheten 'toerekeningsstop'. Alle overige bepalingen die deel uitmaken van het APV-regime, verwijzen zonder uitzondering naar art. 2.14a Wet IB 2001.

De systematiek van het APV-regime is gebaseerd op een afwijkende toerekening van het onder trustverband gestelde vermogen. Anders dan volgt uit de kwalificatieregels van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen, wordt het APV als 'entiteit' genegeerd en niet als 'toerekeningscentrum' aangemerkt ten aanzien van het onder trustverband gestelde vermogen en het daaruit afkomstige inkomen. In plaats daarvan wordt het onder trustverband gestelde vermogen en het daaruit afkomstige inkomen gedurende zijn leven toegerekend aan de inbrenger. Tijdens de parlementaire behandeling wordt op enkele plaatsen dan ook wel gesproken van 'fiscale transparantie' richting de inbrenger.¹⁶⁶⁰ Ook voor de SW 1956 is een vergelijkbare systematiek gehanteerd. Op grond van het APV-regime wordt het afgezonderde vermogen gedurende het leven van de inbrenger aan *hem* toegerekend en niet langer aan 'het doelvermogen'. De 'afwijkende toerekening' betekent dat de novemberarresten – ruim tien jaar na dato – alsnog zijn gerepareerd.

Alvorens de systematiek van het APV-regime nader toe te lichten, kan worden opgemerkt dat binnen het APV-regime volledig is geabstraheerd van de civielrechtelijke rechtsverhoudingen. Weliswaar betekent de keuze voor deze systematiek een aanzienlijke vereenvoudiging van de wetgevende opgave; de civielrechtelijke kenmerken van het Anglo-Amerikaanse trustrecht worden immers volledig losgelaten. Daarmee wordt echter ook de economische realiteit losgelaten. Degene aan wie het vermogen wordt toegerekend, kan daarover immers niet (langer) beschikken en zal daarover wellicht ook nooit (meer) kunnen beschikken.¹⁶⁶¹ Het gaat hierbij overigens niet alleen om theoretische gefundeerde kritiek vanuit het draagkrachtprincipe, om het uit de pas lopen in internationale verhoudingen, maar tevens om de praktische problemen die daardoor bij de invordering van belastingenschulden zouden ontstaan.¹⁶⁶² Op dit punt heeft het APV-regime – in mijn ogen terecht – zeer forse kritiek in de literatuur gekregen.¹⁶⁶³

Tot slot kan worden opgemerkt dat het APV-regime het karakter heeft van een generieke antimisbruikmaatregel, hetgeen ook tot uitdrukking komt in de redactie van de wetteksten. In art. 2.14a Wet IB 2001 – een bepaling die bestaat uit acht leden – komt de frase 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect' zes keer voor. Daarnaast worden ficties gebruikt om het begrip 'erfgenaam' – een kwetsbaar element binnen de APV-regeling – verder uit te breiden. Daarnaast biedt de wettekst de mogelijkheid van een toerekening, indien de 'uiterste wilsbeschikking in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de (...) toerekening'. De wetgever heeft dan ook 'zwaar geschut' ingezet bij de

1660 Van daadwerkelijke fiscale transparantie als bedoeld in paragraaf 3.3.5 is uiteraard geen sprake. In vergelijkbare zin, Auerbach 2010.

1661 De invoering van het APV-regime is dan ook te zien als een doorgeschoten codificatie van de beschikkingsmachtjurisprudentie.

1662 De wetgever heeft deze problemen gesignaleerd en met de vergaande verhaalsmogelijkheid van art. 23a IW 1990 getracht het hoofd te bieden.

1663 Zie o.a. Boer 2010, Sonneveldt en De Kroon 2009, Auerbach 2009a, en Freudenthal 2010.

vormgeving van het APV-regime, waarbij niet is getracht om in alle gevallen rechtszekerheid te bieden en evenmin om 'overkill' te voorkomen.

Wet IB 2001

Het APV-regime in de inkomstenbelasting is neergelegd in art. 2.14a Wet IB 2001¹⁶⁶⁴ en gaat uit van een toerekening van het afgezonderde vermogen aan de inbrenger gedurende diens leven (art. 2.14a, lid 1, eerste volzin, Wet IB 2001). Het afzonderen van vermogen in een APV leidt voor de inbrenger dan ook niet tot een afrekenmoment. Het inkomen wordt na de afzondering immers nog steeds en 'onveranderd' genoten door de inbrenger.¹⁶⁶⁵ Overigens kent de Wet IB 2001 de term 'inbrenger' niet als zodanig; de wet verwijst naar 'degene die dat vermogen (...) heeft afgezonderd.' Deze inbrenger kan derhalve een ander zijn dan degene die als settlor, grantor of oprichter is genoemd in de relevante bescheiden.

In welke gevallen kan worden gesproken van 'het afzonderen van vermogen' wordt bepaald in art. 2.14a, lid 3, Wet IB 2001. Van het 'afzonderen van vermogen' is sprake, indien vermogen 'om niet' of 'onder in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke voorwaarden' wordt afgezonderd in een APV (art. 2.14a, lid 3, onderdeel a, Wet IB 2001).¹⁶⁶⁶ Hierbij wordt het begrip 'afzonderen' zeer ruim uitgelegd.¹⁶⁶⁷ Daarnaast wordt het vervreemden van vermogensbestanddelen aan een APV expliciet aangemerkt als het afzonderen van vermogen. In dat geval wordt als aanvullende voorwaarde gesteld dat met het APV 'een particulier belang wordt beoogd van de vervreemder, van zijn partner of van een of meer van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn tot en met de vierde graad van de zijlijn' (art. 2.14a, lid 3, onderdeel b, Wet IB 2001). Hiermee wordt enerzijds voorkomen dat met een vervreemding tegen zakelijke voorwaarden aan een 'eigen APV' een afzondering van vermogen zou kunnen worden voorkomen, en anderzijds dat een vervreemding door een derde aan een 'andermans APV' tot toerekening aan deze 'buitenstaander' zou leiden. Het aanmerken van een vervreemding tegen zakelijke voorwaarden als het afzonderen van vermogen acht ik principieel onjuist. Bij een 'at arm's length' vastgestelde prijs is van het afzonderen van enige 'vermogenswaarde' geen sprake. Hier lijkt de wetgever bewust verder te gaan dan noodzakelijk is, gezien de achtergrond van het APV-regime.¹⁶⁶⁸ Ten slotte kan worden opgemerkt dat beide gevallen van het afzonderen van vermogen zich ook 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect' kunnen voordoen, waardoor de bepaling een zeer ruime strekking heeft.¹⁶⁶⁹ Ook het verstrekken van een geldlening kan volgens de wetgever worden gezien als het 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect' vervreemden van een vermogensbestanddeel, omdat de rechtshandelingen 'op instigatie' van de inbrenger zouden worden verricht.¹⁶⁷⁰ Ik ben van mening dat deze materiële benadering niet zonder meer uit de wettekst kan worden afgeleid en in voorkomende gevallen de door het APV met behulp van een geldlening verworven vermogensbestanddelen – alsmede de geldlening – niet onder de toerekeningsbepaling vallen.¹⁶⁷¹

1664 Op grond van art. 2.14a, lid 8, Wet IB 2001 zijn in art. 4a Uitv.reg. IB 2001 nadere regels gesteld met betrekking tot de bedoelde toerekening.

1665 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, blz. 11.

1666 In art. 4a, lid 4, Uitv.reg. IB 2001 is uitgewerkt in welke gevallen de vervreemding in de ogen van de staatssecretaris 'onder in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke voorwaarden' heeft plaatsgevonden.

1667 Blijkens *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, blz. 52, wordt onder 'afzonderen' mede verstaan: 'vervreemden, schenken, alsmede opties verlenen, afsplitsen van genotsrechten, het elders beleggen van een langlevensrisico, maar ook de fictieve vervreemdingen zoals bedoeld in artikel 4.16 van de Wet inkomstenbelasting 2001.'

1668 Hoogstens kan worden gezegd dat op deze wijze ingewikkelde waarderingsvraagstukken worden voorkomen.

1669 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, blz. 56.

1670 *Kamerstukken I 2009/10*, 31 930, nr. D, blz. 30.

1671 Auerbach 2010.

Voor toepassing van het APV-regime wordt een 'APV' gedefinieerd als een rechtsvorm waarmee meer dan bijkomstig een particuliere belang wordt beoogd en waarbij tegenover de afzondering van het vermogen geen uitreiking van aandelen, winstbewijzen, e.d., heeft plaatsgevonden en evenmin een economische deelgerechtigdheid is ontstaan. Op deze wijze heeft de wetgever als wezenskenmerk van een APV tot uitdrukking willen brengen dat geen 'kanaal' bestaat tussen het APV en degene die het vermogen heeft afgezonderd.¹⁶⁷² Het is voor de kwalificatie als APV voorts niet relevant of de trustverhouding 'revocable' of 'irrevocable' is. Voor toepassing van het APV-regime is bewust niet aangesloten bij de term 'doelvermogens' uit de Wet Vpb 1969,¹⁶⁷³ maar gekozen voor de meer omvattende term 'APV'. Daarmee is duidelijk dat ook een rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvorm een APV kan zijn en bestaat tevens meer flexibiliteit ten aanzien van toekomstige ontwikkelingen. Aangezien samenloop mogelijk is tussen een APV en een sociaal belang behartigende instelling (SBBi), is uitdrukkelijk bepaald dat laatstgenoemd doelvermogen niet als APV wordt aangemerkt en derhalve niet onder het toerekeningsregime valt.

Het afgezonderde vermogen wordt na het overlijden van de erflater in aanmerking genomen bij de erfgenamen in dezelfde verhouding als zij erfgenaam zijn (art. 2.14a, lid 1, tweede en derde volzin, Wet IB 2001). Blijkens de parlementaire behandeling¹⁶⁷⁴ is voor de toerekening bewust niet aangesloten bij de 'verkrijger krachtens erfrecht' en evenmin bij de begunstigden van het APV.¹⁶⁷⁵ Het begrip erfgenaam wordt uitgelegd op basis van het civiele recht¹⁶⁷⁶ en is in art. 2.14a, lid 4, Wet IB 2001 uitgebreid door ook degene die is onterfd aan te merken als erfgenaam, indien diegene of een met hem verwante persoon 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect' begunstigde is van het APV.

Tijdens de parlementaire behandeling is nog opgemerkt dat verwerping van een nalatenschap niet meebrengt dat degene die de nalatenschap heeft verworpen geen 'erfgenaam' meer is voor toepassing van het APV-regime.¹⁶⁷⁷ Voorts kan op grond van art. 2.14a, lid 6, derde volzin, Wet IB 2001 de toerekening aan de erfgenamen worden aangepast, indien blijkt dat de erfopvolging 'in overwegende mate is gericht op het geheel of gedeeltelijk ontgaan of uitstellen' van de toerekeningsfictie. In het geval dat blijkt dat een erfgenaam en zijn partner 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect' geen begunstigde zijn of kunnen worden (het zogeheten 'zwarte schaap'), vindt geen toerekening plaats aan deze erfgenaam.¹⁶⁷⁸ In dat geval wordt het vermogen toegerekend aan de overige erfgenamen alsof zij verkrijgers krachtens erfrecht zouden zijn geweest bij uitsluiting van het 'zwarte schaap'. Uit de aanpassingen gedurende de parlementaire behandeling bleek de aanwijzing van de 'erfgenamen' een achilleshiel binnen het APV-regime, die met behulp van 'overkill' is aangepakt.¹⁶⁷⁹

In art. 2.14a, lid 5, Wet IB 2001, wordt het vermogen in afwijking van de reguliere systematiek van het APV-regime toegerekend aan de begunstigde, indien de inbrenger en diens erfgenamen niet kunnen worden bepaald. In de memorie van toelichting wordt het voorbeeld genoemd van een vader die in alle anonimiteit voor een niet-erkend kind een SPF heeft laten oprichten. Gegeven het ontbreken van een familierelatie en bekendheid met

1672 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 9.

1673 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 54.

1674 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 53.

1675 Een uitzondering geldt voor de toerekening aan de begunstigde op basis van art. 2.14a, lid 5, Wet IB 2001.

1676 Degenen die onwaardig zijn om te erven (art. 4:3 BW) en degenen die geen voordeel kunnen genieten uit een uiterste wilsbeschikking (art. 4:57-4:61 BW) worden niet als erfgenaam aangemerkt. *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, blz. 30.

1677 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, blz. 30.

1678 De stringente voorwaarden waaronder gebruik kan worden gemaakt van de tegenbewijsregeling zijn opgenomen in art. 4a, lid 6, Uitv.reg. IB 2001.

1679 Zie Auerbach 2010, Van Vijfeijken 2009 en Freudenthal 2010.

de inbrenger, vindt als 'ultimum remedium' toerekening aan de begunstigde plaats. Bij de erfgenamen en – in het uitzonderingsgeval – de begunstigde worden de vermogensbestanddelen evenals bij de inbrenger 'als zodanig' in aanmerking genomen.

De toerekening is naar de bedoeling van de wetgever uitsluitend effectief ten aanzien van het discretionaire gedeelte van het APV. Het afgezonderde vermogen wordt volledig toegerekend aan de inbrenger/erfgenaam, en deze mag rekening houden met aanspraken van de beneficiaries die als verplichting in mindering komen van de rendementsgrondslag. Overigens dient deze verplichting dan wel juridisch afdwingbaar te zijn; de aanwezigheid van '(meer dan) een blote verwachting' is daartoe onvoldoende.¹⁶⁸⁰ Indien de beneficiaries aanspraken ontleen aan de trustverhouding, dan worden deze rechten *sui generis* geacht te bestaan ten opzichte van de inbrenger – en na diens overlijden – de erfgenamen. Hierbij kan volgens de wetgever een dergelijk recht een periodieke uitkering vormen in de zin van art. 3.101, lid 1, onderdelen c en d, Wet IB 2001 dan wel een 'overig vermogensrecht' in de zin van art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001.¹⁶⁸¹ De beneficiaries nemen de gerechtigdheid in het laatste geval in aanmerking als bezitting, terwijl de inbrenger een verplichting tot uitdrukking brengt in de rendementsgrondslag.

Ingeval het APV wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse maatstaven reële heffing, wordt niet voldaan aan de premisse van een 'onbelast zwevend vermogen', en vindt geen (afwijkende) toerekening plaats (art. 2.14a, lid 7, Wet IB 2001). In het kader van deze toets dient het APV te worden vergeleken met een onbeperkt belastingplichtige entiteit en niet met de niet-nijvere stichting.¹⁶⁸² De uiteindelijke reële heffingstoets, zoals die is ingevoerd als onderdeel van het wetsvoorstel 'Overige Fiscale Maatregelen 2010', is toegesneden op de reële heffingstoets die ook in het kader van de deelnemingsvrijstelling wordt gehanteerd.¹⁶⁸³ Globaal gesproken, komt deze toets neer op een beoordeling of het APV voor ten minste 10% wordt belast over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde grondslag.¹⁶⁸⁴ Als sprake is van een 'onderworpen APV' wordt de afwijkende toerekening gestopt ('toerekeningsstop') en wordt het APV zelf als toerekeningscentrum aangemerkt.

Successiewet

Ook voor toepassing van de SW 1956 wordt het bestaan van de trust genegeerd. Als gevolg van de toerekeningsfictie wordt het afzonderen van vermogen door de inbrenger in een APV niet gezien als een belaste schenking aan een doelvermogen (art. 17a SW 1956). Het afgezonderde vermogen wordt immers (wederom) toegerekend aan de inbrenger, waardoor een verarming bij hem ontbreekt. Bij het latere overlijden van de inbrenger wordt het trustvermogen geacht deel uit te maken van diens nalatenschap (art. 16 SW 1956). Uitkeringen uit het doelvermogen aan een beneficiary gedurende het leven van de inbrenger worden geacht een schenking van de inbrenger te zijn (art. 17 SW 1956). De tarieven en vrijstellingen die gelden in de relatie tussen de inbrenger en de erfgenamen/beneficiaries zijn van overeenkomstige toepassing op de (fictieve) verkrijgingen op grond van het APV-regime (art. 26a SW 1956). Ook indien het APV aan een naar Nederlandse maatstaven reële heffing is onderworpen, vindt toerekening plaats aan de inbrenger. Het onderscheid tussen onderworpen en niet-onderworpen APV's geldt niet voor de SW 1956.¹⁶⁸⁵

1680 Zie art. 4a, lid 1, Uitv.reg. IB 2001.

1681 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 51.

1682 De wettekst is in dit verband aangepast bij de nota van wijziging van het wetsvoorstel 'Overige Fiscale Maatregelen 2010'. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 129, nr. 9, blz. 5-6.

1683 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 129, nr. 3, blz. 36.

1684 Zie uitgebreid ten aanzien van reële heffingstoets, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 129, nr. 3, blz. 61-65 en Hageman, Lohuis en Ruijschop 2009, blz. 56-59 en Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), onderdeel 2.4.3.B.e.

1685 In het oorspronkelijke wetsvoorstel is dit onderscheid wel opgenomen, maar is in de tweede nota van wijziging ongedaan gemaakt. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16.

Wet Vpb 1969 en Wet Div.bel. 1965

De toerekeningsfictie wordt ook doorgetrokken naar de Wet Vpb 1969 en de Wet Div.bel. 1965. In beide wetten is de reikwijdte van de toerekeningsfictie overigens zeer beperkt vormgegeven. In de vennootschapsbelasting wordt het APV hoofdzakelijk voor de verbondenheid in enkele antimisbruikbepalingen weggedacht.¹⁶⁸⁶ Op deze wijze wordt getracht te voorkomen dat de werking van de genoemde regelingen kan worden gefrustreerd door de verbondenheid met gebruikmaking van een APV te verbreken. Voor toepassing van de dividendbelasting wordt verwezen naar art. 2.14a Wet IB 2001 teneinde te bewerkstelligen dat het APV wordt genegeerd in het kader van de dividendstrippingsbepaling. Aangezien beide verwijzingen een integrale referentie naar art. 2.14a en 10a.7 Wet IB 2001 inhouden, geldt voor beide wetten dat geen afwijkende toerekening plaatsvindt, indien het APV wordt onderworpen aan een reële heffing.

Overgangsrecht

Het APV-regime is ook van toepassing op reeds per 1 januari 2010 bestaande trustverhoudingen. In art. 10a.7 Wet IB 2001 is uit doelmatigheidsoverwegingen een uiterst beperkte vorm van eerbiedigende werking opgenomen voor de Wet IB 2001. Het gaat om die gevallen waarin (i) de inbrenger reeds vóór 1 januari 2010 is overleden en op 20 april 2010 (ii) de waarde van de bezittingen minus de schulden per erfgenaam minder dan € 5.000 bedroeg en (iii) tot het APV geen aanmerkelijkbelangaandelen behoorden. Voorts worden op verzoek vaststellingsovereenkomsten gerespecteerd, indien deze vóór 19 april 2010 zijn gesloten. Voor een uitgebreide bespreking verwijs ik naar een eerdere bespreking van het overgangsrecht.¹⁶⁸⁷ Op deze plaats wordt volstaan met de opmerking dat ingevolge art. 10a.7, lid 4 en 5, Wet IB 2001 materiële terugwerkende kracht aan het APV-regime is toegekend. Voor de bepaling van de waarde van het ondernemings- en resultaatsvermogen wordt namelijk aangesloten bij de historische kostprijs minus afschrijvingen. Voor het inkomen uit aanmerkelijk belang wordt aangesloten bij de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijkbelangpakket van de oorspronkelijke inbrenger. Hierdoor worden ook reeds bestaande meerwaarden onder de werking van het toerekeningsregime gebracht.

Voor de schenk- en erfbelasting is in beginsel geen overgangsrecht opgenomen. Uit de parlementaire behandeling kan echter worden afgeleid dat art. 10a.7 Wet IB 2001 ook doorwerkt naar de SW 1956.¹⁶⁸⁸ In de nota van wijziging is voorts nog een geclausuleerde teruggaafregeling opgenomen in art. XA, voor gevallen waarin vóór 1 januari 2010 schenkingsrechten zijn geheven ter zake van een afzondering van vermogen in een APV, dat als gevolg van het APV-regime weer wordt toegerekend aan de inbrenger.

IW 1990

Ten slotte is in art. 23a IW 1990 een bijzondere invorderingsregeling getroffen voor belastingsschulden die zijn ontstaan als gevolg van een toerekening in de zin van art. 2.14a Wet IB 2001. Indien de aanslag niet door de belastingsschuldige kan worden voldaan, kan de verschuldigde belasting worden verhaald op de goederen van het APV, en als dat niet lukt op de goederen van het lichaam waarin het APV (indirect) ten minste 5% van de aandelen houdt.¹⁶⁸⁹ Deze regeling is bedoeld om de verhaalsproblemen weg te nemen die de Ontvanger ongetwijfeld zal ontmoeten. De fictieve toerekening kan – zonder al teveel voorstellingsvermogen – tot gevolg hebben dat een aanslag wordt opgelegd aan de belastingsschuldige die eenvoudigweg de middelen niet heeft – en misschien wel nooit zal krijgen – om de aanslag te betalen. De ruime verhaalsmogelijkheden van art. 23a IW 1990 maken dat de Ontvanger de belasting in veel gevallen op een ander kan verhalen dan de belas-

¹⁶⁸⁶ Het gaat om art. 8c, 10a, 12a, 13b, 13ba, 20a, 25 en 28 Wet Vpb 1969.

¹⁶⁸⁷ Boer, Lubbers en Schuiver-Bravenboer 2009.

¹⁶⁸⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 124. Zie ook Ruijschop, Lohuis en Hageman 2009, blz. 59, die abusievelijk verwijzen naar de nota naar aanleiding van het nader verslag.

¹⁶⁸⁹ Volgens de memorie van toelichting, wordt de invordering volgordekelijk langs de weg van deze 'drietrapsraket' uitgevoerd. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 61-62.

tingschuldige.¹⁶⁹⁰ Uit de parlementaire behandeling kan worden afgeleid dat de invorderingsmaatregel voor de Wet IB 2001 en SW 1956 is bedoeld.¹⁶⁹¹ De tekst van art. 23a IW 1990 sluit evenwel niet uit dat ook een vennootschaps- en dividendbelastingsschuld, die is ontstaan als gevolg van een toerekening op grond van art. 2.14a Wet IB 2001, op deze wijze kan worden verhaald.

Bvdb 2001

In het Bvdb 2001 zijn bij Besluit van 23 december 2010, *Stb.* 885, enkele bepalingen opgenomen om de voorkoming van dubbele belastingheffing te regelen. Het betreft voor de inkomstenbelasting art. 21a Bvdb 2001 ten aanzien van box 2 en art. 24b alsmede art. 25b Bvdb 2001 (dividenden, interest en royalty's) ten aanzien van box 3.¹⁶⁹² Het Bvdb 2001 biedt geen voorkoming van dubbele belasting voor inkomen uit box 1. De staatssecretaris merkt op dat hem geen gevallen bekend zijn waarin box 1-vermogen is aangetroffen in een APV, maar dat in voorkomende gevallen belastingplichtigen op een tegemoetkomende opstelling kunnen rekenen.¹⁶⁹³ De bepalingen die betrekking hebben op de Wet IB 2001 zijn van toepassing voor de jaren die aanvangen vanaf 1 januari 2010.

Kern van de genoemde artikelen is dat wordt aangesloten bij de toerekening aan de inbrenger/erfgenamen voor de verrekening van buitenlandse (bron)heffingen met betrekking tot het afgezonderde vermogen. Als voorwaarde geldt dat het inkomen aan de belastingplichtige wordt toegerekend op grond van art. 2.14a Wet IB 2001 en dat het inkomen is 'onderworpen aan een belasting naar het inkomen, die vanwege die andere Mogendheid, al dan niet aan de bron, bij die binnenlandse belastingplichtige zelf of bij het desbetreffende afgezonderde particuliere vermogen wordt geheven.' Het maakt daarbij niet uit op welk niveau de heffing heeft plaatsgevonden. Uiteraard mag deze heffing geen naar Nederlandse maatstaven reële heffing inhouden, aangezien in dat geval geen toerekening aan belastingplichtigen plaatsvindt. Voor alle bepalingen is voorts opgemerkt dat 'niet reeds op andere wijze' is voorzien in het voorkomen van dubbele belastingheffing.

De internationaal afwijkende systematiek van het APV-regime noopt overigens wel tot enkele noodgrepen. In de toelichting bij art. 21a Bvdb 2001 wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat ook de 'inbrenger' als 'uiteindelijk gerechtigde' kan worden aangemerkt.¹⁶⁹⁴ Voorts wordt aangegeven dat de situatie waarin een verdragstaat het APV en niet de inbrenger als uiteindelijk gerechtigde beschouwt – en de bronbelasting derhalve niet verlaagt – wordt aangemerkt als een geval waarin 'niet op andere wijze is voorzien in het voorkomen van dubbele belasting'. Het voorgaande maakt duidelijk dat het APV-regime tot kunstgrepen noopt om dubbele belastingheffing te voorkomen.

9.5.3 Het APV-regime nader beschouwd

9.5.3.1 Inkomstenbelasting

Het ontbreken van 'een kanaal' is door de wetgever als knelpunt onderkend bij de inpasping van Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse fiscale stelsel en is opgelost door het hanteren van een 'toerekeningsfictie'. In afwijking van de civielrechtelijke verhoudingen en de kwalificatieregels binnen het Nederlandse fiscale stelsel, wordt ten aanzien van afgezonderd particulier vermogen niet het doelvermogen, maar de inbrenger als toereke-

1690 Auerbach 2009a, is van mening dat de ruime verhaalsmogelijkheden in strijd komen met art. 1 van het Eerste Protocol van het EVRM. In *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 139, blz. 6-9, licht de wetgever toe waarom daarvan naar zijn mening geen sprake is.

1691 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 60.

1692 In art. 47, lid 7, Bvdb 2001 is een bepaling opgenomen die de dubbele heffing van buitenlandse (vervangende) erfbelasting voorkomt, indien het vermogen op grond van art. 16 SW in de heffing wordt betrokken.

1693 Zie Besluit van 23 december 2010, *Stb.* 885, blz. 56.

1694 Besluit van 23 december 2010, *Stb.* 885, blz. 57.

ningscentrum aangehouden. De wetgever heeft daarmee spreekwoordelijk twee vliegen in één klap geslagen.

In de eerste plaats leidt een toerekening aan de inbrenger tot een uitbreiding van de Nederlandse fiscale jurisdictie ten aanzien van niet-situsgoederen. Het (inkomen uit dit) vermogen dat op basis van reguliere toerekeningsregels tot uitdrukking kwam bij het buiten Nederland gevestigde doelvermogen, wordt met de invoering van het APV-regime in de Nederlandse fiscale jurisdictie betrokken indien de inbrenger in Nederland woonachtig is. Hiermee is het aangrijpingspunt voor de belastingheffing verschoven van de trust als doelvermogen naar de inbrenger en vindt dienovereenkomstig een uitbreiding van de Nederlandse fiscale jurisdictie plaats.

In de tweede plaats lost de toerekening aan de inbrenger het probleem op van de afwezigheid van een kanaal tussen het doelvermogen en de daarbij betrokken personen. Het doelvermogen wordt 'weggedacht' als toerekeningspunt, waardoor het ontbreken van een kanaal niet langer relevant is. Het vermogen is reeds toegerekend aan de inbrenger en hoeft niet meer langs een 'kanaal' aan de inbrenger toe te vloeien. Uiteraard geldt dit alleen voor het niet-onderworpen APV. Bij een onderworpen APV doet het ontbreken van een kanaal zich wederom in volle omvang voor.¹⁶⁹⁵ Binnen de Wet IB 2001 geldt dan ook een 'duale benadering' ten aanzien van doelvermogens.¹⁶⁹⁶

Veronderstelde beschikkingsmacht

De afwijkende toerekening bij een niet-onderworpen APV wordt door de wetgever gerechtvaardigd met de aanname dat de inbrenger na de trustcreatie nog steeds over het afgezonderde vermogen kan blijven beschikken.¹⁶⁹⁷ Uiteraard geldt deze rechtvaardiging in aanzienlijk mindere mate voor de toerekening aan de erfgenamen, die (nog) verder afstaan van het APV.¹⁶⁹⁸ De beschikkingsmachtjurisprudentie is hiermee *de facto* gecodificeerd, met dien verstande dat thans de aanwezigheid van enige, daadwerkelijke beschikkingsmacht zelfs niet langer relevant is.¹⁶⁹⁹ De invoering van het APV-regime heeft immers tot gevolg dat het afgezonderde vermogen in alle gevallen wordt toegerekend aan de inbrenger, ongeacht de aanwezigheid van enige beschikkingsmacht. Het APV-regime hanteert dan ook uit een toerekening 'umsonst'. De fundamentele kritiek die reeds op de beschikkingsmachtjurisprudentie werd aangevoerd, treft dan ook *a fortiori* de veronderstelling die aan het APV-regime ten grondslag ligt. Als uitgangspunt heeft echter te gelden dat de inbrenger binnen het Anglo-Amerikaanse trustrecht geen enkele beschikkingsmacht meer heeft ten aanzien van het afgezonderde vermogen.¹⁷⁰⁰ Het is dan ook evident dat de wetgever binnen het APV-regime het systeem van toerekening binnen het Nederlandse fiscale stelsel – en daarmee het draagkrachtbeginsel – volledig heeft losgelaten.

In een poging zijn aanname te onderbouwen, wijst de wetgever op het feit dat in de praktijk zou blijken dat de inbrenger – mede gezien het particuliere belang¹⁷⁰¹ – nog vaak 'de touwtjes stevig in handen' heeft bij een APV. In dit kader wordt verwezen naar de vermeende zeggenschap op basis van akten, reglementen en wensenbrieven.¹⁷⁰² Uit de recht-

1695 Zie ook paragraaf 9.5.3.2.

1696 Auerbach 2009a.

1697 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 11.

1698 De toerekening aan de erfgenamen is dan ook uitsluitend te begrijpen als een consequentie van de eerdere toerekening aan de inbrenger. In paragraaf 9.5.3.3 wordt ingegaan op de positie van de erfgenamen in het kader van de SW 1956.

1699 Deze conclusie wordt bevestigd in *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 81. In de nota naar aanleiding van het nader verslag wordt op vragen van de NOB geantwoord dat naast het APV-regime geen toerekening aan de inbrenger of beneficiaries plaatsvindt op basis van andere leerstukken.

1700 Zie paragrafen 6.3.1 en 6.5.1.

1701 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 47.

1702 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 50.

spraak komt het door de staatssecretaris geschetste beeld evenwel minder duidelijk naar voren. Voorts snijdt de juistheid van deze stelling in ieder geval ten aanzien van een 'letter of wishes' in juridische zin geen hout. Overigens kan in zeer evidente gevallen van betrokkenheid mijns inziens het standpunt worden ingenomen dat geen discretionary trust tot stand is gekomen. Ook vóór invoering van het APV-regime werd in dergelijke situaties een vergelijkbaar standpunt ingenomen, dan wel de aanwezigheid van een vermogensrecht vastgesteld.¹⁷⁰³

In het verlengde hiervan kan worden opgemerkt dat de wetgever de toerekening binnen het APV-regime ook afhankelijk had kunnen stellen van de aanwezigheid van een 'materiële invloed' aan de zijde van de inbrenger. Regels als de 'grantor trust rules' hadden daarbij als inspiratie kunnen dienen.¹⁷⁰⁴ De bewindsman heeft duidelijk gekozen voor een regime waarbij dergelijke nuances en bewijstechnische problemen worden voorkomen. Het gevolg is een zeer bruusk toerekeningsregime.

Doelstelling van de wetgever

De uiteindelijke rechtvaardiging voor een ongeclausuleerde toerekening dient te worden gevonden in de doelstelling van de wetgever om een gelijke behandeling tussen 'afgezonderd vermogen' en 'niet-afgezonderd' particulier vermogen tot stand te brengen, en daarbij een robuuste wettelijke basis te creëren die uitvoeringstechnische problemen bij de fiscus wegneemt.¹⁷⁰⁵ Alhoewel begrip kan worden opgebracht voor deze doelstelling hoeft dat nog niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat het vermogen *bij de inbrenger* wordt belast. Juist de bijzondere civielrechtelijke structuur van een APV, waarbij een 'kanaal' tussen de betrokken personen en de entiteit ontbreekt, brengt mee dat een gelijkstelling op het niveau van de entiteit tot een betere inpassing binnen het bestaande fiscale stelsel zou hebben geleid; de toerekening aan degene die het vermogen heeft afgezonderd staat immers per definitie op gespannen voet met de civielrechtelijke en economische realiteit. Alternatieven op basis van een entiteitsbenadering, hadden reeds om die reden meer voor de hand gelegen dan de weg van de ongeclausuleerde fiscale toerekening.¹⁷⁰⁶

Aandelen, winstbewijzen, etc.

In art. 2.14a, lid 2, Wet IB 2001 is bepaald dat geen sprake is van een APV, indien tegenover de afzondering van het vermogen aandelen, winstbewijzen, etc. zijn verkregen. Hiermee is bedoeld tot uitdrukking te brengen dat het vermogen 'zweeft', omdat geen van de bij het APV betrokken personen een relatie onderhouden ten opzichte van het afgezonderde vermogen. De relatie tot het afgezonderde vermogen is ruim omschreven en omvat verschillende vermogensaanspraken. Ook het verkrijgen van een 'economische deelgerechtigdheid' maakt dat geen sprake is een APV. Volgens de staatssecretaris dient dit begrip te worden gezien in relatie tot de deelgerechtigdheid bij personenvennootschappen. Na een beschouwing van het arrest HR 24 januari 1947, NJ 1947, 71 rondt de bewindsman zijn betoog af met de volgende opmerking:¹⁷⁰⁷

'Kortom, over een economische deelgerechtigdheid kan worden beschikt en deze kan bijvoorbeeld worden vervreemd of als zekerheid dienen.'

Reeds eerder heb ik aangegeven de term 'economische deelgerechtigdheid' niet duidelijk te vinden¹⁷⁰⁸ indien deze term in relatie wordt gebracht met de jurisprudentie ten aanzien

1703 Vgl. het geval van Rb. Haarlem 19 januari 2009, NTFR 2999/577 en Rb. Haarlem 17 december 2009, NTFR 2010/659.

1704 Zie paragraaf 8.4.2.

1705 Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 11.

1706 Auerbach 2010, is dan ook van mening dat de wetgever met het APV-regime de verkeerde kant is opgelopen.

1707 Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 30.

1708 Boer en Freudenthal 2009, blz. 508.

van fixed trusts.¹⁷⁰⁹ Uiteraard doen zich in civielrechtelijk opzicht evidente verschillen voor tussen – bijvoorbeeld – een commanditaire participatie en een fixed interest. Daarentegen kunnen juist vanuit een meer ‘economische’ benadering van het begrip ‘deelgerechtigdheid’ vraagtekens worden geplaatst bij de hiervoor geciteerde passage. Na een juridische analyse worden enkele kenmerken genoemd van ‘een economische deelgerechtigdheid’ die niet erg onderscheidend zijn ten opzichte van een ‘equitable interest’. Ook de equitable interest van een beneficiary kan immers worden vervreemd en bezwaard.

Fixed trusts

Daarnaast acht ik de gekozen systematiek ten aanzien van fixed trusts – zelfs indien de invulling van het begrip ‘economische deelgerechtigdheid’ wordt gevolgd en de fixed trust als APV wordt gezien – alsmede de werking van de toerekeningsfictie, niet geheel eenduidig. In de memorie van toelichting valt te lezen:¹⁷¹⁰

‘Als het afgezonderd particulier vermogen discretionair is, is de voorgestelde toerekening aan de orde. Als het afgezonderd particulier vermogen non-discretionair is, wordt toegerekend aan de gerechtigde in plaats van aan de inbrenger of diens erfgenamen. Is de rechtsfiguur deels discretionair en deels non-discretionair dan geldt artikel 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 alleen voor het discretionaire deel.’

Het voorgaande citaat wekt de indruk dat de toerekeningsfictie uitsluitend geldt voor het discretionaire gedeelte van het APV. Hieruit zou dan kunnen worden begrepen dat het niet-discretionaire gedeelte – de fixed interest – niet onder het toerekeningsregime valt en het APV voor dat gedeelte als non-transparante entiteit overeind blijft. Uitgaande van de gedachte dat ten aanzien van een fixed trust geen zwevend vermogen bestaat, kan deze conclusie ook wel worden verdedigd. Het gevolg van deze zienswijze zou zijn dat bijvoorbeeld een life interest trust een non-transparante entiteit is en het afgezonderde vermogen niet wordt toegerekend aan de inbrenger.¹⁷¹¹ Het vermogen wordt dan toegerekend aan de life interest trust, onder erkenning van de gerechtigdheid van de beneficiaries. Voor discretionary trusts zou daarentegen onverkort de toerekeningsfictie van art. 2.14a Wet IB 2001 gelden, zodat een ‘dubbele benadering’ zou bestaan.

Op onderscheiden plaatsen in de parlementaire stukken blijkt echter van een andere bedoeling.¹⁷¹² inhoudende dat het gehele vermogen van het APV in beginsel wordt toegerekend aan de inbrenger, ongeacht het (non-)discretionaire karakter. Bij een (latere) toekenning van een gerechtigdheid aan één van de beneficiaries wordt een verplichting in aanmerking genomen bij de inbrenger, tegenover opname van een gerechtigdheid in de rendementsgrondslag van de beneficiary. Het onderscheid tussen een fixed en een discretionary trust staat dan niet in de weg aan de integrale toerekening van het afgezonderde vermogen aan de inbrenger. Anders gezegd, ook bij een fixed trust wordt een ‘kanaal’ geacht te ontbreken en wordt het APV-vermogen toegerekend aan de inbrenger. Ik acht het, ondanks de terminologische onduidelijkheden tijdens de parlementaire behandeling, aannemelijk dat deze benadering is bedoeld en ook een fixed trust een APV vormt. Desalniettemin zou het welkom zijn als de positie van de fixed trust in een beleidsbesluit werd verduidelijkt.

1709 In het bijzonder HR 14 juli 2006, BNB 2007/18-19 en HR 26 oktober 2007, BNB 2008/122. Daarin is beslist dat de uitkering uit een fixed trust de tegenwaarde voor een prestatie vormt. Hieruit kan mogelijk worden afgeleid dat ter gelegenheid van de inbreng een ‘economische’ deelgerechtigdheid is ontstaan.

1710 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 52.

1711 Zie ook Roelofs 2010.

1712 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 11. In *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 82, wijst de staatssecretaris de ‘dubbele benadering’ zelfs expliciet van de hand.

Juridisch afdwingbaar recht

Bij toekenning van een fixed interest wordt niet het achterliggende vermogen toegerekend aan de beneficiary, maar wordt uitsluitend een vermogensrecht ex art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001 in aanmerking genomen.¹⁷¹³ De gerechtigdheid van de beneficiary blijft een recht *sui generis* ten opzichte van de trust. Deze gerechtigdheid wordt onder het APV-regime niet eerder in aanmerking genomen dan dat sprake is van een juridisch afdwingbaar recht aan de zijde van de begunstigde. Hiermee lijken discussies ten aanzien van de aanwezigheid van '(meer dan) een blote verwachting' tot het verleden te behoren. De beneficiary wordt uitsluitend in de heffing betrokken bij de aanwezigheid van een 'juridisch afdwingbaar recht'.¹⁷¹⁴

In de artikelsgewijze toelichting bij art. 4 Uitv.reg. Wet IB 2001 is opgemerkt:¹⁷¹⁵

'Voor zover iemand een juridisch afdwingbaar recht heeft ten laste van een APV, is geen sprake van een toe te rekenen afgezonderd particulier vermogen. Degene die een juridisch afdwingbaar recht heeft ten laste van een APV wordt voor dit recht zelf en de inkomsten daaruit in de belastingheffing betrokken.'

Overigens veroorzaakt het eerste gedeelte van het citaat ten onrechte verwarring. Ook bij een fixed trust worden namelijk alle vermogensbestanddelen toegerekend aan de inbrenger, onder erkenning van een verplichting aan de beneficiary. Bij de beneficiary wordt dienovereenkomstig een gerechtigdheid in aanmerking genomen. Voor de fiscale kwalificatie van het vermogensrecht, dan wel de uitkering aan de beneficiary, is de aard van de afgezonderde vermogensbestanddelen in beginsel niet bepalend. Bij de beneficiary dient een analyse plaats te vinden van de gerechtigdheid die – ondanks de 'fiscale toerekening' – uit de trustverhouding voortvloeit.

Beoordeling van het recht van de beneficiary

Bijvoorbeeld in het geval waarin het vermogen van een APV volledig bestaat uit aanmerkelijkbelangaandelen, is box 2-heffing bij de beneficiary niet reeds om die reden aan de orde.¹⁷¹⁶ De begunstigde heeft immers geen aanmerkelijkbelangaandelen, maar uitsluitend een recht *sui generis* dat daarop betrekking heeft. Mogelijk kan de gerechtigdheid van een beneficiary worden aangemerkt als aanmerkelijk belang op grond van art. 4.3, onderdeel a, Wet IB 2001. Duidelijk is dat evenwel niet.¹⁷¹⁷ In zoverre blijft de onduidelijkheid van vóór de invoering van het APV-regime bestaan.

Voorts blijft de onduidelijkheid omtrent de aanwijzing van het recht van de beneficiary als een 'p.u.' bestaan.¹⁷¹⁸ Hiertoe is nog steeds een inhoudelijke beoordeling van het recht van de beneficiary noodzakelijk, en biedt het APV-regime geen aanvullende duidelijkheid. Gesteld dat een p.u. kan worden aangenomen, rijst in de eerste plaats de vraag of het APV-regime tot gevolg heeft dat niet langer een tegenwaarde voor een prestatie kan worden aangenomen. De afzondering van het vermogen wordt door de toerekening aan de inbrenger

1713 *Kamerstukken II* 2008/09, nr. 31 930, nr. 3, blz. 51.

1714 Zie art. 4a, lid 1, Uitv.reg. Wet IB 2001. Overigens had ik het duidelijker gevonden als in die bepaling niet zou zijn gesproken van 'in zoverre', maar van 'daarvoor'. De woorden 'in zoverre' impliceren mogelijk ten onrechte dat een gedeelte van het afgezonderde vermogen wordt toegerekend aan de beneficiaries, hetgeen niet bedoeld is ten aanzien van fixed trusts.

1715 Besluit van 31 december 2009, nr. DB2009-735M, *Stcrt.* 2009, 20549.

1716 Opvallend is dat ook de staatssecretaris van Financiën de mogelijkheid van heffing in box 2 niet noemt tijdens de parlementaire behandeling. In *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 11, merkt hij op: 'Dit recht wordt in de voorgestelde systematiek geacht te zijn toegekend door de inbrenger en vormt voor hem een schenking. Het recht op de periodieke uitkeringen behoort vervolgens tot het inkomen uit werk en woning (box 1) of tot de rendementsgrondslag (box 3) van de begunstigde.'

1717 Zie paragraaf 9.3.3.1.2.

1718 Zie paragraaf 9.3.3.1.1 en de bewijsregels in paragraaf 9.4.3.3.

ger bij een niet-onderworpen APV in wezen ongedaan gemaakt. Het komt mij echter voor dat de uitkeringen de 'tegenwaarde voor een prestatie' blijven en niet onder het bereik van art. 3.101, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001 kunnen worden gebracht. De verplichting tot het doen van uitkeringen is een verplichting van de trust(ee) die wordt toegerekend aan de inbrenger. Het karakter als vermogensrechtelijke p.u. maakt daarmee deel uit van het toegerekende recht en komt niet te vervallen, omdat de uitkering op grond van art. 2.14a Wet IB 2001 geacht wordt afkomstig te zijn van de inbrenger.¹⁷¹⁹

Daarnaast acht ik belastingheffing op basis van art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001, anders dan tijdens de parlementaire behandeling is gesuggereerd, moeilijk voor te stellen bij een niet-onderworpen APV met rechtspersoonlijkheid.¹⁷²⁰ De toerekeningsfictie maakt immers dat de uitkering geacht wordt afkomstig te zijn van de inbrenger.¹⁷²¹ Of moet de uitkering aan de beneficiary toch geacht worden afkomstig te zijn van het APV? Die laatste conclusie lijkt mij in strijd met de bedoeling van het toerekeningsregime en maakt dat de verwijzing naar 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001 praktisch zonder betekenis is. Bij een onderworpen APV met rechtspersoonlijkheid is – gesteld dat een p.u. kan worden aangenomen – toepassing van deze bepaling wel mogelijk.¹⁷²²

Verhouding toerekeningsfictie en idee van fiscale transparantie

Het niet-onderworpen APV mag dan fiscaal in zekere zin worden genegeerd, de fiscale kwalificatie van de verkregen inkomst door de beneficiary is daarmee nog niet ontdaan van de aanwezigheid van het APV. Het wettelijke regime houdt een toerekening in, maar heeft niet tot gevolg dat de trust niet zou bestaan.¹⁷²³ De aanwezigheid van een APV heeft dan ook nog steeds tot gevolg dat de beneficiary een 'recht *sui generis*' heeft ten opzichte van het APV. Gedacht kan worden aan de situatie waarin het APV-vermogen uitsluitend bestaat uit vrijgestelde bezittingen. Hierbij valt te denken aan bossen, natuurterreinen (art. 5.7 Wet IB 2001) en kunstvoorwerpen (art. 5.8 Wet IB 2001). Kan de beneficiary met een life interest dan een beroep doen op deze vrijstellingen? Gezien de restrictieve toepassing van de vrijstellingen in box 3, meen ik deze vraag ontkennend te moeten beantwoorden en moet worden aangenomen dat de inbrenger deze vrijstellingen kan toepassen.¹⁷²⁴ Overigens kan de inbrenger daarenboven de verplichting aan de beneficiarissen in aanmerking nemen.

Ook Auerbach noemt enkele voorbeelden die de moeizame driehoeksverhouding aangeven tussen de wettelijke toerekeningsfictie, 'het idee' van fiscale transparantie en de civielrechtelijke werkelijkheid. Terecht werpt Auerbach de vraag op of een vervreemding van een aanmerkelijk belang aan een APV als 'vervreemding' kan worden aangemerkt. Uit de achterliggende gedachte van de wetgever – die tijdens de parlementaire behandeling soms ten onrechte van fiscale transparantie lijkt uit te gaan – blijkt duidelijk van niet. Daarentegen gebiedt de logica dat een toerekening niet eerder kan plaatsvinden dan nadat een vervreemding is aangenomen, die overigens ook in civielrechtelijke zin heeft plaatsgevonden. Alles overziende bestaat zonder meer ruimte voor discussie.

1719 Indien niet langer een tegenwaarde voor een prestatie zou worden aangenomen, rijst vervolgens de vraag wie de 'schuldenaar' is ten behoeve van de uitzondering aan het slot van art. 3.101, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001. Hoe deze uitzondering bij meer 'inbrengers' dient te worden toegepast, is overigens onduidelijk.

1720 Bij gebrek aan rechtspersoonlijkheid kan genoemde bepaling bij Anglo-Amerikaanse trusts niet worden toegepast.

1721 De inbrenger is in de ogen van de wetgever, vanwege het particuliere belang, in beginsel een natuurlijke persoon.

1722 Overigens doet zich hier het merkwaardige effect voor dat de uitkering voor toepassing van de SW 1956 wel geacht wordt afkomstig te zijn van de inbrenger en cumulatie van inkomsten- en schenkbelasting kan optreden.

1723 Auerbach 2010.

1724 Zie onderdeel 3.1 van het Besluit van 31 oktober 2005, nr. CPP2005/1272M, BNB 2005/385.

Als laatste voorbeeld waaruit de moeilijkheden van het toerekeningsregime blijken, noem ik het geval waarin een inbrenger nog vóór 1 januari 2010 een pakket aanmerkelijkbelangaandelen van een APV verwerft. De koopsom wordt vervolgens schuldig gebleven. Op 1 januari 2010 treedt het APV-regime in werking. Op welke wijze dient rekening te worden gehouden met de onderlinge schuld/vordering-verhouding? Instinctieve reactie is om te zeggen dat de vordering (op de inbrenger) en schuld (aan het APV) tegen elkaar weggestreept dienen te worden. Bij nadere beschouwing is hier echter meer aan de hand. De toegerekende vordering en daadwerkelijk schuld bestaan in civielrechtelijke zin nog steeds, ongeacht het APV-regime. Daarbij is zelfs een derde – de trustee – betrokken. Vervolgens moet worden geconcludeerd dat de toegerekende vordering en de daadwerkelijke schuld een ander fiscaal regime kennen. De schuldig gebleven koopsom behoort tot het regime van box 2 en de vordering tot de rendementsgrondslag van box 3. In dat geval komt ‘tegen elkaar wegstrepen’ minder logisch voor. Het merkwaardige gevolg zou zijn dat de rente op een vordering in box 2 aftrekbaar is, terwijl de opbrengst daarvan forfaitair belast is in box 3.¹⁷²⁵

Reële heffingstoets

Ten slotte wordt nog een opmerking gemaakt ten aanzien van de ‘toerekeningsstop’. Indien het APV is onderworpen aan een belasting die naar Nederlandse maatstaven reëel is, vormt het APV wederom het toerekeningscentrum ten aanzien van het onder trustverband gestelde vermogen. De bezittingen en schulden worden voor toepassing van de Wet IB 2001 dan niet aan de inbrenger toegerekend. Hierbij rijst de vraag of ten aanzien van deze APV's bijvoorbeeld ook aansluiting wordt gezocht bij art. 4a, lid 1, Uitv.reg. Wet IB 2001, en de discussie ten aanzien van ‘meer dan een blote verwachting’ niet meer wordt gevoerd. Voor het overige geldt dat ten aanzien van APV's die aan een heffing van 10% zijn onderworpen zonder nadere restricties wordt teruggekeerd naar de situatie van vóór 1 januari 2010. Klaarblijkelijk heeft de wetgever deze consequentie aanvaard, waarbij kan worden herhaald dat voor de SW 1956 geen toerekeningsstop geldt.

Het APV-regime gaat daarmee uit van een ‘duale benadering’,¹⁷²⁶ waardoor alsnog een verschil in behandeling kan ontstaan tussen afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen.¹⁷²⁷ Ook de uiteindelijke vormgeving van de toerekeningsstop lijkt mij onvoldoende adequaat. De wettekst verlangt dat ‘het afgezonderd particulier vermogen wordt betrokken in een belasting naar de winst’. In buitenlandse rechtssystemen wordt namelijk niet altijd het APV zelf in de heffing betrokken, maar bijvoorbeeld de trustee(s) of de beneficiaries. Auerbach heeft reeds op ‘de veelheid van de heffingen’ gewezen en reeds eerder heb ik het voorbeeld van Nieuw-Zeeland genoemd. Aangezien de wetgever heeft aangegeven de toerekening te zien ‘als middel en niet als doel’,¹⁷²⁸ is een betere redactie van de toerekeningsstop noodzakelijk om te voorkomen dat het middel het doel voorbijschiet. In dit kader kan de huidige toerekeningsstop ruimer worden geformuleerd dan wel een lijst van kwalificerende belastingstelsels worden opgesteld.¹⁷²⁹

De hier besproken voorbeelden maken inzichtelijk dat ook na invoering van het APV-regime knelpunten resterend. Het toerekeningsregime laat de civielrechtelijke en economische realiteit volledig los. Deze toerekening ‘umsonst’ is uniek binnen het Nederlandse fiscale stelsel en sluit niet aan bij de kwalificatie van APV's die volgt uit het kwalificatiemodel. De toerekening als zodanig richting de inbrenger is eenvoudig vormgegeven en moet ook geacht worden te gelden ten aanzien van fixed trusts. De vermogensbestandde-

1725 Overigens zijn zulke gevallen binnen de Wet IB 2001 niet onbestaanbaar. Zie Van Dijk en Van Vijfeijken 2006, blz. 96-97. Zij merken op dat in dergelijke gevallen wellicht ook de aftrekbare rente forfaitair dient te worden bepaald.

1726 Vgl. Auerbach 2009a.

1727 In paragraaf 9.5.3.2 worden enkele voorbeelden hiervan beschreven.

1728 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 4, blz. 6.

1729 Auerbach 2009a, doet de suggestie een ‘white list’ op te stellen.

len worden met behoud van hun hoedanigheid toegerekend en de daaruit voortvloeiende inkomsten komen ongewijzigd toe aan de inbrenger. In sommige gevallen lijkt de wetgever te hinken op de gedachte van fiscale transparantie. Hiervan is evenwel geen sprake, zoals ook blijkt uit de positie van de beneficiaries met een recht *sui generis*. Voor de fiscale behandeling daarvan dient nog steeds een inhoudelijke beoordeling van de equitable interest plaats te vinden. In zoverre biedt het APV-regime geen oplossing voor de gesignaleerde knelpunten. Ten slotte kan worden opgemerkt dat de toerekeningsstop een duale benadering ten aanzien van het APV tot gevolg heeft en niet voldoende rekening houdt met de verschillende systemen waarop andere rechtsstelsels trusts in de heffing betrekken.

9.5.3.2 *Vennootschapsbelasting*

De doorwerking van het APV-regime wordt in de vennootschapsbelasting uitsluitend geregeld in art. 8, lid 15, Wet Vpb 1969. Het lijkt mij onjuist om te veronderstellen dat de samenhang tussen inkomsten- en vennootschapsbelasting dicteert dat een APV wordt genegeerd voor toepassing van de Wet Vpb 1969 als dit ook het geval is voor de Wet IB 2001. Integendeel, het bepaalde in art. 8, lid 15, Wet Vpb 1969 wijst in tegenovergestelde richting. Het gaat in die bepaling om het 'negeren' van doelvermogens in het kader van art. 8c, 10a, 12a, 13b, 13ba, 20a, 25 en 28 Wet Vpb 1969.

Het betreft op grond van art. 8, lid 15, Wet Vpb 1969 telkens een gerichte ingreep in het wettelijke systeem ten behoeve van de werking van een specifieke antimisbruikbepaling. Zo kan bijvoorbeeld op grond van de verwijzing naar de toerekeningsfictie in de Wet IB 2001 een pakket aandelen dat is ondergebracht in een APV, worden toegerekend aan de inbrenger. Als gevolg van deze toerekening kan voor toepassing van art. 10a Wet Vpb 1969 verbondenheid ontstaan, waardoor de rente niet langer aftrekbaar is.¹⁷³⁰ Art. 8, lid 15, Wet Vpb 1969 houdt dan ook uitsluitend een afwijking in van de hoofdregel dat het APV een fiscaal relevante entiteit is ten aanzien van de aldaar genoemde bepalingen. Voor al het overige blijft het APV binnen de werkingssfeer van de Wet Vpb 1969 een zelfstandige entiteit die als toerekeningscentrum dient ten aanzien van het daarin ondergebrachte vermogen.

Voorts brengt de integrale verwijzing in art. 8, lid 15, Wet Vpb 1969 naar art. 2.14a Wet IB 2001 mee dat bij een onderworpen APV in ieder geval geen toerekening kan plaatsvinden aan de inbrenger in het kader van de genoemde antimisbruikbepalingen. In die gevallen wordt het APV als entiteit volledig geregardeerd overeenkomstig de kwalificatieregels van het Nederlandse fiscale stelsel. De kwalificatie van het APV als zelfstandig doelvermogen – welke kwalificatie juist aanleiding was voor de wetgever om het APV-regime te introduceren – wordt ten aanzien van een onderworpen APV gehandhaafd. Uit de parlementaire behandeling wordt overigens niet duidelijk waarom de wetgever toerekening in het kader van de genoemde bepalingen achterwege heeft gelaten, indien het APV onderworpen is aan een reële heffing.

Onvolledige doorwerking naar de Wet Vpb 1969

Het onderworpen en het niet-onderworpen APV vormen derhalve – met uitzondering van art. 8, lid 15, Wet Vpb 1969 ten aanzien van niet-onderworpen APV's – voor alle overige bepalingen in de Wet Vpb 1969 een non-transparante entiteit waaraan het inkomen en vermogen wordt toegerekend.¹⁷³¹ Van een generieke doorwerking van art. 2.14a Wet IB 2001 naar de Wet Vpb 1969 op basis van een schakelbepaling is geen sprake. Evenmin kan

¹⁷³⁰ De integrale verwijzing in art. 8, lid 15, Wet Vpb 1969 naar art. 2.14a Wet IB 2001 brengt overigens mee dat bij een onderworpen APV geen toerekening plaatsvindt aan de inbrenger in het kader van de genoemde antimisbruikbepalingen. In die gevallen wordt het APV als entiteit volledig geregardeerd overeenkomstig de kwalificatieregels van het Nederlandse fiscale stelsel.

¹⁷³¹ Auerbach 2010, komt tot een vergelijkbare conclusie.

een dergelijke doorwerking, zoals hiervoor is aangegeven, op 'het systeem van de Wet Vpb 1969' worden gebaseerd.

Als gevolg van deze incongruentie tussen de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 kunnen dan ook ongerijmde resultaten optreden. Auerbach noemt het voorbeeld van een betaling die door een in Nederland gevestigde werkgever/vennootschap wordt gedaan aan een 'employee benefit trust' op Jersey ten behoeve van in Nederland woonachtige werknemers.¹⁷³² De betalingen vinden plaats aan een niet-onderworpen discretionair APV. Desalniettemin is de trust voor de Wet Vpb 1969 een zelfstandig doelvermogen, zodat kan worden aangenomen dat de betaling aftrekbaar is. Het vermogen van het niet-onderworpen APV wordt vanuit de werknemers beoordeeld echter toegerekend aan de werkgever/inbrenger. Deze toerekening wordt voor de Wet Vpb 1969 niet gevolgd. Aldus wordt het afgezonderde vermogen vanuit het perspectief van de Wet IB 2001 beschouwd, toegerekend aan de werkgever/inbrenger, terwijl hetzelfde vermogen vanuit het perspectief van de Wet Vpb 1969 beoordeeld, wordt toegerekend aan de 'employee benefit trust'. Overigens lijkt een dergelijke conclusie niet direct tot onevenwichtigheden te leiden, indien het 'employee benefit statement' daadwerkelijk discretionair is, zodat nog geen rechten aan de zijde van de werknemers zijn ontstaan en de werkgever als inbrenger kan worden beschouwd.¹⁷³³ Daarentegen kan Auerbach worden toegegeven dat de wetgever in een dergelijk geval – vermoedelijk onbewust – zelf een 'zwevend vermogen' heeft gecreëerd.¹⁷³⁴

Subjectieve belastingplicht

Opvallend is voorts dat in de sfeer van de subjectieve belastingplicht van de Wet Vpb 1969 geen aanpassingen zijn doorgevoerd in het kader van het APV-regime. In het bijzonder geldt dat ten aanzien van doelvermogens die niet als APV kunnen worden aangemerkt, bijvoorbeeld bij het ontbreken van 'een particulier belang'.¹⁷³⁵ Ook bij een APV bestaan hierdoor nog steeds opmerkelijke verschillen ten aanzien van een in Nederland en in het buitenland gevestigd doelvermogen. Een feitelijk in Nederland gevestigde irrevocable discretionary trust, die een in Nederland gelegen onroerende zaak aanhoudt, is voor de Wet Vpb 1969 nog steeds geen binnenlands belastingplichtig subject. De trust vormt dan ook een 'niet-onderworpen APV'. Indien de inbrenger een natuurlijke persoon is, vindt heffing van inkomstenbelasting ten aanzien van de onroerende zaak in de Wet IB 2001 plaats.¹⁷³⁶ De in het buitenland gevestigde irrevocable discretionary trust is daarentegen als 'doelvermogen' buitenlands belastingplichtig ten aanzien van de onroerende zaak op grond van art. 3 Wet Vpb 1969. Ten aanzien van dezelfde rechtsvorm wordt – afhankelijk van de vestigingsplaats – in het ene geval inkomstenbelasting geheven en in het andere geval vennootschapsbelasting. Gezien de verschillende heffingsgrondslagen is een verschil in behandeling evident.

Overigens kan ten aanzien van een in het buitenland gevestigd doelvermogen, dat door een Nederlandse inbrenger is ingesteld, in het voorgaande voorbeeld evengoed dubbele heffing optreden. Indien het een niet-onderworpen APV betreft, wordt het doelvermogen als buitenlands belastingplichtige aangemerkt op grond van art. 3 Wet Vpb 1969. In het geval het 'gehele vermogen' van het APV niet wordt begrepen in een naar Nederlandse

1732 Auerbach 2010.

1733 Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat het afzonderen van vermogen doorgaans ten behoeve van de aandeelhouder zal plaatsvinden, waardoor bij het instellen van een trust door een besloten vennootschap eerst een uitdeling aan de aandeelhouder wordt geconstateerd, gevolgd door een afzondering van vermogen door de aandeelhouder.

1734 Auerbach 2010.

1735 Zie uitgebreid Boer 2010. In dat geval is geen sprake van belastingplicht in de Wet Vpb 1969 en is de toerekeningsbepaling van art. 2.14a Wet IB 2001 evenmin van toepassing.

1736 Afhankelijk van de woonplaats van de inbrenger is dan sprake van binnenlandse of buitenlandse belastingplicht voor toepassing van de Wet IB 2001.

maatstaven reële belastingheffing, bijvoorbeeld omdat daarin ook nog liquide middelen zijn ondergebracht, ontstaat dubbele heffing indien de onroerende zaak tevens wordt toegerekend aan de inbrenger.¹⁷³⁷

Reële heffingstoets

Daarnaast kan in het kader van de reële heffingstoets nog worden gewezen op de mogelijkheid dat het APV in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen. In het kader van de binnenlandse belastingplicht kan worden gedacht aan een rechtspersoonlijkheid bezittende entiteit die als APV kan worden aangemerkt, en waarin een onderneming wordt gedreven. In dat geval kan belastingplicht worden aangenomen op grond van art. 2, lid 1, onderdeel e, Wet Vpb 1969. De toerekeningsstop heeft in dat geval echter tot gevolg dat de inkomstenbelastingclaim van maximaal 52% wordt omgezet in een enkelvoudige vennootschapsbelastingclaim. De doelstelling van de wetgever om vermogensbestanddelen die zijn afgezonderd in een APV gelijk te behandelen met niet-afgezonderde vermogensbestanddelen, wordt niet behaald.

Het voorgaande heeft eveneens te gelden, indien het APV als doelvermogen buitenlands belastingplichtig is in Nederland op grond van art. 3, onderdeel c, Wet Vpb 1969. In het geval de aldus verschuldigde vennootschapsbelasting lager uitvalt dan de corresponderende inkomstenbelastingheffing ten aanzien van het desbetreffende vermogensbestanddeel kan het instellen van een APV alsnog meebrengen dat de doelstelling van de wetgever niet lijkt te worden bereikt. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het afzonderen van een vermogensbestanddeel waarop de terbeschikkingstellingsregeling van toepassing is, en de maximale inkomstenbelastingclaim derhalve hoger is dan de vennootschapsbelastingclaim. Ook in dat geval is van een gelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen geen sprake.

Toepassing deelnemingsvrijstelling

Voorts kan worden opgemerkt dat ook in het geval de toerekeningsstop in werking wordt gesteld door een buitenlandse belastingheffing naar de winst op het niveau van het APV een ongelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen kan optreden. Indien de buitenlandse heffing naar Nederlandse maatstaven als reële heffing kan worden aangemerkt, hetgeen het geval is bij een effectieve heffing van 10%, wordt de toerekening aan de inbrenger vervangen door een heffing op het niveau van het APV.¹⁷³⁸ Uiteraard is het tariefverschil in dergelijke gevallen aanstonds duidelijk. Daarnaast wordt bij een reële heffing op het niveau van het APV, in combinatie met een naar Nederlandse maatstaven vergelijkbare deelnemingsvrijstelling, de belastingheffing ten aanzien van aanmerkelijkbelang aandelen bij de inbrenger omgezet in een vrijstelling op het niveau van het APV. Aangezien ook in dat geval sprake is van een reële heffing – in Nederlandse verhoudingen zou op het niveau van een besloten vennootschap evenmin vennootschapsbelasting zijn geheven – vindt geen toerekening plaats van vermogen aan de inbrenger. In dat geval zou de heffing over een aanmerkelijk belang tot een dode letter worden gemaakt.¹⁷³⁹

Concluderend kan worden gesteld dat het APV-regime slechts beperkt doorwerkt naar de Wet Vpb 1969. De afwijkende toerekening die geldt binnen de Wet IB 2001 geldt immers niet onverkort binnen het systeem van de Wet Vpb 1969. Behoudens de uitgezonderde bepalingen blijft een trust voor toepassing van de Wet Vpb 1969 een non-transparant toerekeningspunt. Ook kan als gevolg van een heffing op het niveau van het APV worden bereikt dat de fiscale behandeling vanuit de inkomstenbelasting wordt geconverteerd

1737 Auerbach 2010, komt ten aanzien van een aanmerkelijk belang dat door een buitenlands, niet-onderworpen APV wordt aangehouden, tot eenzelfde conclusie.

1738 Zie uitgebreid Hageman, Lohuis en Ruijschop 2009, blz. 56-59.

1739 Hageman, Lohuis en Ruijschop 2009, blz. 58.

naar een vennootschapsbelastingclaim. De grondslagen van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 zijn immers verschillend. Aangezien de latere uitdeling van het APV aan de inbrenger niet langs een 'kanaal' loopt en evenmin schenkbelasting wordt geheven, ontstaat in voorkomende gevallen een ongelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen.

9.5.3.3 *Successiewet*

Het APV-regime in de SW 1956¹⁷⁴⁰ sluit aan bij de toerekeningsfictie in de Wet IB 2001. Ook voor toepassing van de SW 1956 wordt het afgezonderde vermogen gedurende het leven toegerekend aan de inbrenger en na diens overlijden aan de erfgenamen, terwijl het APV als entiteit wordt weggedacht. Het negeren van de civielrechtelijke werkelijkheid leidt gedurende het leven van de inbrenger naar mijn mening tot een consistent systeem. Het afzonderen van vermogen wordt immers niet langer aangemerkt als een verkrijging door een doelvermogen tegen het niet-verwanten tarief. Schenkbelasting wordt niet eerder geheven dan het moment waarop een uitkering wordt ontvangen door de beneficiary, dan wel een fixed interest wordt toegekend. In die gevallen wordt een schenking aangenomen in de relatie tussen de inbrenger en de begunstigde en ontstaat een evenwichtig beeld waarbij de remmende werking die uitging van de novemberarresten is weggenomen.

Overlijden inbrenger

Daarentegen ontstaat bij overlijden van de inbrenger een tegenovergesteld beeld. Het onder trustverband gestelde vermogen wordt bij overlijden van de inbrenger geacht te zijn verkregen door de erfgenamen en wordt een fictieve verkrijging krachtens erfrecht aangenomen bij de erfgenamen. Op deze verkrijging zijn de tarieven, vrijstellingen en faciliteiten¹⁷⁴¹ van toepassing, als ware het afgezonderde vermogen verkregen van de erf-later zelve. Anders dan bij de systematiek gedurende het leven van de inbrenger, is de heffing bij overlijden gebaseerd op een fictie. Erfbelasting wordt geheven over een verkrijging die in werkelijkheid niet plaatsvindt ten tijde van het overlijden en wellicht nooit zal plaatsvinden. Het APV-regime heeft op dit punt forse kritiek ontmoet in de literatuur.¹⁷⁴² Langereis acht het dan ook niet uitgesloten dat het APV-regime op dit punt in strijd is met art. 1-P1 EVRM.¹⁷⁴³

Ook al dient te worden voorkomen dat afgezonderd vermogen generaties lang niet vererfd, toch acht ik de fictieve verkrijging van art. 16 SW 1956 disproportioneel. Het had mijns inziens aanbeveling verdient om binnen het raamwerk van het APV-regime tot een meer fijnmazige benadering te komen ten aanzien van de situatie bij overlijden. Hierbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan een regeling waarbij (een gedeelte van) de door de erfgenamen verschuldigde belasting met behulp van een conserverende aanslag buiten invordering wordt gesteld.¹⁷⁴⁴ Bij een latere uitkering uit het doelvermogen kan alsnog de verschuldigde belasting worden betaald. Indien de wetgever zeker is van zijn eigen ziens-

1740 In art. 16, lid 3 en art. 17, lid 2, SW 1956 is een delegatiekader waarop art. 3a Uitv.reg. SEB berust.

1741 Op basis van de parlementaire behandeling is dat volkomen duidelijk. Opvallend is dan ook dat art 26a SW 1956 alleen geldt voor de schenkbelasting. In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ex art. 35b SW 1956 e.v. genoemd. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 12.

1742 Zie o.a. Auerbach 2010, Freudenthal 2010 en Sonneveldt en De Kroon 2009.

1743 Langereis 2009 merkt het volgende op: 'De erfbelasting over het vermogen van het APV voor de erfgenaam niet-begunstigde van het APV, die ertoe kan leiden dat meer dan 100% van het erfdeel aan belasting opgaat, lijkt mij een belasting waarvoor een fatsoenlijk land zich zou moeten schamen.'

1744 Het uitstel kan dan rentedragend worden verleend en zonodig afhankelijk worden gesteld van informatieverplichtingen en zekerheidstellingen.

wijze dat de erfgenamen vrijwel altijd beneficiaries zijn van het APV, behoort een dergelijke regeling toch weinig bezwaar te ontmoeten.¹⁷⁴⁵

Ook had bij overlijden een belaste verkrijging door het doelvermogen kunnen worden aangenomen tegen het tarief voor niet-verwanten. De verschuldigde heffing zou in dat geval ten laste van het doelvermogen kunnen worden ingevorderd, zonder dat de erfgenamen eerst aangesproken zouden worden. In een meer geavanceerd systeem zou daarnaast een optioneel regime kunnen worden ingevoerd, waarbij rentedragend uitstel van de verschuldigde heffing wordt verleend en pas daadwerkelijk invordering plaatsvindt bij de latere uitkeringen uit het doelvermogen, met inachtneming van het tarief dat tussen de erflater en begunstigde van toepassing zou zijn geweest. Uiteraard dient dan ten aanzien van het doelvermogen een vestigingsplaatsfictie te worden opgenomen. Daarnaast kan – naar buitenlands voorbeeld – een aanvullende periodieke heffing worden opgenomen ten laste van het doelvermogen, ter compensatie van gemiste erfbelasting.

Geen reële heffingstoets

Voorts kan nog worden opgemerkt dat binnen het APV-regime in de SW 1956 geen rekening wordt gehouden met een reële heffing op het niveau van het APV. In de tweede nota van wijziging is dat expliciet tot uitdrukking gebracht in de wettekst.¹⁷⁴⁶ Bezien vanuit de achtergrond van de SW 1956 acht ik een dergelijke keuze te rechtvaardigen.¹⁷⁴⁷ Overigens is in art. 47, lid 7, Bvdb 2001 wel voorzien in een voorkoming van dubbele belasting ten aanzien van (vervangende) erfbelasting. In de literatuur is opgemerkt dat het ontbreken van een vergelijkbare opmerking ten aanzien van een reële heffing in art. 17a SW tot gevolg heeft dat een schenking aan een onderworpen APV tot een belaste schenking leidt.¹⁷⁴⁸ Naar mijn mening is deze conclusie onjuist, nu art. 17a SW 1956 – anders dan art. 16 en 17 SW 1956 – niet verwijst naar de toerekening ingevolge art. 2.14a Wet IB 2001. In genoemde bepaling wordt uitsluitend bedoeld op de ‘afzondering van vermogen’ als bedoeld in art. 2.14a Wet IB 2001.¹⁷⁴⁹ Ongeacht de toepassing van 2.14a, lid 7, Wet IB 2001, is sprake van een afzondering van vermogen.

Geen toerekening voor Wet IB 2001

Het ontbreken van toerekening bij een onderworpen APV in de Wet IB 2001 leidt nog wel tot onduidelijkheden indien bijvoorbeeld een beroep wordt gedaan op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.¹⁷⁵⁰ Aangezien het vermogen niet wordt toegerekend aan de inbrenger, is geen sprake van een aanmerkelijk belang als bedoeld in art. 35, lid 1, onderdeel c, SW 1956. Consequent geredeneerd zou de onderworpenheid van het APV niet mogen leiden tot het weigeren van de faciliteit. De tweede volzin van art. 16 en 17 SW geeft mijns inziens aanleiding om te veronderstellen dat de toepassing van het zevende lid ook voor toepassing van de overige regelingen in de SW 1956 geen ‘toerekeningsstop’ tot gevolg heeft.

1745 In *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 48, merkt de bewindsman op: ‘In deze aanpak wordt zo veel mogelijk aangeknoopt bij de meest voorkomende praktijksituaties. In de praktijk wordt gezien dat in nagenoeg alle situaties de erfgenamen ook de begunstigten zijn van het afgezonderd particulier vermogen.’ Vervolgens wordt daaraan toegevoegd: ‘Op de vraag of de regering kan aangeven in hoeverre zij van mening is dat de erfgenamen van de insteller van een APV per definitie ook de beoogde begunstigten zijn, vermeld ik dat in de praktijk van de afgelopen decennia mij geen gevallen bekend zijn geworden waarbij de voorgestelde systematiek van toerekening tot onbillijkheden leidt.’

1746 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, blz. 2-3.

1747 Overigens worden in buitenlandse rechtssystemen wel heffingen opgelegd die dienen ter compensatie van gemiste successierechten. Zie Auerbach 2009a. In dergelijke gevallen acht ik een voorkeursregeling op zijn plaats.

1748 Verstijnen 2010, blz.19-20.

1749 In *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 110, wordt aangegeven dat ook bij de afzondering in een onderworpen APV geen schenkbelasting wordt geheven.

1750 Auerbach 2010.

Expats

Ten slotte wijs ik nog op de merkwaardige situatie die kan ontstaan ten aanzien van in het buitenland geworven deskundigen ('expats') waarop de regeling voor fictieve buitenlandse belastingplicht in de Wet IB 2001 van toepassing is.¹⁷⁵¹ Voor de inkomstenbelasting worden deze werknemers als buitenlands belastingplichtigen aangemerkt, zodat de toerekening ex art. 2.14a Wet IB 2001 zonder gevolgen blijft, indien het APV geen *situs*-goederen bevat. De SW 1956 kent echter geen bijzondere regeling voor deze expats, zodat bij overlijden een belastbaar feit voor de erfbelasting ontstaat. De fictie van art. 16 SW 1956 verwijst naar 'de toerekening' van art. 2.14a Wet IB 2001, die ten aanzien van buitenlands belastingplichtigen weliswaar zonder gevolgen blijft, maar hoe dan ook plaatsvindt. Alhoewel naar mijn mening in dergelijke gevallen toerekening dient plaats te vinden op grond van de tekst van art. 16 SW 1956, acht ik deze gevolgtrekking – zeker ten aanzien van een onderworpen APV – niet consistent.

9.5.4 Conclusies APV-regime

De toerekening van afgezonderd particulier vermogen aan de inbrenger leidt per definitie tot een discrepantie met het civiele recht, alsmede tot een afwijking van de toerekening die binnen het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen op basis van de kwalificatieregels plaatsvindt. Uitsluitend ten aanzien van de schenkbelasting leidt deze toerekening naar mijn mening tot een evenwichtige oplossing. In alle overige gevallen leidt het APV-regime binnen de verschillende wetten tot diverse onduidelijkheden en knelpunten.

Voor de Wet IB 2001 kunnen uit het voorgaande de volgende conclusies worden getrokken:

- De 'toerekeningsfictie' van art. 2.14a Wet IB 2001 leidt tot een uitbreiding van de Nederlandse fiscale jurisdictie.
- De toerekening van het afgezonderde vermogen aan de inbrenger en erfgenamen vindt 'umsonst' plaats en komt in strijd met het draagkrachtprincipe.
- Het knelpunt dat bestaat uit het ontbreken van een kanaal tussen het APV en de inbrenger/erfgenamen wordt door de toerekening van het afgezonderde vermogen opgelost. Het afgezonderde vermogen 'zweeft' niet langer.
- De wettekst bevat veel open omschrijvingen die de rechtszekerheid niet bevorderen.
- Het onderscheid tussen onderworpen en niet-onderworpen APV's leidt tot een 'duale benadering', waarbij een ongelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen het gevolg is van de toerekeningsstop bij onderworpen APV's.
- De toepassing van het APV-regime op fixed trusts leidt tot onduidelijkheden.
- De toerekening aan de inbrenger/erfgenamen is niet gelijk te stellen met fiscale transparantie van de trust, waardoor binnen het APV-regime de non-transparantie van de trust als entiteit op diverse punten complicaties oplevert.
- De knelpunten met betrekking tot de inhoudelijke beoordeling van het recht *sui generis* van beneficiaries zijn niet weggenomen.

Voor de Wet Vpb 1969 kunnen uit het voorgaande de volgende conclusies worden getrokken:

- Geen binnenlandse belastingplicht voor doelvermogens na invoering APV-regime.
- Non-transparantie van en toerekening aan het APV blijven het uitgangspunt voor de Wet Vpb 1969.
- De doorwerking van het APV-regime is zeer beperkt ten aanzien van niet-onderworpen APV's.
- Bij het onderworpen APV kan ongelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen ontstaan als gevolg van de verschillende grondslagen in de Wet IB 2001

¹⁷⁵¹ art. 2.6 Wet IB 2001 jo. art. 11 Uitv.besl IB 2001.

en Wet Vpb 1969 en het ontbreken van een 'kanaal' ten aanzien van de bij het APV betrokken personen.

Voor de SW 1956 kunnen uit het voorgaande de volgende conclusies worden getrokken:

- Toerekening aan de inbrenger gedurende diens leven en het aannemen van een schenking bij (een recht op) uitkeringen aan beneficiaries is voor de schenkbelasting evenwichtig.
- Toerekening aan erfgenamen bij overlijden is in strijd met de civielrechtelijke werkelijkheid en komt in strijd met het draagkrachtbeginsel.
- Binnen het systeem van de SW 1956 wordt in het geheel geen rekening gehouden met een eventuele belasting op het niveau van het APV.
- Het systeem bij overlijden dient te worden vervangen door een meer geavanceerd systeem op basis van entiteitsbenadering.
- Gebrekkige aansluiting met de Wet IB 2001 indien als gevolg van een reële heffing geen toerekening plaatsvindt aan de inbrenger.
- Ten aanzien van expats verdient een bijzonder regime overweging dat beter aansluit bij de bijzondere behandeling van expats in de inkomstenbelasting.

9.6 BEOORDELING APV-REGIME TEN OPZICHTE VAN EEN ENTITEITSBENADERING

In deze paragraaf wordt mijn voorstel tot inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse fiscale stelsel op basis van een entiteitsbenadering beoordeeld ten opzichte van de inpassing volgens het APV-regime. Hierbij wordt het toetsingskader gehanteerd dat in paragraaf 1.3 is beschreven. Achtereenvolgens worden de beide voorstellen beoordeeld aan de hand van de criteria die kunnen worden ontleend aan het beginsel 'rechtsgelijkheid' (paragraaf 9.6.1), 'rechtszekerheid' (paragraaf 9.6.2) en 'doelmatigheid' (paragraaf 9.6.3). De conclusies en aanbevelingen worden in paragraaf 9.7 weergegeven.

9.6.1 Rechtsgelijkheid

De toetsing op basis van het beginsel van 'rechtsgelijkheid' wordt in het kader van de beoordeling van beide inpassingsvoorstellen op de volgende wijze ingevuld:

- Het inpassingsvoorstel dient zo veel mogelijk aan te sluiten bij de civielrechtelijke werkelijkheid en economische realiteit.
- Het in een doelvermogen afgezonderde vermogen dient – met inachtneming van de voor het fiscale recht relevante civielrechtelijke verschillen – zo veel mogelijk op gelijke wijze te worden belast als niet-afgezonderd vermogen.

Bij een beoordeling op basis van het criterium 'rechtsgelijkheid' bestaan evidente verschillen tussen een inpassing op basis van een entiteitsbenadering en het APV-regime. Binnen het APV-regime wordt volledig geabstraheerd van de civielrechtelijke werkelijkheid en hiermee ook van de economische realiteit. Het afgezonderde vermogen wordt gedurende het leven van de inbrenger aan hem toegerekend. Na diens overlijden wordt het vermogen toegerekend aan de erfgenamen van de inbrenger. Vervolgens wordt het afgezonderde vermogen bij hen in de belastingheffing betrokken.

Het bestaan van de Anglo-Amerikaanse trust wordt binnen het APV-regime derhalve volledig genegeerd. De belastingheffing grijpt hierdoor aan bij personen die het vermogen niet bezitten en misschien wel nooit *zullen* bezitten. In dit verband worden de reguliere regels voor toerekening van inkomen/vermogen losgelaten. De inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts op basis van een toerekening aan de inbrengers en erfgenamen brengt dan ook een belastingheffing tot stand die evident in strijd komt met het draagkrachtbeginsel.

Bij een inpassing op basis van een entiteitsbenadering vindt de belastingheffing plaats op het niveau van het doelvermogen. De Anglo-Amerikaanse trust is weliswaar in civielrechtelijke zin geen 'rechtspersoon', maar dient op grond van de kwalificatieregels dienovereenkomstig te worden behandeld. De entiteitsbenadering die aansluit bij de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust heeft als belangrijk voordeel dat de belastingheffing aangrijpt op het niveau waar het vermogen zich bevindt. Hierdoor komt de belasting ook ten laste van degenen die – uiteindelijk – tot het vermogen zijn gerechtigd.

Zowel binnen het APV-regime als bij een belastingheffing op basis van een entiteitsbenadering wordt het afgezonderde vermogen zo veel mogelijk in de heffing betrokken als ware het vermogen niet afgezonderd. Bij het APV-regime komt deze gelijke behandeling tot stand door de toerekeningsfictie. Deze fictie heeft tot gevolg dat het vermogen wordt toegerekend aan de inbrenger dan wel diens erfgenamen en bij hen overeenkomstig de bepalingen van de Wet IB 2001 in de heffing wordt betrokken. Daarentegen komt de gelijke behandeling van het afgezonderde vermogen te vervallen indien het APV is onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven reële heffing. Ook bij een inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts op basis van een entiteitsbenadering kan een gelijkstelling tussen afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen worden bereikt. Hierbij is de gelijke behandeling het gevolg van een belastingheffing op het niveau van het doelvermogen die wordt bepaald overeenkomstig de grondslagen in de Wet IB 2001.

Indien beide inpassingsvarianten op dit punt worden beoordeeld, kan niet anders worden geconcludeerd dan dat een inpassing op basis van een entiteitsbenadering beter aansluit bij het beginsel van rechtsgelijkheid dan het APV-regime.

9.6.2 Rechtszekerheid

Het beginsel van 'rechtszekerheid' wordt ten behoeve van de beoordeling van beide inpassingsvoorstellen op de volgende wijze getoetst:

- Het inpassingsvoorstel dient rechtmatig te zijn en in overeenstemming met internationale verdragen en het Europese recht.
- De inpassing dient op eenduidige en consistente wijze plaats te vinden.
- Het gebruik van vage en open normen dient zo veel mogelijk te worden vermeden.

In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat beide inpassingsvoorstellen meebrengen dat een wettelijk kader ontstaat ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust. Hierdoor is een einde gekomen aan de lange periode waarin ten aanzien van de fiscale behandeling van dergelijke doelvermogens rechtsonzekerheid heeft bestaan.

Voor wat betreft de verhouding tot het internationale recht ten aanzien van het APV-regime kan het volgende worden opgemerkt. De toerekeningsfictie heeft tot gevolg dat het afgezonderde vermogen – in afwijking van de civielrechtelijke verhoudingen – wordt toegerekend aan subjecten die daarover geen enkele beschikkingsmacht hebben. Hiermee is voor de Nederlandse belastingheffing een aangrijpingspunt gecreëerd voor die gevallen die anders niet tot de fiscale jurisdictie zouden hebben behoord. Tijdens het rondetafelgesprek heb ik dan ook de vraag opgeworpen of de goede verdragstrouw zich tegen deze systematiek verzet.¹⁷⁵² De parlementair advocaat acht in zijn reactie een schending van de goede verdragstrouw naar de huidige stand van de rechtsonwikkeling niet aanwezig, maar komt desalniettemin tot een 'voorzichtig oordeel'.¹⁷⁵³

'Zoals aangegeven in paragraaf 3.14 valt niet uit te sluiten dat de Goede Trouw Leer van de Hoge Raad zodanig wordt uitgebreid dat de goede trouw die verdragspartners jegens

1752 Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 17. Zie omtrent deze vraagpunten ook Freudenthal 2009.

1753 Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 18.

elkaar in acht moeten nemen gaat meebrengen dat verdragstaten zich beperkingen moeten opleggen bij het veroorzaken van economisch dubbele belasting. Alsdan zal van geval tot geval concreet moeten worden getoetst of de goede trouw geweld wordt aangedaan. Zo is voorstelbaar dat als Nederland willekeurig, dat wil zeggen, zonder dat daarvoor enig argument kan worden aangevoerd, vermogensbestanddelen (en de inkomsten daaruit) toerekent aan een Nederlandse inwoner terwijl de juridische eigendom berust bij een inwoner van Land B, de goede trouw geacht wordt te zijn geschonden.'

De kou lijkt met dit advies van de parlementair advocaat uit de lucht. Ook strijdigheid met het Europese recht is volgens de staatssecretaris niet aan de orde.¹⁷⁵⁴ Alhoewel ik de internationale dimensie van het APV-regime op dit punt niet bepaald vlekkeloos acht, mede vanwege het feit dat de 'toerekeningsstop' alleen heffingen op het niveau van het APV in aanmerking neemt, is op dit punt voldoende aandacht aan het APV-regime besteed tijdens de totstandkoming daarvan. Voorts kan worden opgemerkt dat in het Bvdb 2001 bepalingen zijn opgenomen die eventuele dubbele belastingheffing trachten te voorkomen.¹⁷⁵⁵

Ook bij de inpassing op basis van een entiteitsbenadering doen zich vraagstukken voor van internationaalrechtelijke aard. Hierbij gaat het met name om de vestigingsplaatsficties die noodzakelijk zijn in het kader van een entiteitsbenadering om de Nederlandse belastingheffing te kunnen effectueren.

Tijdens de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris van Financiën aangegeven dat het gebruik van vestigingsplaatsficties mogelijk in strijd kan komen met het Europese recht.¹⁷⁵⁶ In de literatuur is daarentegen aangegeven dat uit het arrest HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-513/03, BNB 2006/194 (Van Hilten-van der Heijden) ten minste volgt dat op dit punt enige vrijheid bestaat. Stevens en Olde Bijvank stellen dat Nederland in wezen uitvoering geeft aan zijn heffingsrecht op basis van het territorialiteitsbeginsel, waardoor een langere termijn is gerechtvaardigd.¹⁷⁵⁷ Ik kan mij in die redenering vinden, zeker ten aanzien van de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Zo behoudt Nederland zich ten aanzien van vennootschappen op grond van art. 2, lid 4, Wet Vpb 1969 zelfs een in de tijd ongelimiteerd heffingsrecht voor.¹⁷⁵⁸ De vestigingsplaatsficties in de entiteitsbenadering vinden een duidelijke rechtvaardiging in de band met de Nederlandse fiscale jurisdictie. Dat geldt evenzeer in die gevallen waarin de vestigingsplaatsfictie wordt gekoppeld aan het verlenen van een faciliteit. Voorts wordt ten aanzien van buitenlandse inbrengers de Nederlandse grondslag verminderd en wordt voor buitenlandse heffingen een volledige credit verleend. Het komt mij dan ook voor dat vestigingsplaatsficties te rechtvaardigen zijn binnen de entiteitsbenadering.

Ten aanzien van de eenduidige en consistente inpassing kan worden opgemerkt dat het APV-regime een duale benadering hanteert in de Wet IB 2001. Het toerekeningsregime geldt niet, indien het APV is onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven reële heffing. Hierdoor wordt ten aanzien van APV's een systematiek gehanteerd die inconsistent kan worden genoemd. Ook werd geconstateerd dat de wetgever de techniek van toerekening en het idee van fiscale transparantie op onderdelen door elkaar lijkt te halen. Deze conceptuele verschillen leveren op bepaalde punten onduidelijkheden op. Binnen het voorgestelde regime op basis van een entiteitsbenadering geldt voor alle doelvermogens eenzelfde systematiek. Van een duale benadering is geen sprake en de entiteitsbenadering wordt ook consequent aangehouden.

1754 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 76, blz. 16.

1755 Zie paragraaf 9.5.2.

1756 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 15.

1757 Olde Bijvank en Stevens 2007. Zie ook Rapport PwC, blz. 10 en Auerbach 2009b.

1758 Douma 2003.

Voor wat betreft het gebruik van open normen en ongedefinieerde begrippen kan worden opgemerkt dat beide inpassingsvoorstellen een materiële benadering hanteren. Daarbij komt op onderdelen ook het voorkomen van misbruik als doelstelling naar voren. Hierbij is het gebruik van vage en open normen niet volledig uit te sluiten. Het moet evenwel worden gezegd dat het APV-regime veel alsmede vergaande gelijkstellingen kent. Bij wijze van voorbeeld wijs ik op de definitie van 'erfgenaam' in art. 2.14a, lid 4, Wet IB 2001. Ook kan worden gewezen op de gelijkstelling in art. 4a, lid 4, Uitv.reg IB 2001. Aldaar is opgemerkt dat onder het in maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden afzonderen van vermogensbestanddelen mede wordt verstaan:

'c. het inbrengen van vermogensbestanddelen in een afgezonderd particulier vermogen waarbij de inbreng en daarmee samenhangende rechtshandelingen gericht zijn op of direct of indirect verband houden met het ontgaan of uitstellen van de toerekening, bedoeld in artikel 2.14a, eerste lid, van de wet.'

Nog afgezien van de onbekende term 'inbreng', die verder niet terugkomt in de wettekst, kan worden opgemerkt dat deze bepaling een zeer ruime werking heeft. Tot slot kan in dit verband kan nog worden gewezen op het feit dat de term 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect' maar liefst zes keer voorkomt in art. 2.14a Wet IB 2001; een bepaling die zeven inhoudelijke artikelden telt. De conclusie kan dan ook worden getrokken dat in het APV-regime (te) veel gebruik wordt gemaakt van open en vage normen.

Aangezien het regime op basis van een entiteitsbenadering niet op het niveau van wetteksten is uitgewerkt, kan een vergelijking op dit punt niet goed worden gemaakt. Het is evenwel niet overdreven om te veronderstellen dat het moeilijk zal zijn om het APV-regime te evenaren voor wat betreft het ongebreidelde gebruik van open en vage normen.

9.6.3 Doelmatigheid

Beide inpassingsvoorstellen worden getoetst aan het beginsel van 'doelmatigheid' aan de hand van de volgende criteria:

- Het inpassingvoorstel dient noodzakelijk en doeltreffend te zijn om het beoogde doel te verwezenlijken.
- De regeling moet niet eenvoudig kunnen worden omzeild ('robuust').
- Eventuele maatregelen dienen evenredig te zijn en niet verder te gaan dan nodig voor het bereiken van de doelstelling (geen 'overkill').
- Inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust dient zo efficiënt mogelijk plaats te vinden.
- Een voorgestelde regeling dient uitvoerbaar en handhaafbaar te zijn; onnodige complexiteit dient te worden vermeden.

Beide voorstellen kunnen in essentie noodzakelijk en doeltreffend worden genoemd ten aanzien van de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust. Hierbij geldt als belangrijk verschil dat het APV-regime aansluit bij de woonplaats van de inbrenger en de erfgenamen, terwijl de entiteitsbenadering aansluit bij de fictieve vestigingsplaats van het doelvermogen. Waar het doelvermogen voor een langere tijd met een vestigingsplaatsfictie wordt geconfronteerd, geldt binnen het APV-regime een eeuwigdurend cascade-effect (erfgenamen van de erfgenamen van de erfgenamen). Voorts is belangrijk dat het discussiepunt ten aanzien van de aanwezigheid van 'meer dan een blote verwachting' in beide voorstellen wordt weggelaten door aan te sluiten bij de aanwezigheid van een juridisch afdwingbare verplichting.

Uit de bespreking van het APV-regime volgt evenwel dat bij een onderworpen APV diverse knelpunten terugkeren. Aangezien 'genoegen wordt genomen' met een heffing van 10% op het niveau van het APV, kan in veel gevallen een lagere belastingheffing worden bereikt indien vermogensbestanddelen worden afgezonderd in een 'onderworpen' APV.

Het zou naar mijn mening dan ook evenwichtiger zijn om in het APV-regime te werken met een volledige credit ten aanzien van de in het buitenland geheven belasting. Deze mogelijkheid is door de wetgever – na een suggestie van de Raad van State – echter expliciet van de hand gewezen.¹⁷⁵⁹ Ook kan worden vastgesteld dat het ontbreken van een ‘kanaal’ wederom zichtbaar wordt, indien op het niveau van het APV de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Voorts is geconcludeerd dat het APV-regime in de sfeer van de Wet Vpb 1969 onvolkomen is doorgevoerd, ook ten aanzien van het niet-onderworpen APV.

Daarnaast gaat het APV-regime op onderdelen verder dan noodzakelijk om het doel van een evenwichtige inpassing te bereiken. De toerekening aan de erfgenamen heeft immers, zowel voor de Wet IB 2001 als de SW 1956, tot gevolg dat belasting wordt geheven ter zake van (inkomen uit) vermogen dat in werkelijkheid niet door hen is verkregen. In die gevallen zou voor de belastingheffing, dan wel de betaling van de opgelegde aanslagen, bij het doelvermogen moeten worden aangegrepen. Hetzelfde geldt voor de toerekening aan de inbrenger, maar daarvan kan nog worden gezegd dat de heffing een gelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen beoogt. Overigens zou het ook in dat geval naar mijn mening een verbetering betekenen, indien de verschuldigde belasting aan het doelvermogen in rekening zou worden gebracht en de trust(ee) tot betaling daarvan zou kunnen worden gehouden.

Op het punt van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid is het APV-regime vermoedelijk positief te beoordelen. Belangrijk voordeel is namelijk dat de heffing aangrijpt bij de achterliggende natuurlijke personen die binnen de sfeer van de Nederlandse jurisdictie vallen. Overigens kunnen met name bij ‘oude trustverhoudingen’ nog wel problemen in de uitvoering worden verwacht als het gaat om de vraag ‘wie’ inbrenger is, ‘wie’ de erfgenamen zijn en welke inbrenger welk gedeelte van het vermogen heeft afgezonderd. Het APV-regime voorziet echter in een aantal regelingen om deze probleempunten weg te nemen, maar laat in dat geval de uitgangspunten van de systematiek los. Hierbij kan worden gedacht aan de regeling van art. 2.14a, lid 5, Wet IB 2001 (‘toerekening aan de begunstigten’) en art. 4a, lid 3, Uitv.reg. IB 2001 (‘toerekening aan inbrengers pro rata parte’). Voorts kan worden opgemerkt dat een aantal belangrijke bewijstechnische problemen in de richting van de belastingplichtige is verschoven. Zo kan de tegenbewijsregeling voor erfgenamen/niet-beneficiaries worden genoemd,¹⁷⁶⁰ en laat de ruime omschrijving van het begrip ‘afzonderen’ weinig ruimte voor een andersluidend standpunt van belastingplichtigen.

Het inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering heeft als belangrijk voordeel dat de heffing op het niveau van het doelvermogen wordt neergelegd. Hierbij dient dan wel een invorderingsfaciliteit te worden opgenomen die overeenkomt met het huidige art. 23a IW 1990. Verschil is evenwel dat het primaat voor de invordering wordt verschoven naar het doelvermogen en dus niet eerst de bij de trust betrokken personen worden uitgewonnen. Problemen die zich in de invorderingssfeer kunnen voordoen, zijn daarbij in wezen niet anders dan bij die van het APV-regime, met dien verstande dat de ‘nietsvermoedende erfgenaam’ niet eerst failliet wordt verklaard. Ik acht het bij een entiteitsbenadering dan wellicht nog verdedigbaar om – voor zover de mogelijkheden daartoe onder het huidige recht ontoereikend mochten blijken – invordering van de belastingschuld te verhalen op personen met wiens medeweten de trust is ingesteld.

Op de beoordelingspunten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid acht ik een entiteitsbenadering gedeeltelijk, maar niet wezenlijk ingewikkelder dan het APV-regime op onderdelen kan zijn. Het is, zo moet ik toegeven, wel een minder efficiënt systeem dan de

1759 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 4, blz. 13-14.

1760 Zie art. 2.14a, lid 6, Wet IB 2001 jo. art. 4a, lid 6, Uitv.reg. IB 2001.

inpassing volgens het APV-regime. De introductie van een 'eigen winstbox' voor particuliere doelvermogens kan worden geregeld door een verwijzing in de Wet Vpb 1969 op te nemen naar de grondslagen van de Wet IB 2001. Ook is het voorstel van een 'knip in de grondslag' in feite niet veel anders dan een toerekening aan de afzonderlijke vermogensbestanddelen aan de individuele inbrengers die thans ook onder het APV-regime dient plaats te vinden. Het is overigens wel te voorzien dat het opnemen van enkele specifieke regelingen, zoals de doorschuifbepalingen en de regelingen voor de SW 1956, meer wetgevend maatwerk zullen vragen. Voorts dwingt een entiteitsbenadering tot het maken van enkele politieke keuzes, zoals ten aanzien van de vraag in welke gevallen een faciliteit op zijn plaats is en met betrekking tot de tariefstructuur van het doelvermogen.

Het meest kwetsbare punt van de entiteitsbenadering is ontegenzeggelijk de vestigingsplaats van het doelvermogen. Deze dient bij wijze van fictie te worden vastgesteld aan de hand van criteria die een band met de Nederlandse jurisdictie tot uitdrukking brengen. Het is van groot belang dat deze criteria voldoende robuust blijken om een Nederlands heffingsrecht veilig te stellen. Niet alleen voor de Wet Vpb 1969, maar tevens voor de SW 1956, is het heffingsrecht opgehangen aan 'de kapstok' van deze vestigingsplaatsfictie. Voorts dient het doelvermogen voor langere tijd te worden gevolgd, terwijl de trustee in het buitenland verkeert. Ten slotte kan worden gewezen op de verdragspositie van doelvermogens die in een andere Staat op basis van de feitelijke leiding als 'inwoner' worden aangemerkt. In dat geval kan een 'dual residency' ontstaan, waarbij Nederland de 'loser state' zou zijn.¹⁷⁶¹ Teneinde een goede werking van de entiteitsbenadering te waarborgen, dient Nederland dan ook een voorbehoud te maken bij art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag. Het voorbehoud dient mee te brengen dat de vestigingsplaatsfictie niet als 'any other criterion of a similar nature' wordt gezien. In dat geval is het doelvermogen geen inwoner van Nederland en wordt het Nederlandse heffingsrecht niet beperkt. Indien Nederland een volledige credit verleent voor de in het buitenland geheven belasting, ontmoet een dergelijk voorbehoud mijns inziens geen bezwaar.

Concluderend kan worden gesteld dat het APV-regime een robuuste regeling is, die op onderdelen verder gaat dan noodzakelijk en op nadere onderdelen onvoldoende aansluit bij de doelstelling. De heffing op basis van een entiteitsbenadering kan op die punten tot een verbetering leiden, maar is vermoedelijk dan wel een iets ingewikkelder dan het APV-regime. Ook dient te worden onderkend dat een inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering sterk afhankelijk is van de daarin opgenomen vestigingsplaatsficties.

9.7 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

In dit hoofdstuk stond de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag centraal:

'Op welke wijze kunnen Anglo-Amerikaanse trusts, gelet op de uitgangspunten en criteria die zijn gehanteerd bij het aanbrengen van het onderscheid tussen fiscaal transparante en fiscaal non-transparante entiteiten, op consistente wijze worden ingepast binnen het Nederlandse fiscale stelsel?'

Nadat in hoofdstukken 2 t/m 5 de eerste deelvraag is beantwoord ten aanzien van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust, en de civielrechtelijke kenmerken van de Anglo-Amerikaanse trust zijn beschreven in hoofdstuk 6, is in de hoofdstuk 7 t/m 9 onderzocht welke knelpunten ontstaan, indien de Anglo-Amerikaanse trust opkomt binnen de sfeer van het Nederlandse belastingstelsel en is onderzocht op welke wijze deze knelpunten kunnen worden weggenomen.

¹⁷⁶¹ Zie hieromtrent Danon 2004, blz. 281-286, ten aanzien van de Canadese vestigingsplaatsfictie voor trusts. Zie ten aanzien van de positie van trusts onder het OESO-Modelverdrag, Avery Jones 1989, blz. 41-60 resp. blz. 65-102 en Prebble 2004.

De Anglo-Amerikaanse trust wordt voor toepassing van het Nederlandse fiscale stelsel – uitzonderingen daargelaten – als non-transparante entiteit aangemerkt. Ik heb op basis van deze entiteitsbenadering een voorstel gedaan tot inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust. Tevens heb ik de voordelen en complicaties van het APV-regime onderzocht. Uit de beoordeling van beide voorstellen, die plaatsvond in paragraaf 9.6 kan worden opgemaakt dat een inpassing op basis van een entiteitsbenadering dan ook beter aansluit bij de civielrechtelijke werkelijkheid en de economische realiteit dan het APV-regime.

Bij een inpassing op basis van een entiteitsbenadering, waarbij de heffingsgrondslag van het doelvermogen wordt bepaald overeenkomstig de bepalingen van de Wet IB 2001 kan worden bereikt dat de fiscale behandeling van het afgezonderde particuliere vermogen zo veel mogelijk overeenkomt met die van niet-afgezonderd particulier vermogen. Deze doelstelling is ook met het APV-regime nagestreefd, maar deze gelijkstelling wordt in verschillende gevallen niet bereikt.

Voordeel van een inpassing op basis van een entiteitsbenadering is dat de belasting die door de Anglo-Amerikaanse trust verschuldigd is in economische zin ten laste van de uiteindelijke begunstigden drukt. Hiermee wordt een belangrijke verbetering aangebracht ten opzichte van het APV-regime. Binnen het APV-regime is gekozen voor een andere benadering, te weten toerekening aan de inbrenger gedurende leven en na zijn overlijden aan diens erfgenamen. Het APV-regime heeft daarmee als belangrijk nadeel dat volledig wordt geabstraheerd van de civielrechtelijke werkelijkheid en de economische realiteit. Hierdoor worden de inbrenger en de erfgenamen in de heffing van de Wet IB 2001 betrokken ten aanzien van (inkomsten uit) vermogensbestanddelen, waarmee geen rechtsband (meer) wordt onderhouden. Het gevolg is een belastingheffing die regelrecht indruist tegen het draagkrachtbeginsel. Ook wordt voor toepassing van de SW 1956 bij overlijden van de inbrenger belasting geheven over een verkrijging die – in ieder geval op dat moment – niet plaatsvindt.

Tegelijkertijd heeft het abstraheren van de civielrechtelijke werkelijkheid binnen het APV-regime ook belangrijke voordelen. Het stelt de wetgever in staat om het probleem van het ‘onbelast zwevend vermogen’ op robuuste wijze op te lossen door toerekening aan in Nederland woonachtige natuurlijke personen. Het is echter een oplossing die ontstaat door het probleem te negeren. Keerzijde is dan ook dat een aanzienlijke mate van ‘overkill’ wordt geaccepteerd. De Anglo-Amerikaanse trust bestaat immers nog steeds in civielrechtelijke zin, zodat de heffing op het verkeerde niveau terecht komt en ook voor de invordering van de belasting vaak zal moeten worden uitgeweken naar het doelvermogen.

Voorts is geconcludeerd dat het APV-regime veel open normen en slecht gedefinieerde begrippen bevat die de rechtszekerheid niet ten goede komen. Gedeeltelijk is het gebruik daarvan niet te voorkomen en zal ook binnen een entiteitsbenadering noodzakelijk zijn. Daarentegen kan worden geconcludeerd dat de wetgever in veel gevallen bewijstechnische problemen in de richting van de belastingplichtige heeft verschoven. Ook is het APV-regime geen consistent systeem nu ten aanzien van het onderworpen APV geen toerekening plaatsvindt. Indien het APV is onderworpen aan een heffing van ten minste 10% vindt geen toerekening meer plaats en bestaan grote verschillen tussen afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen.

Daarnaast kan worden opgemerkt dat de toerekening binnen het APV-regime niet kan worden gelijkgesteld met ‘fiscale transparantie’. De vermogensbestanddelen en inkomsten worden immers niet als zodanig toegerekend aan de beneficiarissen, maar komen hen toe langs de band van het juridisch afdwingbare recht. Als gevolg daarvan ontbreekt de fiscale transparantie in de richting van de beneficiary, zodat de aard, omvang en het genietingsmoment kunnen afwijken ten opzichte van oorspronkelijke inkomsten. Op dat punt is de principiële non-transparantie van de Anglo-Amerikaanse trust nog steeds voelbaar.

Daarentegen kunnen ook enkele nadelen worden onderkend bij een inpassing op basis van de door mij voorgestelde entiteitsbenadering. Als belangrijkste nadelen van een entiteitsbenadering zijn te noemen: (i) dat meer gedetailleerde wetgeving noodzakelijk is en (ii) dat het aangrijpingspunt voor de belastingheffing op basis van vestigingsplaatsficties dient te worden vastgesteld. Tevens dienen enkele politieke keuzes te worden gemaakt ten aanzien van de tarieven en faciliteiten voor particuliere doelvermogens.

De noodzaak van meer gedetailleerde wetgeving betekent weliswaar een verslechtering in termen van eenvoud en efficiency, maar kan wel leiden tot een verbetering ten opzichte van het huidige APV-regime. Ten aanzien van de vestigingsplaatsficties, die overigens ook in andere landen worden gehanteerd, kan worden opgemerkt dat deze zo nodig nog ruimer kunnen worden geredigeerd om de band met de Nederlandse fiscale jurisdictie tot uitdrukking te brengen. Indien buitenlandse belasting wordt voorkomen en buitenlands vermogen buiten de grondslag wordt gehouden, ontstaat een evenwichtig systeem. Voorts dient Nederland een voorbehoud te maken bij art. 4, lid 1, van het OESO-Modelverdrag ten aanzien van particuliere doelvermogens.

Op grond van voorgaande beschouwing kom ik tot de conclusie dat een inpassing op basis van een entiteitsbenadering het meest in overeenstemming zou zijn met het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. Hierbij zouden de grondslagen overeenkomstig de Wet IB 2001 dienen te worden bepaald en dient een separaat regime voor de SW 1956 te worden ontwikkeld. Het zou – omgekeerd geredeneerd – naar mijn mening zelfs onjuist zijn geweest, indien de uitkomst van dit onderzoek tot een voorstel had geleid dat overeenkomt met het APV-regime.

Aangezien het niet aannemelijk is dat het per 1 januari 2010 ingevoerde APV-regime op korte termijn wordt vervangen door een heffing op basis van een entiteitsbenadering, doe ik hierna enkele suggesties die in het kader van het bestaande APV-regime kunnen worden meegenomen.

Aanbevelingen ter verbetering van het APV-regime

Ten aanzien van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969

1. De verschuldigde belasting die op basis van het APV-regime is vastgesteld, dient in eerst instantie te worden ingevorderd bij het doelvermogen. Hiertoe dient de aanslag die is vastgesteld op grond van het APV-regime ten aanzien van de inbrenger/erfgenamen ten name van de trust(ee) te worden gesteld.
2. De aanslagen inkomstenbelasting van de erfgenamen kunnen worden vervangen door conserverende aanslagen, waarbij rentedragend uitstel van betaling wordt verleend onder het stellen van zekerheid.
3. Ten aanzien van erfgenamen kan een teruggaafregeling worden ontwikkeld voor die gevallen waarin uiteindelijk geen of een lagere verkrijging heeft plaatsgevonden bij de erfgenamen dan waarvoor zij in de heffing zijn betrokken.
4. De gevolgen van het ontbreken van 'fiscale transparantie' binnen het APV-regime dienen te worden verduidelijkt in een besluit.
5. De bewijsregeling voor erfgenamen/niet-begunstigden dient te worden teruggebracht naar een 'aannemelijk maken'.
6. De toepassing van het APV-regime ten aanzien van fixed trusts dient te worden verduidelijkt.
7. Ten aanzien van de rechten *sui generis* van beneficiaries dienen bewijsregels te worden opgesteld.
8. De restcategorie 'doelvermogens' dient ook in het kader van de binnenlandse belastingplicht te worden opgenomen in art. 2 Wet Vpb 1969.

9. Het APV-regime dient in de sfeer van de Wet Vpb 1969 integraal te worden doorgevoerd, waarbij rekening dient te worden gehouden met het verschil tussen 'fiscale transparantie' en 'toerekening'.
10. De regeling voor het onderworpen APV dient te worden vervangen door een systeem waarbij een volledige credit voor buitenlandse (bron)belasting wordt verleend.

Ten aanzien van de SW 1956

1. De verschuldigde belasting dient eerst te worden ingevorderd bij het doelvermogen. Hiertoe dient de aanslag die is vastgesteld ten aanzien van de erfgenamen op grond van het APV-regime ten name van de trust(ee) te worden gesteld.
2. De aanslagen erfbelasting kunnen worden vervangen door conserverende aanslagen, waarbij rentedragend uitstel van betaling wordt verleend onder het stellen van zekerheid.
3. Ten aanzien van de erfbelasting kan een teruggaafregeling worden ontwikkeld voor die gevallen waarin uiteindelijk geen of een lagere verkrijging heeft plaatsgevonden bij de erfgenamen.
4. Bij overlijden van de inbrenger kan een belaste verkrijging door het doelvermogen worden aangenomen tegen het tarief voor niet-verwanten. De verschuldigde heffing zou in dat geval ten laste van het doelvermogen kunnen worden ingevorderd, zonder dat de erfgenamen eerst worden aangesproken.
5. In een meer geavanceerd systeem zou punt 4 kunnen worden aangevuld met een regeling voor rentedragend uitstel van de verschuldigde erfbelasting onder zekerheidstelling. Daadwerkelijke invordering vindt plaats bij de latere uitkeringen uit het doelvermogen, met inachtneming van het tarief dat tussen de erflater en begunstigde van toepassing zou zijn geweest. Uiteraard dient ten aanzien van het doelvermogen dan een vestigingsplaatsfictie te worden opgenomen. Daarnaast kan – naar buitenlands voorbeeld – een aanvullende periodieke heffing worden opgenomen ten laste van het doelvermogen ter compensatie van gemiste erfbelasting.
6. Voor expats dient een regeling te worden opgenomen die aansluit bij het regime voor ingekomen werknemers in de Wet IB 2001.

Ten slotte merk ik – meer in zijn algemeenheid – op dat na de invoering van het APV-regime de civielrechtelijke mogelijkheden voor de introductie van een 'Nederlandse familiestichting' opnieuw behoren te worden onderzocht. Indien het APV-regime wordt verbeterd aan de hand van de genoemde suggesties en een evenwichtig systeem ontstaat voor de inpassing van doelvermogens, behoeft het fiscale recht niet langer als belemmering te worden ervaren voor de introductie van een Nederlandse familiestichting. Uiteraard dient in dat verband nader onderzoek te worden verricht naar de civielrechtelijke aanpassingen van de rechtsfiguur van de stichting. Hiermee wordt voorkomen dat thans nog steeds dient te worden uitgeweken naar rechtsfiguren die uitsluitend in het buitenlandse civiele recht beschikbaar zijn.

In dit onderzoek staat de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trustfiguur in het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen centraal.

Het Nederlandse civiele recht is gebaseerd op het Romeinsrechtelijke systeem en is principieel onbekend met de trustfiguur die binnen de common law tot ontwikkeling is gekomen. De grondstructuur van een trustverhouding is dat goederen ('trust res') onder de macht van een trustee worden geplaatst die als 'legal owner' deze goederen beheert ten behoeve van één of meer begunstigten ('beneficiaries'). De onder trustverband gestelde goederen nemen binnen het vermogen van de trustee een 'separate positie' in en worden bijvoorbeeld niet tot het 'eigen vermogen' van de trustee gerekend in het geval van faillissement. De Anglo-Amerikaanse trust bezit geen rechtspersoonlijkheid. Daarentegen leidt de afgescheiden positie van de trustgoederen binnen het vermogen van de trustee wel tot de abstracte zienswijze van een op zichzelf staand 'trustvermogen'.

Ondanks dat de Anglo-Amerikaanse trust 'van nature' niet voorkomt binnen het Nederlandse rechtssysteem, wordt de Nederlandse rechtssfeer steeds vaker geconfronteerd met de trustfiguur. Hierbij komen verschillende vragen van fiscaalrechtelijke aard op. Toepassing van de regels van het Nederlandse belastingrecht op de 'wezensvreemde' Anglo-Amerikaanse trust leidt dan ook op een aantal fronten tot onduidelijkheden. In de uitvoerings-sfeer werd de Anglo-Amerikaanse trust door de fiscus met terughoudendheid tegemoet getreden, omdat 'onbelast zwevend vermogen' zou kunnen worden gecreëerd.

Allereerst komt bij de inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse fiscale stelsel de vraag op naar de fiscale kwalificatie van trustverhoudingen. In dat kader dient te worden vastgesteld of Anglo-Amerikaanse trusts voor toepassing van de Nederlandse inkomsten- en vennootschapsbelasting als fiscaal non-transparante entiteit dan wel als fiscaal transparante entiteit worden beschouwd. Vervolgens dienen de regels van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 te worden toegepast op de Anglo-Amerikaanse trust en de rechtsverhoudingen van de daarbij betrokken personen. Ook daarbij kunnen onduidelijkheden worden onderkend die voortkomen uit het feit dat in de Nederlandse (belasting)wetgeving aanvankelijk onvoldoende rekening is gehouden met doelvermogens, zoals de Anglo-Amerikaanse trust.

De wetgever heeft de onduidelijkheden alsmede de mogelijkheid van constructies met 'onbelast zwevend vermogen' willen wegnemen. Per 1 januari 2010 is een wettelijk kader voor zogeheten 'afgezonderde particuliere vermogens' (hierna: APV-regime) geïntroduceerd. De kern van het APV-regime wordt gevormd door een 'toerekeningsfictie'. Gedurende het leven van de inbrenger wordt het afgezonderde vermogen toegerekend aan de inbrenger en na diens overlijden aan zijn erfgenamen. De oplossingsrichting van het APV-regime staat haaks op de civielrechtelijke werkelijkheid en sluit evenmin aan bij de entiteitsbenadering die ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust uit het Nederlandse fiscale stelsel lijkt te volgen. Naar mijn mening kunnen op grond van het onderzoek naar de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust vraagtekens worden geplaatst bij deze oplos-

singsrichting. Ik heb dan ook onderzocht of inpassing op basis van een entiteitsbenadering niet beter aansluit bij het bestaande Nederlandse fiscale stelsel.

De vragen omtrent de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trusts en de oplossingsrichting die de wetgever heeft gekozen, hebben mij geïnspireerd bij het onderzoek naar de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen.

Onderzoeksdoel en onderzoeksvragen

De centrale vraag in het kader van dit onderzoek luidt:

‘Op welke wijze kunnen Anglo-Amerikaanse private express trusts, gelet op de uitgangspunten en criteria die zijn gehanteerd bij het aanbrengen van het onderscheid tussen fiscaal transparante en fiscaal non-transparante entiteiten, op consistente wijze worden ingepast binnen het Nederlandse fiscale stelsel?’

Bij het onderzoek naar de inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts is uitgegaan van het bestaande Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. In het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen wordt een onderscheid gemaakt tussen de belastingheffing die aangrijpt op het niveau van natuurlijke personen (inkomstenbelasting) en op het niveau van zelfstandige entiteiten (vennootschapsbelasting). Ter beantwoording van de centrale onderzoeksvraag zijn twee deelvragen geformuleerd.

In de eerste plaats dient te worden vastgesteld op welk niveau de belastingheffing aangrijpt in het geval vermogen is afgezonderd in een doelvermogen als de Anglo-Amerikaanse trust. Deze eerste deelvraag betreft de vaststelling van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust op basis van de criteria die worden aangelegd bij de bepaling van de zelfstandigheid van (buitenlandse) rechtsvormen in het Nederlandse fiscale stelsel. De relevante criteria zijn herleid aan de hand van de uitgangspunten die de wetgever heeft gehanteerd bij de opzet van het fiscale stelsel, zoals dat wordt gevormd door de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969. Vervolgens zijn de criteria verwerkt in een toetsingsmodel voor de fiscale kwalificatie van rechtsvormen. Op basis van het kwalificatiemodel is de fiscale kwalificatie van de fixed trust en de discretionary trust onderzocht. Ten aanzien van beide trustvormen is vastgesteld dat deze binnen het Nederlandse fiscale stelsel als non-transparante entiteit worden aangemerkt. De uitkomsten uit het kwalificatiemodel zijn vervolgens vergeleken met de opvattingen omtrent de fiscale kwalificatie van Anglo-Amerikaanse trusts in de rechtspraak en literatuur.

In de tweede plaats is onderzocht welke knelpunten zich voordoen, indien de Anglo-Amerikaanse trust opduikt binnen het Nederlandse fiscale stelsel. Uitgaande van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandige entiteit zijn de knelpunten geanalyseerd die optreden ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust en de daarbij betrokken personen, indien daarop de bepalingen van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 worden toegepast. Hierbij zijn als knelpunten gedefinieerd: (i) gevallen van niet-heffing en dubbele heffing, (ii) inconsistenties in en het ontbreken van wetteksten, (iii) alsmede een verschillende behandeling van economisch vergelijkbare gevallen.

De doelstelling van het onderzoek is om te komen tot een consistente inpassing van doelvermogens in het Nederlandse fiscale stelsel, beoordeeld aan de hand van de Anglo-Amerikaanse trust. Niet alleen kunnen daarmee de fiscale knelpunten worden weggenomen die ten aanzien van Anglo-Amerikaanse trusts zijn gesignaleerd, tevens draagt de fiscale inbedding van Anglo-Amerikaanse trusts bij aan een geaccepteerde gebruikmaking van deze rechtsfiguur. In het onderzoek wordt uiteindelijk op hoofdlijnen een inpassingsvoorstel geformuleerd op basis van een entiteitsbenadering. Daarbij wordt tevens het APV-regime besproken en geanalyseerd. Het APV-regime gaat namelijk uit van een afwijkende

toerekening aan de bij de trust betrokken personen en is daarmee op principieel andere leest geschoeid dan een inpassing op basis van een entiteitsbenadering. Ten slotte worden beide inpassingsvarianten beoordeeld aan de hand van een toetsingskader dat een concrete invulling geeft van de rechtswaarden: rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en doelmatigheid.

Opbouw van het onderzoek

Het onderzoek bestaat uit drie onderdelen:

- Deel I Het leerstuk van de fiscale kwalificatie
- Deel II Civielrechtelijke aspecten van de Anglo-Amerikaanse trust
- Deel III Inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse fiscale stelsel

In deel I (hoofdstukken 2 t/m 5) wordt een toetsingsmodel ontwikkeld aan de hand van de uitgangspunten die zijn gehanteerd bij de onderverdeling van rechtsfiguren in transparante en non-transparante entiteiten in het Nederlandse fiscale stelsel. Het kwalificatiemodel dient als instrument voor de beoordeling van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel (deelvraag 1). Hoofdstuk 2 bevat een beschrijving van de opzet van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. In hoofdstuk 3 wordt de theoretische achtergrond van het leerstuk van de fiscale kwalificatie ontleed. Vervolgens worden in hoofdstuk 4 de criteria voor de vaststelling van de fiscale kwalificatie van rechtsvormen als zelfstandige entiteit ontleend aan de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur met betrekking tot de vennootschapsbelasting. Deze benadering wordt de 'vennootschapsbelastingdimensie' van het kwalificatielerstuk genoemd. In hoofdstuk 5 wordt beoordeeld in welke gevallen toerekening van vermogen en inkomen aan een achterliggend subject mogelijk is, indien een rechtsvorm de oorspronkelijke relatie van het subject tot het achterliggende object doorkruist. De vraag naar de mogelijkheid van toerekening van inkomen en vermogen aan de achterliggende betrokkenen wordt de 'inkomstenbelastingdimensie' van het kwalificatievraagstuk genoemd.

In deel II (hoofdstuk 6) is een beschouwing opgenomen van het Anglo-Amerikaanse civiele trustrecht. Deze uiteenzetting is noodzakelijk voor het verdere onderzoek naar de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust als rechtsverhouding en daarmee ook voor de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel.

In deel III (hoofdstukken 7 t/m 9) wordt aan de hand van het ontwikkelde kwalificatiemodel onderzocht of de Anglo-Amerikaanse trust als (non-)transparante entiteit dient te worden benaderd. In hoofdstuk 7 wordt daartoe eerst ingegaan op de fiscale erkenning van een trustverhouding. In dat hoofdstuk staat de vraag centraal op welke wijze binnen het Nederlandse belastingrecht rekening wordt gehouden met het bestaan van een vreemdrechtelijke rechtsfiguur als de Anglo-Amerikaanse trust. Hoofdstuk 8 bestaat uit de beoordeling van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust aan de hand van het toetsingsmodel. Vervolgens wordt de uitkomst daarvan vergeleken met de opvattingen uit de rechtspraak en literatuur.

In hoofdstuk 9 worden de knelpunten in de Wet IB 2001 en Wet Vpb. 1969 onderzocht bij een confrontatie van de Anglo-Amerikaanse trust met het Nederlandse fiscale stelsel. Uitgaande van de wens om de vastgestelde knelpunten op een evenwichtige wijze binnen het bestaande fiscale stelsel weg te nemen, wordt een voorstel ontwikkeld tot inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust op basis van een entiteitsbenadering. Vervolgens wordt het per 1 januari 2010 ingevoerde APV-regime geanalyseerd. Beide inpassingsvarianten zijn vervolgens ten opzichte van elkaar beoordeeld.

Samenvatting van het kwalificatiemodel

Het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen is vormgegeven als een subjectgericht stelsel. De hoedanigheid van het subject is met andere woorden bepalend voor de plaatsing van een inkomst in de sfeer van de inkomsten- dan wel de vennootschapsbelasting. Het subject fungeert niet alleen als aangrijpingspunt voor de belastingheffing, maar tevens als 'toerekeningscentrum' voor het vermogen en inkomen. Op deze wijze wordt de afbakening tussen de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 vormgegeven.

Anders dan in de inkomstenbelasting, is de aanwijzing van rechtssubjecten in de vennootschapsbelasting ('lichamen') niet eenduidig. Naast rechtspersonen, kunnen ook niet-rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvormen een non-transparante entiteit zijn. Hierdoor is ook de afbakening tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting niet scherp te maken. Het kan echter worden aangenomen dat de inkomsten- en vennootschapsbelasting complementair zijn ten opzichte van elkaar en bijvoorbeeld geen overlap vertonen en evenmin tot 'blank spots' leiden.

De aanwijzing van een rechtsvorm als 'zelfstandige entiteit' is als de kern van het kwalificatieleerstuk te beschouwen. Het kwalificatieleerstuk is nader ontleed aan de hand van het denkbeeld van 'juridische intermediaties'. Hieruit volgt dat een rechtsfiguur een onderbreking tot gevolg kan hebben op de lijn tussen het subject en object. Indien de lijn tussen het oorspronkelijke subject en het oorspronkelijke object wordt verstoord, kan sprake zijn van non-transparantie. Deze beoordeling kan plaatsvinden door de tussengekomen rechtsvorm te beoordelen (de 'vennootschapsbelastingdimensie'), dan wel door de gerechtigdheid van het subject tot het oorspronkelijke object te analyseren (de 'inkostenbelastingdimensie').

De criteria die in het Nederlandse belastingrecht worden aangelegd om de fiscale (non-)transparantie van een rechtsvorm te bepalen, zijn primair vastgesteld aan de hand van de doelstellingen van de wetgever bij de vormgeving van het fiscale stelsel. Vervolgens is beoordeeld op welke wijze deze criteria in de beleidsbesluiten, de rechtspraak en de literatuur zijn geëvolueerd. Voorts is op basis van de inkomstenbelastingdimensie onderzocht welke gerechtigdheid van het subject tot het object meebrengt dat de inkomsten uit het vermogen aan hem worden toegerekend. Op die wijze is een controle uitgevoerd op de criteria die zijn afgeleid uit de vennootschapsbelastingdimensie.

Toetsingsmodel voor de kwalificatie van rechtsvormen

Op basis van de eerder beschreven analyse is een algemeen toetsingsmodel opgesteld voor de kwalificatie van rechtsvormen, waaronder doelvermogens:

(1) zonder een daartoe strekkend '*uitdelingsbesluit*' heeft geen enkel persoon een gerechtigdheid tot het achterliggende vermogen/inkomen verkregen.

Bij het ontbreken van iedere gerechtigdheid van de bij de rechtsvorm betrokken personen is de rechtsvorm als non-transparant aan te merken. Indien de achterliggende betrokkenen wel een gerechtigdheid hebben, dient te worden beoordeeld of de resultaten voor hun rekening en risico komen. De resultaten komen niet voor rekening en risico van de achterliggende betrokkenen, indien de intermediatie tot gevolg heeft dat:

(2a) niet de achterliggende gerechtigden, maar de rechtsfiguur zelve de *civielrechtelijke eigendom* van de vermogensbestanddelen bezit; en

(2b) de achterliggende gerechtigden vanwege hun betrokkenheid bij de rechtsvorm niet verder *aansprakelijk* zijn dan tot het bedrag van hun inleg.

De voorwaarden geven het idee van 'klassieke rechtspersoonlijkheid' weer. De rechtsfiguur die tot gevolg heeft dat de eigendom op naam staat van de rechtsvorm, althans niet op naam van de achterliggende gerechtigden én meebrengt dat de aansprakelijkheid wordt beperkt, is een non-transparante entiteit. De aard van de entiteit als 'kapitaalvennootschap' is hierbij van ondergeschikt belang.

In het geval de resultaten wel voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen, is de rechtsfiguur in beginsel fiscaal transparant. In dat geval is alsnog sprake van non-transparantie, indien:

(3) *vrije toe- en uittreding* ten aanzien van deze rechtsfiguur mogelijk is in de zin van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR.

In dat geval is sprake van een 'open rechtsvorm' die als een zelfstandige entiteit kan worden aangemerkt. De gerechtigdheid van andere subjecten tot de open rechtsvorm heeft doorgaans de kenmerken van een 'aandeel', dan wel wordt daarmee bij wijze van wetsfictie met een aandeel gelijk gesteld.

Indien de Anglo-Amerikaanse trust – aan de hand van diens civielrechtelijke kenmerken – wordt getoetst aan het kwalificatiemodel, kan worden vastgesteld dat de discretionary trust en de fixed trust voor toepassing van het Nederlandse fiscale stelsel in beginsel een non-transparante entiteit vormen. De rechtspraak en literatuur bevestigen deze conclusie ten aanzien van de discretionary trust. Ook voor fixed trusts kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat een gerechtigdheid is ontstaan ten opzichte van 'de trust' als non-transparante entiteit. De opvattingen in de literatuur zijn niet volledig eensgezind. Ten aanzien van de 'revocable trust', die door de settlor kan worden herroepen, is geconcludeerd dat het herroepingsrecht niet meebrengt dat de trust als transparant wordt beschouwd. Ook in de jurisprudentie is de 'fiscale transparantie' van een revocable trust nog niet aangenomen. Daarentegen is in de literatuur wel opgemerkt dat het in een revocable trust afgezonderde vermogen moet worden geacht deel uit te blijven maken van het vermogen van de settlor.

Knelpunten bij confrontatie met de Anglo-Amerikaanse trust

Bij een confrontatie van het Nederlandse belastingstelsel met de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandige entiteit, kunnen verschillende knelpunten worden onderkend ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust als rechtssubject enerzijds en ten aanzien van de daarbij betrokken personen anderzijds. De volgende knelpunten zijn gesignaleerd:

Knelpunten ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust in de Wet Vpb 1969

Binnenlandse belastingplicht

- Voor de categorie 'doelvermogens', waartoe de Anglo-Amerikaanse trust kan worden gerekend, ontbreekt binnenlandse belastingplicht. Hierdoor kunnen in Nederland gevestigde Anglo-Amerikaanse trusts niet in de belastingheffing worden betrokken en ontstaat een heffingsvacuüm.
- Indien binnenlandse belastingplicht van trusts zou worden aangenomen, is niet duidelijk waartoe de objectieve belastingplicht zich dient uit te strekken. Dient in dat geval uitsluitend belasting te worden geheven indien de Anglo-Amerikaanse trust een onderneming drijft, of dient ook bij de aanwezigheid van uitsluitend beleggingsinkomsten belastingheffing plaats te vinden?

Buitenlandse belastingplicht

- Als gevolg van het ontbreken van binnenlandse belastingplicht voor doelvermogens is de buitenlandse belastingplicht van Anglo-Amerikaanse trusts niet gegarandeerd. In dat geval zouden buitenlandse trusts immers ongelijk worden behandeld ten opzichte van 'Nederlandse trusts'.

- Het object van heffing voor de buitenlandse belastingplicht van Anglo-Amerikaanse trusts is aanmerkelijk ruimer geformuleerd dan de objectieve belastingplicht in binnenlandse verhoudingen van rechtsvormen die voor wat betreft de civielrechtelijke structuur het meest op doelvermogens lijken ('stichtingen'). Ook hier bestaat een ongelijke behandeling van in het binnenland en in het buitenland gevestigde doelvermogens.

Knelpunten ten aanzien van de bij de trust betrokken personen in de Wet IB 2001

Knelpunten ten aanzien van de settlor

- Indien aanmerkelijkbelangaandelen onder trustverband worden geplaatst door middel van een 'declaration of trust' is niet duidelijk of een (fictieve) vervreemding kan worden aangenomen. Naar mijn mening dient art. 4.16, lid 1, onderdeel g, Wet IB 2001 evenwel van toepassing te zijn, maar de tekst is niet volledig duidelijk.
- Bij het onder trustverband stellen van een aanmerkelijkbelangpakket sluit de bestaande wettekst van art. 4.22, lid 1, Wet IB 2001 ('overeenkomst') onvoldoende aan bij trustgevallen om de correctieregel zonder meer toe te kunnen passen. Hiertoe zou een overdracht die niet tegen een waarde in het economische verkeer plaatsvindt niet kunnen worden gecorrigeerd.
- Het is niet duidelijk of ten aanzien van een settlor die zich mengt in het door de trustee gevoerde beleid een 'vermogensrecht' kan worden aangenomen in de zin van art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001. De veronderstelde beschikkingsmacht van de settlor leidt tot veel discussies in de rechtspraak.
- Onduidelijk is welke waarde in het economische verkeer aan een 'power to revoke' dient te worden toegekend, indien de power to revoke als 'herroepingsrecht' wordt aangemerkt.

Knelpunten ten aanzien van de trustee/protector

- Ten aanzien van de trustee en protector doen zich eigenlijk geen knelpunten voor. De trustee en protector hebben geen economisch belang bij de trustgoederen en ontvangen uitsluitend voor hun werkzaamheden een vergoeding die als winst uit onderneming of als resultaat uit overige werkzaamheden kan worden belast.

Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een fixed trust (box 1)

- Onduidelijk is in welke gevallen een recht op uitkeringen uit een trust leidt tot een periodieke uitkering in verband met de toepassing van het overgangsrecht (art. I, onderdeel O, Inv. Wet IB 2001). Als het overgangsrecht van toepassing zou zijn, wordt de uitkering in box 1 belast.
- Indien een p.u. kan worden aangenomen, lijkt toepassing van het overgangsrecht niet zonder meer mogelijk. De wettekst sluit niet aan op de uitkeringen uit een trust ('premie' en 'overeenkomst') en is bij letterlijke lezing niet van toepassing.
- Naar de ratio van de regeling beoordeeld, lijkt toepassing van het overgangsrecht ten aanzien van uitkeringen uit een trust evenmin aan de orde. De saldomethode die geldt ten aanzien van periodieke uitkeringen is immers een rekenmethode en zegt eigenlijk niets over het karakter van de uitkeringen als inkomen.
- Mocht het overgangsrecht van toepassing zijn, dan kan de waarde van de 'prestatie' niet altijd worden bepaald. Hierdoor is niet duidelijk welk gedeelte van de uitkeringen in box 1 dient te worden belast.

Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een fixed trust (box 2)

- De gerechtigdheid van een beneficiary kan niet worden aangemerkt als 'aandeel', waardoor de aanmerkelijkbelangregeling niet van toepassing is op trustaanspraken.
- De definitie van het begrip 'genotsrecht' in art. 4.3 Wet IB 2001 is onduidelijk en ten aanzien van de rechten van een beneficiary niet goed toepasbaar.
- Inpassing van 'future interests' van een beneficiary is binnen de opzet van het aanmerkelijkbelangregime niet goed mogelijk.

Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een fixed trust (box 3)

- De indeling van de rechten *sui generis* die beneficiaries aan een fixed trust kunnen ontlelen, is doorgaans niet goed te maken. Hierdoor kan niet worden vastgesteld of voor de waardering van trustaanspraken in box 3 de waarderingsregels dienen te worden gehanteerd ten aanzien van: (i) een vermogensrechtelijke p.u., (ii) een genotsrecht of (iii) een overig vermogensrecht.
- Als vaststaat dat de waardering dient plaats te vinden naar de waarde in het economische verkeer ex art. 5.19, lid 1 en 2, Wet IB 2001 kan onduidelijkheid bestaan omtrent de eventuele waarde die aan 'formele bevoegdheden' kan worden toegekend. Hierdoor kan de waardering van trustaanspraken tot discussies leiden.
- De waardering van trustaanspraken kan zeer complex zijn, mede als gevolg van de voorwaarden die aan een recht *sui generis* kunnen zijn verbonden. In dat geval dienen hulpmethoden, zoals de inbreukregel, te worden ingeroepen om tot een waardebepaling te komen.

Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een discretionary trust (box 1)

- Indien een p.u. afkomstig is van een discretionary trust kan art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001 niet worden toegepast, omdat een discretionary trust geen rechtspersoon is. Naar de achtergrond lijkt deze bepaling daarentegen wel bedoeld te zijn voor uitkeringen uit doelvermogens.

Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een discretionary trust (box 3)

- In theorie vormt de afwezigheid van een 'kanaal' bij discretionary trusts op zichzelf geen knelpunt. De afwezigheid van een gerechtigdheid brengt mee dat de beneficiaries niet in de belastingheffing kunnen worden begrepen. Het in de discretionary trust ondergebrachte vermogen wordt dan ook niet (indirect) in Nederland in de heffing betrokken. De wetgever spreekt in deze gevallen evenwel van een 'onbelast zwevend vermogen' en acht deze situatie onwenselijk.
- Het belangrijkste knelpunt met betrekking tot de discretionary trust is in wezen van bewijstechnische aard en betreft de vraag of een beneficiary niettegenstaande de juridische vormgeving een afdwingbaar 'vermogensrecht' kan ontlelen aan de trustverhouding. Als gevolg hiervan ontstaan veelvuldig discussies in de rechtspraak.

De genoemde knelpunten kennen drie oorzaken. In de eerste plaats is bij de redactie van wetteksten onvoldoende rekening gehouden met de specifieke civielrechtelijke structuur van Anglo-Amerikaanse trusts. In de tweede plaats ontstaan binnen het Nederlandse fiscale stelsel knelpunten als gevolg van het ontbreken van een 'kanaal' tussen de Anglo-Amerikaanse trust en de daarbij betrokken personen. Aangezien de Anglo-Amerikaanse trust zelve niet in de (Nederlandse) heffing wordt begrepen, kan het afgezonderde vermogen niet in de heffing worden begrepen. In de derde plaats kan de beoordeling van de rechten *sui generis* tot knelpunten leiden. Zowel de inhoudelijke beoordeling van de aard van de gerechtigdheid als de vaststelling van de waarde van de gerechtigdheid is niet goed te bepalen.

Inpassingsvoorstel van de Anglo-Amerikaanse trust

Inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering

De Anglo-Amerikaanse trust wordt binnen het Nederlandse fiscale stelsel als non-transparante entiteit aangemerkt. Uitgaande van deze entiteitsbenadering is onderzocht welke alternatieven bestaan om de gesignaleerde knelpunten ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust op evenwichtige wijze weg te nemen. Hierbij zijn drie verschillende inpassingsvoorstellen op hoofdlijnen beschreven en beoordeeld. In de eerste plaats is een inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandig doelvermogen in de Wet Vpb 1969 onderzocht. Vervolgens is nagegaan of de trust kan worden ingepast binnen de kaders van de Wet IB 2001. Ten derde is een geheel eigen regime voor doelvermogens besproken.

Vervolgens is geconcludeerd dat een entiteitsbenadering ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust tot gevolg heeft dat vestigingsplaatsficties dienen te worden opgenomen om de Nederlandse fiscale jurisdictie uit te breiden. De feitelijke leiding van de trust is doorgaans immers in het buitenland gelegen. In dat geval zijn vestigingsplaatsficties noodzakelijk om een Nederlands heffingsrecht te creëren. Aan de hand van buitenlandse equivalenten en voorstellen in de literatuur is een aantal vestigingsplaatsficties voorgesteld. Voor de vestigingsplaatsficties is aangeknoopt bij de woonplaats van de inbrenger gedurende diens leven. Na diens overlijden wordt het doelvermogen geacht nog dertig jaren in Nederland te zijn gevestigd. Daarnaast is een generieke vangnetbepaling voorgesteld die aanknoopt bij de woonplaats van de erfgenamen/potentiële begunstigten.

Uiteindelijk is een inpassingsvoorstel opgesteld op basis van een entiteitsbenadering dat neerkomt op een combinatie van de drie eerder besproken inpassingsvarianten. Het voorgestelde regime gaat uit van een eigen regime voor doelvermogens binnen de Wet Vpb 1969, waarbij de grondslagen overeenkomstig de Wet IB 2001 worden vastgesteld. Voordeel van deze benadering is dat de belangrijkste knelpunten kunnen worden weggenomen en belasting terechtkomt op het niveau van de entiteit. De belastinglast komt daarmee indirect ten laste van de beneficiaries die ook een uitkering verkrijgen. Het inpassingsvoorstel heeft niet alleen als voordeel dat wordt aangesloten bij de kwalificatie die binnen het Nederlandse fiscale stelsel wordt toegekend aan de Anglo-Amerikaanse trust, maar tevens wordt op deze wijze een gelijke behandeling tussen afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen bereikt. Belangrijkste nadeel is evenwel dat complexe(re) wetgeving is vereist en dat een toevlucht moet worden genomen tot verschillende vestigingsplaatsficties.

Het APV-regime

Op 1 januari 2010 is het APV-regime ingevoerd met als doelstelling de knelpunten met betrekking tot de aanwezigheid van 'onbelast zwevend vermogen' weg te nemen. De systematiek van het APV-regime is gebaseerd op een afwijkende toerekening van het onder trustverband gestelde vermogen. Anders dan volgt uit de kwalificatieregels van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen, wordt het APV als 'entiteit' genegeerd en niet als 'toerekeningscentrum' aangemerkt ten aanzien van het onder trustverband gestelde vermogen en het daaruit afkomstige inkomen. In plaats daarvan wordt het onder trustverband gestelde vermogen en het daaruit afkomstige inkomen gedurende zijn leven toegerekend aan de inbrenger. Het APV-regime gaat daarmee volledig voorbij aan de civielrechtelijke werkelijkheid en brengt een belastingheffing tot stand die tot gevolg heeft dat personen worden belast voor inkomen en vermogen dat zij niet bezitten en misschien wel nooit zullen bezitten.

Het APV-regime is geanalyseerd en beoordeeld ten opzichte van de doelstellingen van de wetgever. De doelstelling om 'onbelast zwevend vermogen' tegen te gaan is bereikt door middel van de zogeheten 'toerekeningsfictie'. Daarentegen is de doelstelling om afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen zo veel mogelijk gelijk te behandelen niet bereikt. Belangrijkste oorzaak daarbij is dat de toerekeningsfictie niet geldt indien het APV aan reële heffing is onderworpen. In dat geval wordt het APV wel als entiteit benaderd en ontstaan aanzienlijke verschillen ten opzichte van niet-afgezonderd vermogen. Uit de analyse van het APV-regime kunnen de volgende conclusies worden getrokken ten aanzien van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969:

Wet IB 2001

- De toerekeningsfictie heeft tot gevolg dat het bestaan van de Anglo-Amerikaanse trust feitelijk wordt weggedacht.
- De 'toerekeningsfictie' van art. 2.14a Wet IB 2001 leidt tot een uitbreiding van de Nederlandse fiscale jurisdictie.

- De toerekening van het afgezonderde vermogen aan de inbrenger en erfgenamen vindt 'umsonst' plaats en komt in strijd met het draagkrachtbeginsel.
- De wettekst bevat veel open omschrijvingen die de rechtszekerheid niet bevorderen.
- Het onderscheid tussen onderworpen en niet-onderworpen APV's leidt tot een 'duale benadering', waarbij een ongelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen het gevolg is van de toerekeningsstop bij onderworpen APV's.
- De toepassing van het APV-regime op fixed trusts leidt tot verschillende onduidelijkheden.
- De toerekening aan de inbrenger/erfgenamen is niet gelijk te stellen met fiscale transparantie van de trust, waardoor binnen het APV-regime de non-transparantie van de trust als entiteit op diverse punten complicaties oplevert.
- De knelpunten met betrekking tot de inhoudelijke beoordeling van het recht *sui generis* van beneficiaries zijn niet weggenomen.

Wet Vpb 1969

- De fiscale non-transparantie van en toerekening aan het APV blijven het uitgangspunt voor toepassing van de Wet Vpb 1969.
- De doorwerking van het APV-regime naar de Wet Vpb 1969 is zeer beperkt ten aanzien van niet-onderworpen APV's.
- Bij het onderworpen APV kan een ongelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen ontstaan als gevolg van de verschillende grondslagen in de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 en het ontbreken van een 'kanaal' ten aanzien van de bij het APV betrokken personen.

Beoordeling inpassingsvoorstellen en aanbevelingen

Het inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering en het APV-regime zijn met elkaar vergeleken op basis van het toetsingskader dat is opgesteld aan de hand van de beginselen rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en doelmatigheid. Deze beginselen zijn 'geoperationaliseerd' ten behoeve van het onderzoek. Aan de hand van deze beoordeling zijn de volgende conclusies getrokken.

Bij een inpassing op basis van een entiteitsbenadering, waarbij de heffingsgrondslag van het doelvermogen wordt bepaald overeenkomstig de bepalingen van de Wet IB 2001, kan worden bereikt dat de fiscale behandeling van afgezonderd particulier vermogen zo veel mogelijk overeenkomt met die van niet-afgezonderd particulier vermogen. Deze gelijkstelling is ook met het APV-regime nagestreefd, maar deze doelstelling wordt in verschillende gevallen niet bereikt.

Belangrijk voordeel van een inpassing op basis van een entiteitsbenadering is dat de belasting die door de Anglo-Amerikaanse trust verschuldigd is in economische zin ook ten laste van de uiteindelijke begunstigden komt. Hiermee wordt een belangrijke verbetering aan gebracht ten opzichte van het APV-regime. Binnen het APV-regime is gekozen voor een andere benadering, te weten toerekening aan de inbrenger gedurende leven en na zijn overlijden aan diens erfgenamen. Het APV-regime heeft daarmee als belangrijk nadeel dat volledig wordt geabstraheerd van de civielrechtelijke werkelijkheid en de economische realiteit. Degenen die de belasting dienen te betalen beschikken immers niet over het vermogen waarvoor zij worden aangeslagen.

Tegelijkertijd heeft het abstraheren van de civielrechtelijke werkelijkheid binnen het APV-regime ook belangrijke voordelen. Het stelt de wetgever in staat om het probleem van het 'onbelast zwevend vermogen' op robuuste wijze op te lossen met behulp van relatief eenvoudige wetgeving. Het is echter een oplossing die ontstaat door het probleem te negeren, waarbij een aanzienlijke mate van 'overkill' wordt geaccepteerd. De Anglo-Amerikaanse trust bestaat immers nog steeds in civielrechtelijke zin, zodat de heffing op het verkeerde niveau terecht komt en ook voor de invordering van de belasting vaak zal moe-

ten worden uitgeweken naar het doelvermogen. Hiermee wordt dan in wezen hetzelfde bereikt als bij een entiteitsbenadering, hetgeen de juistheid van die benadering ondersteunt.

Het APV-regime bevat veel open normen en slecht afgebakende begrippen die tot rechts-onzekerheid leiden. Gedeeltelijk is het gebruik daarvan niet te voorkomen en zou ook binnen een entiteitsbenadering noodzakelijk zijn. Daarentegen kan worden geconcludeerd dat de wetgever op deze wijze in veel gevallen de bewijstechnische problemen in de richting van de belastingplichtige heeft verschoven.

Voorts kan worden opgemerkt dat de toerekening binnen het APV-regime niet gelijk te stellen is met 'fiscale transparantie'. De vermogensbestanddelen en inkomsten worden als zodanig toegerekend aan de inbrenger/erfgenamen. De beneficiaries houden daarentegen een juridisch afdwingbaar recht jegens de trust(ee). Als gevolg daarvan ontbreekt de fiscale transparantie in de richting van de beneficiary, zodat de aard, omvang en het genietingsmoment kunnen afwijken ten opzichte van oorspronkelijke inkomsten. Op dat punt is de principiële non-transparantie van de Anglo-Amerikaanse trust nog steeds voelbaar.

Daarentegen kunnen ook enkele nadelen worden onderkend bij een inpassing op basis van de door mij voorgestelde entiteitsbenadering. Als belangrijkste nadelen van een entiteitsbenadering zijn te noemen: (i) dat meer gedetailleerde wetgeving noodzakelijk is en (ii) dat het aangrijpingspunt voor de belastingheffing op basis van vestigingsplaatsficties dient te worden vastgesteld. Tevens dienen enkele politieke keuzes te worden gemaakt ten aanzien van de tarieven en faciliteiten voor particuliere doelvermogens.

De noodzaak van meer gedetailleerde wetgeving betekent weliswaar een verslechtering in termen van eenvoud en efficiency, maar kan wel leiden tot een verbetering ten opzichte van het huidige APV-regime.

Ten aanzien van de vestigingsplaatsficties, die overigens ook in andere landen worden gehanteerd, kan worden opgemerkt dat deze zo nodig nog ruimer kunnen worden geregeerd om de band met de Nederlandse fiscale jurisdictie tot uitdrukking te brengen. Indien buitenlandse belasting wordt voorkomen en buitenlands vermogen buiten de grondslag wordt gehouden, ontstaat een evenwichtig systeem. Voorts dient Nederland een voorbehoud te maken bij art. 4, lid 1, van het OESO-Modelverdrag ten aanzien van particuliere doelvermogens.

Op grond van voorgaande beschouwing kom ik tot de conclusie dat een inpassing op basis van een entiteitsbenadering het meest in overeenstemming zou zijn met het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. Hierbij zouden de grondslagen overeenkomstig de Wet IB 2001 dienen te worden bepaald en zou een separaat regime voor de SW 1956 dienen te worden ontwikkeld.

Aangezien het niet aannemelijk is dat het per 1 januari 2010 ingevoerde APV-regime op korte termijn wordt vervangen door een heffing op basis van een entiteitsbenadering, heb ik enkele suggesties gedaan die in het kader van het bestaande APV-regime kunnen worden meegenomen. Een selectie van de belangrijkste aanbevelingen heb ik hierna opgenomen.

Aanbevelingen ter verbetering van het APV-regime

Ten aanzien van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969

1. De verschuldigde belasting die op basis van het APV-regime is vastgesteld, dient in eerste instantie te worden ingevorderd bij het doelvermogen. Hiertoe dient de aanslag die is vastgesteld op grond van het APV-regime ten aanzien van de inbrenger/erfgenamen ten name van de trust(ee) te worden gesteld.

2. Ten aanzien van erfgenamen kan een teruggaafregeling worden ontwikkeld voor die gevallen waarin uiteindelijk geen of een lagere verkrijging heeft plaatsgevonden bij de erfgenamen dan waarvoor zij zijn belast.
3. De gevolgen van het ontbreken van 'fiscale transparantie' binnen het APV-regime dienen te worden verduidelijkt in een besluit. Hierbij dient in het bijzonder te worden ingegaan op de positie van de fixed trust.
4. Ten aanzien van de vaststelling van de aard en omvang van de rechten *sui generis* van beneficiaries dienen bewijsregels te worden opgesteld.
5. De restcategorie 'doelvermogens' dient ook voor de binnenlandse belastingplicht te worden opgenomen in art. 2 Wet Vpb 1969.
6. Het APV-regime dient in de sfeer van de Wet Vpb 1969 integraal te worden doorgevoerd, waarbij rekening dient te worden gehouden met het verschil tussen 'fiscale transparantie' en 'toerekening'.
7. De regeling voor het onderworpen APV dient te worden vervangen door een systeem waarbij een volledige credit wordt verleend.

Ten aanzien van de SW 1956

8. De verschuldigde belasting dient eerst te worden ingevorderd bij het doelvermogen. Hiertoe dient de aanslag die is vastgesteld op grond van het APV-regime ten aanzien van de erfgenamen ten name van de trust(ee) te worden gesteld.
9. De aanslagen erfbelasting kunnen worden vervangen door conserverende aanslagen, waarbij rentedragend uitstel van betaling wordt verleend onder het stellen van zekerheid.
10. Ten aanzien van de erfbelasting kan een teruggaafregeling worden ontwikkeld voor die gevallen waarin uiteindelijk geen of een lagere verkrijging heeft plaatsgevonden bij de erfgenamen.
11. Bij overlijden van de inbrenger kan een belaste verkrijging door het doelvermogen worden aangenomen tegen het tarief voor niet-verwanten. De verschuldigde heffing zou in dat geval ten laste van het doelvermogen kunnen worden ingevorderd, zonder dat de erfgenamen eerst aangesproken zouden worden.
12. Voorts kan – naar buitenlands voorbeeld – een aanvullende periodieke heffing worden ontworpen ten laste van het doelvermogen ter compensatie van gemiste erfbelasting.

Ten slotte is – meer in zijn algemeenheid – geconcludeerd dat na de invoering van het APV-regime de civielrechtelijke mogelijkheden voor de introductie van een 'Nederlandse familiestichting' opnieuw behoren te worden onderzocht. Indien het APV-regime wordt verbeterd aan de hand van de genoemde suggesties en een evenwichtig systeem ontstaat voor de inpassing van doelvermogens, behoeft het fiscale recht niet langer als belemmering te worden ervaren voor de introductie van een Nederlandse familiestichting.

Summary - The Anglo-American trust in Dutch personal and corporate income taxation

A classification model, an analysis of issues under current tax law and a proposal for changes in the application of the Dutch Personal and Corporate Income Tax to the Anglo-American trusts

Introduction

This research focuses on the application of the Dutch tax system for personal and corporate income tax purposes to the Anglo-American trust. Dutch civil law is based on the Roman law system and is unfamiliar with the concept of trust that has developed in the common law. The basic structure of a trust relationship is that property – ‘trust res’ – is placed under the control of a trustee who administers this property as a legal owner for one or more beneficiaries. The trust property has a separate position within the assets of the trustee. It is, for instance, not considered part of the trustee’s private assets in case of a bankruptcy. Although an Anglo-American trust has no legal personality, the separate position of the trust property within the trustee’s assets does lead to the view of isolated trust assets.

Although the Anglo-American trust is not a natural element of the Dutch legal system, its concept increasingly presents itself within the Dutch legal sphere. This raises various tax law issues. Thus, the application of the rules of Dutch tax law to the ‘alien’ Anglo-American trust produces ambiguities on a number of fronts. The Dutch tax administration has always been reluctant towards the Anglo-American trust in practical situations, as it could lead to the creation of untaxed, not immediately allocable assets.

First of all, embedding Anglo-American trusts within the Dutch tax system raises questions of how to qualify trust relationships for tax purposes. To do this, it needs to be determined whether for Dutch personal and corporate income tax purposes Anglo-American trusts are regarded as either non-transparent or transparent entities. Next, the rules of the Income Tax Act 2001 (hereinafter PITA 2001) and the Corporate Income Tax Act 1969 (hereinafter CITA 1969) must be applied to the Anglo-American trust and the legal relationships of the persons involved. Here, too, ambiguities can be acknowledged, as initially Dutch (tax) legislation failed to take sufficient account of special-purpose funds, such as the Anglo-American trust.

The tax legislator wanted to ban both the ambiguities and the possibility of tax avoidance involving untaxed, not immediately allocable assets. On 1 January 2010, a legal framework for so-called separated private assets (hereinafter: separated private assets regime) was introduced. A notional allocation lies at the heart of the separated private assets regime. The separated assets are attributed to the contributor (normally – but not always – the settlor) during his life and thereafter to his heirs. The solution opted for with the separated private assets regime is in stark contrast with civil law reality. Neither does it align with the entity approach that the Dutch tax system seems to follow in respect of the Anglo-American trust. My research into the application of Dutch tax law to the Anglo-American trust shows this to be a questionable solution. Therefore, I have researched whether the tax treatment of trusts based on an entity approach is better suited to the existing Dutch tax system.

Research goal and research questions

The central question of this research is:

Considering the basic assumptions and criteria applied when distinguishing between transparent and non-transparent entities for tax purposes, how can the Dutch tax system be applied to the Anglo-American private express trust in a consistent manner?

The research into the adoption of Anglo-American trusts is based on the existing Dutch tax system for personal and corporate income tax purposes – a system that distinguishes between the taxation affecting natural persons (personal income tax) and independent entities (corporate income tax). Two subquestions have been formulated to answer the central research question.

Firstly, it will have to be determined which of the two taxes referred to above applies if assets have been transferred to a special-purpose fund like the Anglo-American trust. This first subquestion deals with how to determine the classification for tax purposes of the Anglo-American trust, based on the criteria applied when determining the independence of (foreign) legal forms in the Dutch tax system. The relevant criteria have been derived from the basic assumptions the legislator applied when designing the personal and corporate income tax system. Next, the criteria have been included in a test model for the classification of legal forms for tax purposes. Using this test model, the classification for tax purposes of both the fixed trust and the discretionary trust have been researched. It is concluded that within the Dutch tax system both types of trusts should be regarded as non-transparent entities. The outcome resulting from the classification model has then been compared with the views regarding the classification for tax purposes of Anglo-American trusts in case law and literature.

Secondly, it has been researched what problems occur if the Dutch tax system is applied to the Anglo-American trust. Based on the classification for tax purposes of the Anglo-American trust as an independent entity, the issues analysed regard those that occur in respect of the Anglo-American trust and the persons involved, if the provisions of the PITA 2001 and CITA 1969 are applied. These issues include: (i) cases of non-taxation and double taxation, (ii) inconsistencies in and the lack of legislative texts, and (iii) a different treatment of commercially comparable cases.

The goal of the research is to arrive at a consistent system for the treatment of special-purpose funds in the Dutch tax system, using the Anglo-American trust as a benchmark. Not only can this eliminate the tax issues identified relating to Anglo-American trusts; a consistent treatment of Anglo-American trusts for tax purposes will also contribute to an accepted use of the trust as a legal concept in The Netherlands. The research will ultimately outline a proposal for the consistent treatment of the Anglo-American trust based on an entity approach. In the process of creating a proposal I will discuss and analyse the separated private assets regime, as this regime assumes a different attribution of assets/income to the persons involved in the trust. This regime, thus, follows a pattern fundamentally different from a proposal based on an entity approach. Finally, both alternatives for embedding the Anglo-American trust are assessed according to a test framework that provides a concrete interpretation of the legal principles of legal equality, legal certainty and efficiency.

Set-up of the research

The research comprises three parts:

- Part I The doctrine of the classification for tax purposes
- Part II Civil law aspects of the Anglo-American trust
- Part III Treatment of Anglo-American trusts in the Dutch tax system

A classification model is developed in part I (chapters 2 through 5), according to the basic assumptions of the Dutch legal concepts used in making the distinction between transparent and non-transparent entities. The classification model serves as an instrument for assessing the classification of the Anglo-American trust in the Dutch tax system (subquestion 1). Chapter 2 contains a description of how the Dutch tax system for personal and corporate income tax purposes has been set up. Chapter 3 analyses the theoretical background of the doctrine of classification for tax purposes. Next, chapter 4 refers to legislative history, case law and corporate income tax literature to distil the criteria for determining the classification of legal forms/arrangements for tax purposes as independent entities. This approach is referred to as the 'corporate income tax dimension' of the classification doctrine. Chapter 5 assesses when allocation of assets and income to an underlying subject is possible, if a legal form/arrangement alters the original relationship of the subject to the underlying object (i.e. assets and income). The question of whether it is possible to allocate income and assets to the underlying parties involved, is referred to as the 'personal income tax dimension' of the qualification issue.

Part II (chapter 6) includes a discourse on Anglo-American civil trust law. This explanation is necessary for further researching the classification for tax purposes of the Anglo-American trust as a legal relationship and, accordingly, to develop a proposal for a consistent treatment of the Anglo-American trust in the Dutch tax system.

Part III (chapters 7 through 9) researches – using the classification model developed – whether the Anglo-American trust should be approached as a (non-)transparent entity. To this end, chapter 7 first discusses the acknowledgement for tax purposes of a trust relationship. The central question in that chapter is how Dutch tax law takes account of the existence of an alien 'legal concept' like the Anglo-American trust. Chapter 8 comprises the test model based assessment of the classification for tax purposes of the Anglo-American trust. Next, its outcome is compared with the views from case law and literature.

Chapter 9 researches the problems of the application of the PITA 2001 and CITA 1969 to the Anglo-American trust with the Dutch tax system. Following the wish to eliminate these bottlenecks determined within the existing tax system in a balanced manner, a proposal is prepared for a consistent tax treatment of the Anglo-American trust based on an entity approach. Next, an analysis is made of the separated private assets regime implemented on 1 January 2010 as an alternative to a solution based on an entity approach. Both alternatives have subsequently been compared according to a test framework that provides a concrete interpretation of the legal principles of legal equality, legal certainty and efficiency.

Summary of the qualification model

The Dutch tax system for personal and corporate income tax purposes has been set up as a subject-focused system. In other words, the nature of the subject is decisive for placing income in either the corporate or the personal income tax sphere. The subject not only acts as a taxable person, he is also an allocation centre for the assets and income to differentiate between the PITA 2001 and the CITA 1969.

In comparison to the personal income tax, designation of taxable persons for corporate income tax purposes ('entities') is less unequivocal. In addition to legal persons, legal forms without legal personality, too, may be non-transparent (i.e. taxable) entities. As a result, a sharp division between the personal and corporate income tax sphere cannot be made in theory. However, the Dutch personal and corporate income tax system can be assumed to be a coherent system: any overlaps or blank spots are not intended.

Designating a legal form as a non-transparent entity can be considered the heart of the classification doctrine. More specifically, the classification doctrine is derived from the

concept of 'legal intermediations', according to which a legal form may cause an interruption on the line between subject and object. An interruption of the line between the original subject and the original object may indicate non-transparency, which can either be assessed by examining the interposed legal form (the corporate income tax dimension), or by analysing the entitlement of the subject to the original object (the personal income tax dimension).

The Dutch tax law criteria for determining the (non-)transparency of a legal form, are derived on the basis of the goals the legislator had when setting up the tax system. Next, it is assessed how these criteria have evolved in policy decisions, case law and literature. In addition, based on the personal income tax dimension it is researched which entitlement of the subject to the object results in the income from the assets to be attributed to the former. The criteria in the income tax dimension are used in addition to the criteria in the corporate income tax dimension.

This analysis has been used to set up a general test model for the classification of legal forms, including special-purpose funds.

Test model for the qualification of legal forms

(1) without a decision to distribute income, not one person will have obtained an entitlement to the underlying assets/income.

When none of the persons involved in the legal form has any entitlement, the legal form can be regarded as non-transparent. If the underlying parties involved do have an entitlement, it will have to be assessed whether the results are for their account and risk. The results are **not** for the account and risk of the underlying parties involved, if the intermediation results in the following.

(2a) The legal form itself holds the civil law title of the asset components, not the underlying entitled parties; and

(2b) the underlying entitled parties are not liable beyond the amount of their contribution, due to the interposition of the legal form.

The conditions reflect the idea of classic legal personality. The legal person holds the title in his own name – or at any rate, prevents the legal title to be in the name of the underlying parties – while causing limited liability at the same time. Legal persons are considered to be a non-transparent entity because of these characteristics. In this respect, the nature of a legal form as a 'company with a capital divided into shares' is of subordinate significance.

Where the results **are** for the account and risk of the underlying entitled parties, the legal form is, in principle, transparent for tax purposes. If so, it still constitutes a non-transparency, if:

(3) free accession and resignation is possible in respect of this legal form, within the meaning of art. 2, third paragraph, under c of the State Taxes Act [*Algemene wet inzake rijksbelastingen*].

In that case the legal form is considered to be an 'open legal form', which can be regarded as an independent entity. The relationship with the open legal form usually has the civil law characteristics of a share, or the entitlement can be put on a par with a share by way of legal assumption.

If – based on its civil law characteristics – the Anglo-American trust is tested for the classification model, it can be determined that for application of the Dutch tax system, both the discretionary trust and the fixed trust form non-transparent entities. In respect of the discretionary trust this conclusion finds support in the case law and literature. As regards fixed trusts, too, it can be derived from case law that an entitlement has arisen in respect of the trust as a non-transparent entity. The literature sometimes shows different views. In respect of the revocable trust, which the settlor may revoke, the conclusion is that the possible revocation (i.e. the ‘power to revoke’) does not result in the trust being regarded as transparent. Case law, too, does not yet assume a revocable trust to be transparent for tax purposes. In contrast, the literature does note that the separated assets in a revocable trust must be deemed to continue to be part of the settlor’s assets.

Issues regarding the application of Dutch tax law to Anglo-American trusts

If the Dutch tax system is applied to the Anglo-American trust as an independent entity, various issues can be identified. They relate to both the Anglo-American trust as a subject for tax purposes and the persons involved. The following problems have been identified.

Issues in respect of the Anglo-American trust in the CITA 1969

Domiciled tax residency

- The special-purpose funds category (*doelvermogens*), which would include the Anglo-American trust, is not listed as a domestic tax resident. As a result, Anglo-American trusts established in the Netherlands cannot be included in the CITA 1969, creating a taxation gap.
- If domestic tax residency of trusts were to be assumed, it is ambiguous as to what should be included in the objective tax liability. Should, in that case, tax solely be levied if the Anglo-American trust carries on a business, or should investment income trigger taxation as well?

Non-Dutch tax residence

- As a result of the lack of domestic tax residency for special-purpose funds, the non-domiciled tax residency of Anglo-American trusts is not guaranteed, as this might trigger an unequal treatment of foreign trusts vis-à-vis Dutch trusts.
- The object of taxation for non-domiciled tax resident Anglo-American trusts is formulated in considerably broader terms than the objective tax liability in domestic relationships for legal forms whose civil law structures most resemble special-purpose funds (Dutch foundations, or ‘stichtingen’). Again, there is unequal treatment between domestically established special-purpose funds and those established abroad.

Issues in the PITA 2001 in respect of the persons involved in the trust

Issues in respect of the settlor

- If substantial interest shares are transferred to a trust by means of a declaration of trust it is unclear whether a (fictitious) sale can be assumed. In my opinion, however, art. 4.16, paragraph 1, under g, PITA 2001 should apply – although the text is not entirely unequivocal.
- Where a substantial interest package is transferred to a trust, the existing legislative text of art. 4.22, paragraph 1, PITA 2001 (‘agreement’) insufficiently aligns with trust cases for the adjustment rule to be simply applied. As a result, it would be impossible to correct a transfer that is not effected at a commercial value.
- It is ambiguous whether an entitlement to assets within the meaning of art. 5.3, paragraph 2, under f, PITA 2001 can be assumed in respect of a settlor who is involved in the trust management by the trustee. The supposed power of disposition of the settlor raises many discussions in case law.
- If the power to revoke is regarded as a right of revocation, it is unclear what commercial value should be allocated to such power to revoke.

Issues in respect of the trustee/protector

- There are, effectively, no problems in respect of the trustee and protector. The trustee and protector have no economic interest in the trust property and solely receive a remuneration for their work, which can be taxed as profit from an enterprise or as labour income.

Issues in respect of beneficiaries of a fixed trust (box 1)

- It is unclear when an entitlement to distributions from a trust will lead to a periodic distribution ('p.d.': i.e. payments at a regular interval) in connection with the application of the transitional law (art. I, under O, Implementation Act PITA 2001). If the transitional law were applicable, the distribution would have to be taxed in box 1.
- If a periodic distribution can be assumed, simply applying the transitional law does not seem to be possible. If read literally, the legislative text does not apply to the distributions from a trust ('contribution' and 'agreement').
- The rationale of the regulation does not seem to concern the application of transitional law in respect of distributions from a trust. The offset method to be applied to periodic distributions is, after all, a calculation method. It does not actually reveal anything about the income character of the distributions.
- Should the transitional law apply, it is difficult to determine the value of the initial performance. Hence, it is unclear which part of the distributions should be taxed in box 1.

Issues in respect of beneficiaries of a fixed trust (box 2)

- A beneficiary's entitlement cannot be regarded as a share, as a result of which the substantial interest legislation does not apply to trust entitlements.
- The definition of a 'right of enjoyment' in art. 4.3 PITA 2001 is ambiguous and it is difficult to apply in respect of a beneficiary's rights.
- The application to future interests is difficult within the set-up of the substantial interest regime.

Issues in respect of beneficiaries of a fixed trust (box 3)

- It is usually difficult to classify the *sui generis* rights that beneficiaries can derive from a fixed trust. As a result, where it concerns the valuation of trust entitlements in box 3, it cannot be determined whether the valuation rules must be applied in respect of (i) a right to a p.d., (ii) a right of enjoyment, or (iii) another property entitlement.
- Where it is certain that the valuation must take place at the commercial value ex art. 5.19, paragraph 1 and paragraph 2, PITA 2001, ambiguity may arise regarding any value that can be allocated to formal powers. This may lead to discussions about the valuation of trust entitlements.
- The valuation of trust entitlements can be highly complex, partly due to the conditions under which a *sui generis* right has been granted. If so, auxiliary methods such as the infringement rule will need to be called upon to determine the value.

Issues in respect of beneficiaries of a discretionary trust (box 1)

- If a p.d. derives from a discretionary trust, art. 3.101, paragraph 1, under d, PITA 2001 cannot be applied, because a discretionary trust has no legal personality. However, considering its background this provision does seem to be intended for distributions from special-purpose funds.

Issues in respect of beneficiaries of a discretionary trust (box 3)

- Theoretically, the lack of a 'channel' leading towards the discretionary trusts is not in itself a bottleneck. Due to the lack of an entitlement the beneficiaries cannot be included in the taxation. The assets transferred to the discretionary trust are, therefore, not (indirectly) liable for taxes in the Netherlands. Nevertheless, in these cases the legislator refers to untaxed, not immediately allocable assets – a situation he deems to be undesirable.

- Effectively, the main bottleneck regarding the discretionary trust is the burden of proof: the question whether, notwithstanding the legal presentation, a beneficiary can derive an enforceable property entitlement from the trust relationship. As a result, this raises many discussions in case law.

The issues referred to have three causes. Firstly, the wording of the legislative texts takes insufficient account of the specific civil law structure of Anglo-American trusts. Secondly, problems arise within the Dutch tax system due to the lack of a 'channel' between the Anglo-American trust and the persons involved. Since the Anglo-American trust itself is not included in the (Dutch) taxation, the separated assets cannot be included in the corporate income tax either. Thirdly, the assessment of the *sui generis* rights can lead to problems. Both the assessment of the entitlement's nature and the determination of the entitlement's value are difficult.

Proposal for the application of the Dutch tax system to the Anglo-American trusts

Proposal based on an entity approach

The Dutch tax system regards the Anglo-American trust as a non-transparent entity. Based on this entity approach it has been researched what alternatives exist to eliminate the problems identified in respect of the Anglo-American trust in a balanced manner. Three different proposals for a consistent tax treatment of the Anglo-American trust have been outlined and assessed. Firstly, the alternative of the Anglo-American trust as an independent special-purpose fund in the CITA 1969 has been researched. Next, it has been examined whether the trust can be included in the scope of the PITA 2001. Thirdly, an entirely autonomous regime for special-purpose funds is discussed.

Next, it has been concluded that the consequence of an entity approach in respect of the Anglo-American trust was that notional residences must be construed to extend the Dutch tax jurisdiction. After all, the trust's effective management is generally situated abroad, which requires notional residences to create a Dutch tax jurisdiction. A number of criteria for a notional residences has been proposed based on foreign equivalents and proposals in literature. A link has been established with the contributor's residence during his life. After his death, the special-purpose fund is deemed to remain established in the Netherlands for thirty years. Furthermore, I have proposed a generic safety net provision that aligns with the residence of the heirs/potential beneficiaries.

Ultimately, a proposal has been prepared based on an entity approach that combines the three alternatives discussed earlier. The proposed regime is based on an autonomous regime for special-purpose funds within the CITA 1969. In this regime the object of taxation is determined pursuant to the PITA 2001. The advantage of this approach is the elimination of all the main issues, because tax is levied at the level of the entity. Hence, the tax liability is indirectly charged to the beneficiaries that eventually obtain a distribution. The merit of this proposal is not only that it is linked to the classification given to the Anglo-American trust within the Dutch tax system. It likewise achieves an equal treatment of separated and non-separated assets. The disadvantage is, however, that it requires (more) complex legislation and recourse must be taken to different notional residences.

The separated private assets regime

The separated private assets regime was introduced on 1 January 2010, to remove problems relating to the existence of untaxed, not immediately allocable assets. The methodology of the separated private assets regime is based on a different allocation of the trust assets. Contrary to the classification rules of the Dutch tax system for personal and corporate income tax purposes, separated private funds are ignored as an entity and are not regarded as an allocation centre in respect of the assets transferred into trust and the resulting income. Instead, the trust assets and the resulting income are attributed to the

contributor during his life. With this, the separated private assets regime fully disregards civil law reality and brings about a taxation resulting in persons being taxed for income and assets they do not – and maybe never will – possess.

The separated private assets regime has been analysed using the purposes of the legislator. The goal to counter untaxed, not immediately allocable assets has been achieved through the so-called notional allocation. However, the objective to treat separated and non-separated assets equally as much as possible has not been achieved, primarily because notional allocation does not apply if the separated private assets are subject to reasonable taxation. In that case, the separated private assets are regarded as an entity and substantial differences arise compared to non-separated assets. The analysis of the separated private assets regime leads to the following conclusions relating to the PITA 2001 and the CITA 1969:

PITA 2001

- Due to the notional allocation, the existence of the Anglo-American trust is effectively ignored.
- The notional allocation of art. 2.14 a PITA 2001 leads to extension of the Dutch tax jurisdiction.
- The allocation of the separated assets to the grantor and his heirs is without further justification and is contrary to the ability-to-pay principle.
- The wording of the provisions contains vague concepts that are not conducive to legal certainty.
- The distinction between taxable and non-taxable separated private assets results in a ‘dual approach’, causing unequal treatment of separated and non-separated assets due to the non-allocation to contributor/heirs if reasonable tax is levied on the level of the separated private fund itself, resulting in unequal treatment of separated and non-separated assets.
- The application of the separated private assets regime to fixed trusts shows several ambiguities.
- The allocation to the contributor/heirs cannot be put on a par with tax transparency of the trust and, hence, the non-transparency of the trust as an entity leads to several complications within the separated private assets regime.
- The problems relating to the substantive assessment of the *sui generis* right of beneficiaries have not been removed.

CITA 1969

- Application of the CITA 1969 continues to be based on the non-transparency for tax purposes of and the allocation to the separated private assets.
- The effect of the separated private assets regime on the CITA 1969 is very limited in terms of non-taxable separated private assets.
- Unequal treatment of separated and non-separated assets may present itself in respect of the taxable separated private assets as a result of the different tax bases in the PITA 2001 and the CITA 1969 and due to the lack of a ‘channel’ in respect of the persons involved in the separated private assets.

Review of proposals for the application of Dutch tax law to Anglo-American trusts and recommendations

The proposal based on an entity approach and the separated private assets regime have been compared using the assessment framework based on the principles of legal equality, legal certainty and efficiency. These principles have been operationalized for the purpose of this research. The following conclusions have been drawn from this review.

The application of the Dutch tax system to Anglo-American trusts, based on an entity approach, in which the tax base of the special purpose fund is established pursuant to the provisions of the Personal Income Tax Act 2001, may produce the best alignment of the

tax treatment of separated private assets and non-separated private assets. Although the separated private assets regime aims at this equal treatment, too, in several cases this is not achieved.

Adoption of the trust under the entity approach has the major advantage that the tax due by the Anglo-American trust is effectively charged to the ultimate beneficiaries. This is a marked improvement on the separated private assets regime, for which a different approach has been chosen, i.e., allocation to the contributor during his life and thereafter to his heirs. This regime thus has the major disadvantage that it completely abstracts from civil law as well as economic reality, which causes legal inequality. Those who have to pay the tax do not possess the assets on which the assessment is levied.

Abstraction from civil law reality within the separated private assets regime at the same time presents some major benefits. It enables the legislator to robustly solve the issue of the 'untaxed, not immediately allocable assets' using relatively simple legislation. However, this solution originated from ignoring the issue, accepting a substantial degree of overkill. After all, the Anglo-American trust still exists from a civil law perspective and, thus, tax will continue to be levied at the wrong level while recourse will regularly have to be taken to the special purpose fund for collecting the tax. In essence, the same result could be achieved under an entity approach respecting the civil law characteristics of the trust. This underlines the appropriateness of that solution.

The separated private assets regime includes many open norms and poorly delineated concepts that lead to legal uncertainty. Their use is in part unavoidable and will also be required when applying an entity approach. Yet it can be concluded that by so doing, the legislator has in many cases shifted the burden of proof to the taxpayer.

Moreover, it can be stated that attribution within the separated private assets regime cannot be put on a par with tax transparency. The assets and income are attributed as such to the contributor/heirs. The beneficiaries, on the other hand, retain a legally enforceable right vis-à-vis the trust(ee). As a result, there is no tax transparency towards the beneficiary: the nature, size and the moment when the assets/income become subject to tax may deviate from those of the original income. In that respect, the essential non-transparency of the Anglo-American trust is still manifest.

However, tax treatment of the trust under the entity approach – as I have proposed – also presents some drawbacks. The major disadvantages of applying an entity approach are: (i) more detailed legislation is required and (ii) the power to tax is to be established based on the notional residences. Also political choices will have to be made in terms of the rates and credits applicable to private special purpose funds.

Although the necessity of more detailed legislation implies a deterioration in terms of simplicity and efficiency, it could produce an improvement on the current separated private assets regime.

As regards the notional residency – which are used in other countries, too – it can be observed that these should be formulated in even broader terms, if required, to express the nexus with the Dutch tax jurisdiction. If foreign taxation is avoided and foreign assets are kept out of the tax base, there will be a well-balanced system. Moreover, the Netherlands should make a reservation to art. 4, paragraph 1 of the OECD Model Tax Convention in respect of private special purpose funds.

The above considerations justify the conclusion that the tax treatment of the trust based on an entity approach best aligns with the Dutch personal and corporate income tax system. The tax base should be determined in accordance with the PITA 2001. In addition,

to create a coherent solution for all relevant taxes involved, a separate system could also be developed for the Dutch Inheritance Tax Act 1956.

As it is unlikely that the separated private assets regime implemented on 1 January 2010 will be replaced shortly by a levy based on an entity approach, I have done some proposals that could be considered an improvement of the existing separated private assets regime. In this respect I have considered the Dutch Inheritance Tax Act 1956 as well. The most important recommendations are listed below.

Recommendations for improving the separated private assets regime

With respect to the PITA 2001 and the CITA 1969

1. The tax due as established under the separated private assets regime should first be collected from the special purpose fund. To do so, the tax assessment levied in respect of the contributor/heirs under the separated private assets regime should be in the name of the trust(ee).
2. For inheritance tax purposes, a reimbursement regulation may be developed to provide for those cases where the value of the actual acquisition by the heirs was nil or lower than that for which they were taxed.
3. The consequences of the lack of tax transparency within the separated private assets regime should be clarified in a Decree, particularly addressing the position of the fixed trust.
4. Evidence rules should be drawn up for determining the nature and size of the *sui generis* rights of beneficiaries.
5. The catchall 'special purpose funds' category should be included in Article 2 CITA 1969 for resident tax liability.
6. The separated private assets regime should fully be integrated in the CITA 1969, taking account of the difference between 'tax transparency' and 'allocation'.
7. The regulation applicable to the 'reasonable taxation' of separated private assets should be replaced by a system under which a full credit for foreign taxes is granted.

With respect to the Inheritance Tax Act 1956

8. The tax due should be collected first from the separated private fund. To do so, the tax assessment levied in respect of the heirs under the separated private assets regime should be in the name of the trust(ee).
8. The inheritance tax assessments could be replaced by protective tax assessments, with interest-bearing extension of the payment date being granted subject to collateral.
10. For inheritance tax purposes, a reimbursement regulation may be developed to provide for those cases where no or a lower acquisition took place at the level of the heirs.
11. Upon the contributor's decease, a taxed acquisition by the special-purpose fund can be assumed at the rate applicable to non-relatives. The tax due could in that case be collected from the separated private fund without taxing the heirs first.
12. Then a complementary periodic levy can be designed – based on foreign examples – to the debit of the special purpose fund to recover any unpaid inheritance tax.

Finally, the more general conclusion has been drawn that the introduction of the separated private assets regime warrants re-examining the possibilities under civil law for introducing a 'Dutch family trust' (*familiestichting*). If the separated private assets regime is improved as proposed above and a balanced system for introducing special purpose funds is realised, tax law should no longer be seen as an obstacle to the introduction of such a Dutch family trust.

- Adriani 1948 P.J.A. Adriani, *Het belastingrecht: zijn grondslagen en ontwikkeling* (deel I), Amsterdam: L.J. Veen's Uitgeversmij. N.V. 1948.
- Aertsen 2004 D.W. Aertsen, *De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2004.
- Aertsen 2005 D.W. Aertsen, 'Trust en testamentair bewind, een vergelijking', *FTV* 2005/11.
- American Law Institute American Law Institute, *Restatement of the Law (3rd) of Trusts*, St. Paul (MN): Thomson/West. 2008.
- Andersen 2003 R.W. Andersen, *Understanding Trusts and Estates*, Newark (NJ): LexisNexis 2003.
- Asser (e.a.) C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, deel III, Algemeen goederenrecht, 15e druk, bewerkt door F.H.J. Mijnsen en P. de Haan, met medewerking van C.C. Dam en H.D. Ploeger, Deventer: Kluwer 2006.
- Auerbach 2009a X.G.R. Auerbach, 'Afgezonderd Particulier Vermogen, naar een duaal stelsel', *WPNR* 2009/6802, blz. 496-506.
- Auerbach 2009b X.G.R. Auerbach, 'Doelvermogens verdienen evenwichtige wetgeving', *WFR* 2009/122.
- Auerbach 2010 X.G.R. Auerbach, 'Afgezonderd Particulier Vermogen: constructiefouten', *WFR* 2010/1172.
- Avery Jones 1989 J.F. Avery Jones e.a., 'The treatment of trusts under the OECD Model Convention (Part I & II)', *British Tax Review* (Vol. II & III) 1989, blz. 41-59, blz. 65-102.
- Avini 1996 A. Avini, 'The origins of the modern English trust revisited', *Tulan Law Review* (70), 1995-1996, blz. 1139-1163.
- Baker 2002 J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, London: Butterworths Tolley 2002.
- Barry 1999 R.P. Barry, 'ERISA's Purpose: The Conveyance of Information From Trustee to Beneficiary', *Connecticut Law Review* (37), 1999, blz. 735-770.
- Bavinck en Van Joolingen 2005 M.M. Bavinck en H.F. van Joolingen, 'Eens gegeven, blijft niet altijd gegeven; de fiscale kwalificatie van de herroepelijke schenking', *WFR* 2005/6632.
- Bellingwout 1996a J.W. Bellingwout, 'Fiscale aspecten van het wetsvoorstel conflictenrecht corporaties', *WFR* 1996/372.
- Bellingwout 1996b J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1996.
- Bellingwout 2007 J.W. Bellingwout, 'Invoering titel 7.13 BW: enkele internationale fiscale aspecten', *WFR* 2007/883.

- Bender en Stevens 1998 T. Bender en A.J.A. Stevens, 'Enkele kanttekeningen bij het Besluit fiscale kwalificatie inkomensstromen uit buitenlandse samenwerkingsverbanden', *WFR* 1998/97.
- Beyer 2005 G.W. Beyer, *Wills, Trusts and Estates*, New York: Aspen Publishers 2005.
- Blokland 1998 T. Blokland, 'Het winstbewijs en de inkomstenbelasting', *Forfaitair* 1998/5.
- Blokland 1999 T. Blokland, *Winst uit aanmerkelijk belang*, Deventer: Kluwer 1999.
- Boekhoudt 1985 A.H. Boekhoudt, 'Deelneming in een KG of SG door een BV', *WFR* 1985/706.
- Boekhoudt 1987 A.H. Boekhoudt, 'Kwalificatie in het kader van art. 3 Wet Vpb '69', *MBB* 1987/305.
- Boekhoudt 1988 A.H. Boekhoudt, 'Kwalificatie in het kader van art. 3 Wet Vpb '69 (slot)', *MBB* 1988/16.
- Boer 2005 J.P. Boer, 'Aangiftebiljet bewust(e) v(r)aag over trusts', *WFR* 2005/130.
- Boer 2007 J.P. Boer, 'Meer aandacht voor het lex certa-beginsel in fiscalibus!', *NtFR* 2007/444.
- Boer 2010 J.P. Boer, 'Inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust: een onderzoek naar fiscale (non-)transparantie', *TFO* 2010/1.
- Boer en Freudenthal 2003 J.P. Boer en R.M. Freudenthal, 'De behandeling van periodieke uitkeringen uit een trust in de inkomstenbelasting', *WFR* 2003/1325.
- Boer en Freudenthal 2009 J.P. Boer en R.M. Freudenthal, 'De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust: afgezonderd of niet?', *WPNR* 2009/6802.
- Boer, Lubbers en Bravenboer 2009 J.P. Boer, A.O. Lubbers en M. Schuver-Bravenboer, 'Het overgangsrecht bij de invoering van de schenk- en erfbelasting beoordeeld', *WFR* 2009/745.
- Boer en De Vries 2005 J.P. Boer en R.J. de Vries, 'Anglo-Amerikaanse trusts en subjectieve vennootschapsbelastingplicht. Enkele noties aangaande fiscale transparantie', *WFR* 2005/949.
- Den Boer, Koopman en Wattel 1999 J. den Boer, R.J. Koopman en P.J. Wattel, *Algemeen belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1999.
- Van Boesschoten 1994 C.D. van Boesschoten, *Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief*, Preadvisie voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, nr. 9, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.
- Bogert 1987 G.T. Bogert, *Trusts*, St. Paul (MN): West Publishing 1987.
- Bongaarts en Essers 1993 P.J.M. Bongaarts en P.J. Essers, *Het fiscale regime voor beleggingsinstellingen*, Deventer: Kluwer 1993.
- Bongaarts en Van der Wal 1994 P.J.M. Bongaarts en P. van der Wal, 'Kunnen we het nog terugdraaien, meneer?', *FED* 1994/170.
- Brouwer 1987 J.Th.L. Brouwer, 'Tien jaar brede herwaardering (13)', *FED* 1987/506.
- Bruggink 2007 H.R. Bruggink, *Fiscale aspecten van natuurschoon in Nederland*, Amersfoort: SDU 2007.
- De Bruin 1997 I. de Bruin, 'De trust en de Nederlandse vermogensbelasting', *Forfaitair* 1997/73.

- Bruins Slot 2006 W. Bruins Slot, *Leasing in de vennootschapsbelasting, een nieuwe kijk op 'economische eigendom'*, Baambrugge: Uitgeverij Zacheüs 2006.
- Bruins Slot 2007 W. Bruins Slot, 'Een nieuwe kijk op economische (en dus fiscale) eigendom', *TFO* 2007/42.
- Van Brunschot 1970 F.W.G.M. van Brunschot, *Oude aandeelhouders aan nieuwe banden*, Deventer: Uitgeverij Fed N.V. 1970.
- Van Brunschot 1978 F.W.G.M. van Brunschot, 'Nederlandse fiscale aspecten van Franse 'transparante' vennootschappen', in: J. Renes e.a. (red), *Fiscale miniatures*, Deventer: FED 1978.
- Chiesa 2007 G. Chiesa, 'First-Time Implementation of Tax Rules for Trusts in Italy', *European Taxation*, June 2007.
- Christiaanse 1987 J.H. Christiaanse, 'Het patentrecht als een voorloper van de vennootschapsbelasting', in: *Fiscaliteit in Nederland. 50 jaar Belastingmuseum "Prof. Dr. Van der Poel"*, Zutphen/Deventer: De Walburg Pers/Kluwer 1987.
- Cornelisse 2009a R.P.C. Cornelisse, 'Over de Al Qedaroute en de nieuwe Bal-kenende-norm', *FED* 2009/46.
- Cornelisse 2009b R.P.C. Cornelisse, 'Trust me', *WFR* 2009/1391.
- Cort van der Linden 1887 P.W.A. Cort van der Linden, *Leerboek der Financiën*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1887.
- Creusen 1981 E.M.G. Creusen, *Inkomsten uit andere arbeid: aspecten van de heffing van inkomstenbelasting over voordelen uit niet in dienstbetrekking verrichte werkzaamheden en diensten*, Arnhem: Gouda Quint 1981.
- Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting) L.W. Sillevius en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Deventer: Gouda Quint.
- Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting) J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Gouda Quint.
- Cursus Belastingrecht (Vermogensbelasting) R.M. Freudenthal, *Cursus Belastingrecht (Vermogensbelasting)*, Deventer: Gouda Quint.
- Daniels 1991a A.H.M. Daniels, *Issues in International Partnership Taxation. With special reference to the United States, Germany and The Netherlands*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1991.
- Daniels 1991b A.H.M. Daniels, 'International partnerships: Comparative law remarks on the taxation of income and the classification of foreign entities', *Intertax* 1991.
- Danon 2004 R.J. Danon, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts. With particular references to US, Canadian and New Zealand trust taxation*, Zurich: Schulthess Juristische Medien 2004.
- Coopers & Lybrand Deloitte 1992 Coopers & Lybrand Deloitte, *Trust Practice Manual*, London: Buttersworths 1992.
- Van Dijck 1967 J.E.A.M. van Dijck, 'Wie geniet het inkomen?', in: *Smeetsbundel*, Deventer: Kluwer 1967.
- Van Dijck 1970 J.E.A.M. van Dijck, 'Uitkeringen in de Wet IB 1964 (I)', *WFR* 1970/449.
- Van Dijck 1994 J.E.A.M. van Dijck, *Persoonlijke verplichtingen (art. 45, 45a, 45b en 45c Wet IB 1964)*, Deventer: Kluwer 1994.

- Van Dijck 1998 J.E.A.M. van Dijck, *Het genieten van inkomen*, Deventer: Kluwer 1998.
- Van Dijck 2002 J.E.A.M. van Dijck, *Het kasstelsel in de Wet IB 2001*, Deventer: FED 2002.
- Van Dijck en Van Vijfeijken 2006 J.E.A.M. van Dijck en I.F.J.A. van Vijfeijken, *Het kasstelsel in de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006.
- Dits 1989 M.G. Dits, *Inkomsten uit vermogen*, Deventer: Kluwer 1989.
- Doets en Van der Starre 2001 M.S. Doets en G.G.P. van der Starre, 'De besloten CV onder vuur', *WFR* 2001/608.
- Van Dongen 1995 R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht. Rechtsvergelijkende beschouwingen over 'Piercing the corporate veil' in het interne en internationale privaatrecht van Nederland, Duitsland, Zwitserland, New York en Texas*, Deventer: Kluwer 1995.
- Douma 2003 S.C.W. Douma, 'De vestigingsplaatsfictie in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2003/644.
- Drielsma 1963a H.A. Drielsma, 'Anglo-Amerikaans trustrecht en Nederlands successierecht', *WPNR* 1963/4767.
- Drielsma 1963b H.A. Drielsma, 'Anglo-Amerikaans trustrecht en Nederlands successierecht', *WPNR* 1963/4768.
- Duckworth 1997 A. Duckworth, 'The Protector – a Bull in the China Shop', *Trusts & Trustees* 1997/3.
- Dyer en Van Loon 1983 A. Dyer en J.H.A. van Loon, 'Anglo-Amerikaanse trusts en het Nederlandse recht', *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, nr. 87, Deventer: Kluwer 1983.
- Easson en Thuronyi 1998 A. Easson and V. Thuronyi, 'Fiscal Transparency', in: *Tax Law Design and Drafting Vol. II*, Washington, D.C.: International Monetary Fund 1998.
- Van Eijdsen 1997 J.A.R. van Eijdsen, *De kwalificatie van de open CV en haar deelgerechtigden in grensoverschrijdende situaties*, Deventer: FED 1997.
- Van Eijdsen 1998 J.A.R. van Eijdsen, 'De kwalificatie van de open CV en haar deelgerechtigden in grensoverschrijdende situaties', *WFR* 1998/856.
- Van Eijdsen 2002 J.A.R. van Eijdsen, 'Art. 8, lid 3, Wet Vpb 1969 kan worden afgeschaft! Een beschouwing inzake de fiscale positie van commanditaire vennoten/lichamen', *WFR* 2002/1791.
- Elbers 1997 J. Elbers, '(On)eigenlijke vereenzelviging van rechtssubjecten voor de heffing en inning van belastingen', *WFR* 1997/1178.
- Engelen 1998 F.A. Engelen, 'Kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden en de verdragstoepassing bij kwalificatiegeschillen tussen Nederland en een ander land', *MBB* 1998/203.
- Essers 1993 P.H.J. Essers, 'Het ondernemerschap van de commanditaire vennoot', *WFR* 1993/687.
- Essers 2006 P.H.J. Essers, 'Het verbondenheidscriterium en het urencriterium', in: Rijkers en Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006.
- Essers 2008 P.H.J. Essers, 'De fiscale positie van de IB-ondernemer: verleden, heden en toekomst', *TFO* 2008/147.

- Faber 1996 N.E.D. Faber, 'Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- Feteris 1986 M.W.C. Feteris, 'Franse belastingwetgeving voor de bijl. En nu de Nederlandse?', *WFR* 1986/1121.
- Fibbe 2009 G.K. Fibbe, *EC Law Aspects of Hybrid Entities*, Doctoral Series Vol.15, IBFD 2009.
- Fisher 1911 H.A.L. Fisher (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Cambridge: University Press 1911.
- Franken e.a. 2003 H. Franken (e.a.), *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 2003.
- Freudenthal 2007 R.M. Freudenthal, 'Waar zijn we nu helemaal mee bezig?', in: L.J.A. Pieterse (red.), *Velerlei gestalten. Opstellen aangeboden aan Arnold Linnewiel*, Amersfoort: SDU 2007.
- Freudenthal 2008 R.M. Freudenthal, '(T)rust op het front', *WPNR* 2008/6765.
- Freudenthal 2009 R.M. Freudenthal, 'Aanpassingen van het APV-regime in verdragsperspectief: We zijn er nu toch!', *WFR* 2009/1301.
- Freudenthal 2010 R.M. Freudenthal, 'Het nieuwe APV-regime, 'Zwarte Pieten' met familie en fiscus', *TFO* 2010/40.
- Gardner 2003 S. Gardner, *An introduction to the law of trusts*, Oxford: Oxford University Press 2003.
- Gaudiosi 1988 M.M. Gaudiosi, 'The influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College', *University of Pennsylvania Law Review* (136), 1988, blz. 1231-1261.
- Geppaart 1965 Ch.P.A. Geppaart, *Fiscale rechtsvinding: een onderzoek naar de rechtsvinding door de rechter in belastingzaken in het bijzonder aan de hand van de rechtspraak in de periode 1 Maart 1957-1 Maart 1965*, Amsterdam: FED 1965.
- Geppaart 1995 Ch.P.A. Geppaart, *Vermogensbelasting*, Deventer: Kluwer 1995.
- Giele 1989 J.F.M. Giele, *Periodieke uitkeringen (deel I)*, Deventer: Fed 1989.
- Giele en Vermeend 1993 J.F.M. Giele en W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma. De heffing van inkomstenbelasting bij oprichting en ontbinding van de firma en bij toe- en uittreding van firmanten*, Deventer: Kluwer 1993.
- Van Gijlswijk en Hoppenreijns 1999 M.J.A.M. van Gijlswijk en R.T.R. Hoppenreijns, 'De trust: dead or alive?', *MBB* 1999/243.
- Goossen 1991 H.P.J. Goossen, *Belastingplicht in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Uitgeverij Fed NV 1991.
- Grapperhaus 1966 F.H.M. Grapperhaus, *De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijke ondernemer en met de open NV*, Amsterdam: NV Uitgeverij FED 1966.
- Grapperhaus 1997 F.H.M. Grapperhaus, *Fiscaal beleid in Nederland van 1800 tot na 2000*, Deventer: Kluwer 1997.
- Gribnau 2006 J.L.M. Gribnau, 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving' in: A.C. Rijkers en H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006.

- Gribnau en Meussen 2007 J.L.M. Gribnau en G.T.K. Meussen, 'Rechtszekerheid en de Wet IB 2001 (I)', *MBB* 2002/251.
- Groene Serie Privaatrecht *Groene Serie Privaatrecht, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer (digitale editie, commentaar L. Groefsema).
- Groeneveld en Niessen 1999 Th. Groeneveld en R.E.C.M. Niessen, *Het ondernemersbegrip in de inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 1999.
- De Gunst 2003 H. De Gunst, 'De risico's van economische eigendom, enige fiscale aspecten van leasing. The greatest risk is not taking one', *WFR* 2003/10.
- Haelterman 1992 A. Haelterman, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout: Biblo 1992.
- Hageman, Lohuis en Ruijschop 2009 E.P. Hageman, H. Lohuis en M.H.C. Ruijschop, *De herziene Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer 2009.
- Halbach jr. 2000 E.C. Halbach jr., *Trusts*, Chicago: Barbri Group 2000.
- Hamers 2009 J.J.A. Hamers, *Personenvennootschappen naar Arubaans en Nederlands-Antilliaans recht: de maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.
- Hamers en Van Vliet 2005 J.J.A. Hamers en L.P.W. van Vliet, *De personenvennootschappen naar titel 7.13 BW*, Den Haag: Reed Business Information 2005.
- Hansmann en Kraakman 2000 H. Hansmann en R.H. Kraakman, 'The Essential Role of Organizational Law', *Yale Law Journal* 2000 (110), blz. 387-440.
- Hansmann en Mattei 1998 H. Hansmann en U. Mattei, 'The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis', *New York University Law Review* (73), 1998, blz. 434-479.
- Hayton 1996 D.J. Hayton 'Trusts', in: Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- Hayton 1999 D.J. Hayton, 'English Fiduciary Standards and Trust Law', *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (32), 1999, blz. 555-609.
- Hayton (e.a.) 1999 D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, H.L.E. Verhagen (red.), *Principles of European Trust Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Hayton 2003 D.J. Hayton, *The Law of Trusts*, London: Sweet & Maxwell 2003.
- Heithuis 1999 E.J.W. Heithuis, 'De forfaitaire vermogensrendementsheffing van box III', *TFO* 1999/238.
- Heithuis 2005 E.J.W. Heithuis, *Zonder aanzien des (rechts)persoons*, Deventer: Kluwer 2005.
- Heithuis en Van den Dool 2007 E.J.W. Heithuis en R.P. van den Dool, *Compendium van de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2007.
- Helmholz en Zimmerman 1998 R. Helmholz en R. Zimmermann, *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin: Duncker & Humblot 1998.
- Herreveld 1991 F.R. Herreveld, 'Over winstbewijzen', *WFR* 1991/5973.
- Herreveld 1995 F.R. Herreveld, 'Boekbespreking', *WFR* 1995/1315.

- Hijma en Olthof 2010 Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Hoelen en Van den Oord 2009 M.C. Hoelen en Ph.T.M. van den Oord, 'Trustperikelen – half werk leidt tot hele problemen', *FTV* 2009/5.
- Hoevenaars 2001 J. Hoevenaars, 'De irrevocable discretionary trust en het belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk', *Forfaitair* 2001/112.
- Hofstra 1962 H.J. Hofstra, 'Algemene belastingherziening', *WFR* 1962/165.
- Hofstra en Niessen 2010 H.J. Hofstra en R.E.C.M. Niessen, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Hoppenreijns en Vriesendorp 2000 R.Th.R. Hoppenreijns en R.D. Vriesendorp, 'De fiscaal- en civielrechtelijke benadering van de trust in Nederland: eenheid of verscheidenheid', in: *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag: Boom 2000.
- Hoppenreijns 2001 R.T.R. Hoppenreijns, 'Beneficiary van een family trust en de Wet IB 2001', *FTV* 2001/11.
- Hopperton 1995 R.J. Hopperton, 'Teaching Present and Future Interests: A Methodology for Students that Unifies Estates in Land Concepts, Structures and Principles', *University of Toledo Law Review* (26), blz. 621-646.
- Van Horzen 2009 F. van Horzen, 'Art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969: een foute bepaling?', *NTFR* 2009/1824.
- Van Houte 1989 C.P.M. van Houte, 'Is een stichting transparant?', *WFR* 1989/694.
- Van Houte 1992 C.P.M. van Houte, 'Fiscale transparantie bij stichtingen', *WFR* 1992/1414.
- Van Houte 1999 C.P.M. van Houte, 'De stichting vergeleken met de trust', *S&V* 1999.
- Van Houte 2009 C.P.M. van Houte, *De stichting in het Nederlandse belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 37-39.
- Ijzerman 1997 R.L.H. Ijzerman, 'Enkele fiscale aspecten van Angelsaksische trusts', *WPNR* 1997/6281.
- Ijzerman 1996 R.L.H. Ijzerman, 'Over het betrekken in de vermogensbelasting van bij trustverhoudingen betrokken particulieren', in: Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- Ijzerman 1991 R.L.H. Ijzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1991.
- Janssen en Neve 2000 M.H.J. Janssen en L.E.C. Neve, 'De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds', *S&V* 2000-5.
- De Jong 2001 M.G. de Jong, *Open en besloten bij commanditaire vennootschappen en fondsen voor gemene rekening*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.
- Jorritsma 2010 A.H. Jorritsma, 'Nieuw kwalificatiebesluit: vrijheid in onze kerheid', *NTFR* 2010/123.
- Jorritsma en Van Niekerk 2004 A.H. Jorritsma en J.P.M. van Niekerk, 'Stapelbeleid stapel-dol?', *WFR* 2004/936.
- Karnemelk en Tekenbroek 1934 P. Karnemelk en E. Tekenbroek, *Wet op de Belasting van de Doode Hand*, Assen: Van Gorcum & Comp. N.V., 1934.

- Van Kempen 1998 M.L.M. van Kempen, 'Mogelijke gevolgen van de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan openbare personenvennootschappen', *WFR* 1998/1787.
- Van Kempen 1999a M.L.M. van Kempen, *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Van Kempen 1999b M.L.M. van Kempen, 'Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen', *TFO* 1999/172.
- Van Kempen 2000 M.L.M. van Kempen, 'De fiscale behandeling van vennoten in personenvennootschappen in de Wet inkomstenbelasting 2001', *TFO* 2000/195.
- Van Kempen 2002 M.L.M. van Kempen, 'Misverstand bedreigt transparantie personenvennootschap', *WFR* 2002/1699.
- Van Kempen 2003 M.L.M. van Kempen, 'Het wetsvoorstel Titel 7.13 BW en de fiscale transparantie van personenvennootschappen', *WFR* 2003/285.
- Van Kempen 2005 M.L.M. van Kempen, 'Kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen', *WFR* 2005/573.
- Van Keulen 1974 A. van Keulen, 'Een kwalificatie-probleem in het verdrag met België', *WFR* 1974/669.
- Klein 1961 S. Klein, 'Enkele opmerkingen over de kwalificatie bij de heffing van vermogensbelasting', *WFR* 1961/649.
- Koele 1991 I.A. Koele, 'Trusts en de toepassing van het OESO-modelverdrag', in: K.L.H. van Mens (red.), *De Anglo-Amerikaanse trust. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer: Kluwer 1991.
- Koele 2005 I.A. Koele, 'Het trusthokje op het aangiftebiljet IB deugt niet', *FTV* 2005/6.
- Koppenol-Laforce 1994 M.E. Koppenol-Laforce, 'To trust or not to trust', *WPNR* 1994/6155.
- Koppenol-Laforce 1997 M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer: Kluwer 1997.
- Koppenol-Laforce en Sonneveldt 2001 M.E. Koppenol-Laforce en F. Sonneveldt, 'Doelvermogens; trust en familiestichting', *WPNR* 2001/6433.
- Kortmann 1996 S.C.J.J. Kortmann, 'Past de trust in het Nederlandse recht?', in: Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- Kousen 2003 R.A.H.J. Kousen, 'De trust; terug van weggeweest!', *MBB* 2003/221.
- Van der Kroft 2005 A.J.S. van der Kroft, 'Zelfstandige belastingplicht voor irrevocable discretionary trust', *Fisikaal* 2005/1.
- Kuiper 1989 W.G. Kuiper, 'Naar een "Revival" van de fiscale transparantie', *MBB* 1989/179.
- Langereis 1996 Ch.J. Langereis, 'Trust and trust-like arrangements', in: Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- Langereis 2009 Ch.J. Langereis, 'Het nieuwe successierecht bij een afgezonderd particulier vermogen', *FED* 2009/82.
- Lepaulle 1932 P. Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Parijs: Rousseau & Cie 1932.

- Van Lindonk 1990 C.L. van Lindonk, *De onderneming en haar fiscale verschijningsvormen*, Arnhem: Gouda Quint BV 1990.
- Lokin en Zwalve 1992 J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen: Wolters-Noordhoff/Egbert Forsten 1992.
- Löwensteyn 1957 F.J.W. Löwensteyn, 'De rechtspersonen in het civiele recht', in: D. Brüll (e.a.), *Fiscaal- en privaatrecht rond rechtspersonen*, Amsterdam: N.V. Uitgeverij FED 1957.
- Lubbers 2007 A.O. Lubbers, *Belastingarresten lezen en analyseren*, Amersfoort: SDU 2007.
- Lupoi 2000 M. Lupoi, *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge: University Press 2000.
- Lyons (ed.) 2010 T.J. Lyons (ed.), *Trusts*, Amsterdam: IBFD 2010 (digitale editie).
- Maathuis 1988 H.M.M. Maathuis, 'Het ondernemerschap van de limited partner', *WFR* 1988/1193.
- Magnin 1996 E. Magnin, 'De trust in internationale financieringstransacties', in: Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- Maitland 1894 F.W. Maitland, *The Origin of Uses*, Harvard Law Review 1894.
- Marres 2005 O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Deventer: Kluwer 2005.
- Van Mens 1985 K.L.H. van Mens, *Civilrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer: Kluwer 1985.
- Merks 2005 P.F.E.M. Merks, 'Lichaam en vennootschapsbelasting', *WFR* 2005/1154.
- Merks 1998 P.F.E.M. Merks, 'Hybride buitenlandse rechtsvormen en het belastbare binnenlandse bedrag', *WFR* 1998/1381.
- Meussen 2000 G.T.K. Meussen, 'De commanditaire vennoot in de Wet inkomstenbelasting 2001', *WFR* 2000/389.
- De Mol-Verver 2008 S.J. de Mol-Verver, *De ondernemingswinstbelasting. Een zoektocht naar een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting*, Amersfoort: Sdu 2008.
- Van der Molen 1990 G.H.T. van der Molen, 'Nederlandse fiscale aspecten van een inter-vivos trust, gevestigd in het buitenland', *WFR* 1990/1527.
- Mok 1994 M.R. Mok, 'Doelvermogens', in: *Opstellen over vennootschap en belasting* (Verburg-bundel), Deventer: Kluwer 1994.
- Mos 2007 J. Mos, 'De geflexibiliseerde besloten vennootschap', *MBB* 2007/11.
- Niekel en Kuijper 2009 S.F.M. Niekel en B.S.R. Kuijper, 'Rechten die direct of indirect betrekking hebben op...', *WFR* 2009/461.
- Nieuwenhuizen 1996 J.H.M. Nieuwenhuizen, 'De beperkt transparante stichting', *WFR* 1996/1200.
- Niessen 2006 R.E.C.M. Niessen, 'Periodieke uitkering uit trust', *FTV* 2006/9.
- Nijman 1964a O.H. Nijman, 'Het ondernemersbegrip in art. 17, lid 1, van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941', *WFR* 1964/309.

- Nijman 1964b O.H. Nijman, 'Het ondernemersbegrip in art. 17, lid 1, van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941', *WFR* 1964/329.
- Nijman 1964c O.H. Nijman, 'Het ondernemersbegrip in art. 17, lid 1, van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941', *WFR* 1964/349.
- Nillesen 1986a J.Th.L. Nillesen, 'De durchgriff, enkele beschouwingen over de relativering en begrenzing van rechtspersoonlijkheid en belastingplicht (I)', *WFR* 1986/1233.
- Nillesen 1986b J.Th.L. Nillesen, 'De durchgriff, enkele beschouwingen over de relativering en begrenzing van rechtspersoonlijkheid en belastingplicht (slot)', *WFR* 1986/1271.
- Nillesen 1992 J.Th.L. Nillesen 'Fiscale transparantie bij stichtingen: een ondoorzichtige materie of mystieke beeldvorming?', *WFR* 1992/691.
- Nobel 1970 N. Nobel, *Winstrechten*, Deventer: Kluwer 1970.
- Nobel 1991 N. Nobel, 'De trust in de Nederlandse inkomsten-, vermogens-, en vennootschapsbelasting', in: K.L.H. van Mens (red.), *De Anglo-Amerikaanse trust, Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer: Kluwer 1991.
- Nobel 1999 N. Nobel, 'De fiscale trustarresten. Een Phryrrhus-overwinning voor de fiscus', *WPNR* 1999/6376.
- Oakley 1997 A.J. Oakley, *Constructive Trusts*, London: Sweet & Maxwell 1997.
- Oakley 2003 A.J. Oakley, *Parker and Mellows: The modern law of trusts*, London: Sweet & Maxwell, 2003.
- Ohmstede 1934 V.S. Ohmstede, *Wet op de belasting van de Doode Hand. Met de Leidraad en de Instructie van het Ministerie van Financiën*, Gouda: Joh. Mulder 1934.
- Olde Bijvanck en Stevens 2007 S. Olde Bijvank en S.A. Stevens, 'De contouren van een Nederlandse trust', *FTV* 2007/47.
- Van der Ouderaa 1997 E.A.G. van der Ouderaa, 'De kwalificatie van inkomen uit een hybride samenwerkingsverband', *IBB* 1997/6.
- Paardekooper en Jorritsma 2001 W.J.G. Paardekooper en A.H. Jorritsma, 'De commanditaire vennootschap: met of zonder toestemming, maar van wie?', *WFR* 2001/359.
- Pallandt 1992 M.C.J. Pallandt, *Constructive Trust*, Deventer: Kluwer 1992.
- Peeters 2004 P.J.J.M. Peeters, 'Participaties in een open CV(R): een alternatief wettelijk grenscriterium nodig', *WFR* 2004/481.
- Pettit 2009 P.H. Pettit, *Equity and the law of trusts*, Oxford: Oxford University Press 2009.
- Pijl 2007 H. Pijl, 'Attribution of Income to a Person', in: *Conflicts in the attribution of income to a person, IFA Cahier* 2007, Volume 92B.
- Post 2009 D.R. Post, *De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling*, Deventer: Kluwer 2009.
- Prebble 2004 J. Prebble, 'Trusts and Double Taxation Agreements', *eJournal of Tax Research* (2), 2004, blz. 192-209.
- Prinsen 1941 M.J. Prinsen, *Eenige beschouwingen betreffende het Besluit op de Winstbelasting 1940*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1941.

Van Raad 1993	C. van Raad, 'De algemene artikelen van het Nederlands-Amerikaanse verdrag', <i>WFR</i> 1993/6048.
Rapport Commissie-Molmaker	Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving (commissie Molmaker), <i>De warme, de koude en de dode hand</i> , 13 maart 2000.
Rapport Family Trust	Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 210, <i>De inpassing van de family trust in het Nederlandse civiele en fiscale recht</i> , Deventer: Kluwer 1999.
Rapport PwC	Rapport van PricewaterhouseCoopers, 'Proeve van een familiestichting', d.d. 5 november 2009 (auteurs X.G.R. Auerbach en S.A. Stevens).
Rapport Samenwerkingsverbanden	Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 223, <i>Samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst</i> , Deventer: Kluwer 2004.
Rapport Stichtingen	Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 180, <i>Stichtingen</i> , Rapport van de Commissie ter bestudering van fiscale aspecten van stichtingen, Deventer: Kluwer 1989.
Rapport Vermogensbelasting	Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 102, Rapport van de Commissie voor de Vermogensbelasting, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1960.
Rapport Von Overbeck	Het 'Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention', samengesteld door A.E. von Overbeck. Het rapport is te vinden op: http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=publications.details&pid=2949&dtid=31 .
Raupach 1968	Raupach, <i>Der Durchgriff im Steuerrecht: Zugleich ein Beitrag zum Verhältniss des Deutschen und Internationalen Steuerrechts zum Zivil, Verfassungs- und Völkerrecht</i> , München: Beck 1968.
Reuvers 1954	M.R. Reuvers, <i>FED</i> 3 juli 1954, suppl. 427/14-15.
Reuvers 1996	M.R. Reuvers, 'De grenzen van de subjectieve belastingplicht', in: <i>Waarvan akte</i> , Deventer: Kluwer 1996.
Van Rhee 2000	C.H. van Rhee, 'Trusts, Trust-like Concepts and Ius Commune', <i>European Review of Private Law</i> , 2000/3.
Riddall 2003	J.G. Riddall, <i>Land Law</i> , London: Butterworths/LexisNexis, 2003.
Rijkels 1991	J.S. Rijkels, 'Zeggenschap van aandeelhouders en bestuurders als factor in de belastingheffing', in: Ch.J. Langereis e.a. (red.), <i>Fantasie en durf</i> , Deventer: FED 1991.
Roelen 2003	A.W.M. Roelen, 'Het schenkingsrecht beschouwd', <i>MBB</i> 2003, nr. 7/8.
Roelofs 2010	E.R. Roelofs, 'Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de fixed trust niet', <i>WFR</i> 2010/1632.
Roemers en Spek 2000	S.M. Roemers en R.F.C. Spek, 'Toerekening vermogensinkomsten bij duurzaam gescheiden leven. Van scheiding, via echtscheiding tot boedelverdeling', <i>WFR</i> 2000/1424.
Roks 2000	E.C.N. Roks, 'De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (enkele Nederlandse fiscale aspecten)', <i>MBB</i> 2000/375.
Romyn 1985	M. Romyn, 'De toepassing van de onderworpenheidseis in de eenzijdige regeling', <i>WFR</i> 1985/1507.

- Van Roosmalen 1965 J.J.G. van Roosmalen, *De binnenlandse belastingplicht in het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942. Proeve ener rechtstheoretische benadering*, Deventer: Kluwer 1965.
- Rosendaal 1991 F.D. Rosendaal, 'De emergency trust', in: K.L.H. van Mens, *De Anglo-Amerikaanse trust. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer: Kluwer 1991.
- Van der Sangen 2007 G.J.H. van der Sangen, 'Het wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht: de belangrijkste wijzigingen', *TFO* 2007/85.
- Schendstok 1966 B. Schendstok, 'Een on-orthodoxe, maar actuele beschouwing over de vennootschapsbelasting', in: *Wat byllich und recht is*, FED: Amsterdam 1966.
- Schendstok 1971 B. Schendstok, 'Inkomensbestanddeelen en hun bronnen', in: *Tributen aan het recht. Bundel samengesteld ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van het Weekblad voor fiscaal recht*, Deventer: Kluwer 1971.
- Schep 2006 A.W. Schep, 'De toekomst van de fiscale beleggingsinstelling in Nederland', *WFR* 2006/57.
- Van Schilfgaarde 2006 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2006.
- Schoenblum 1999 J.A. Schoenblum, 'The Role of Legal Doctrine in the Decline of the Islamic Waqf: A Comparison with the Trust', *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (32) 1999, blz. 1191-1227.
- Schonis 2003 H.M.N. Schonis, 'Fiscale aspecten van personenvennootschappen', in: A.L. Mohr (e.a.), *Personenvennootschappen: Preadvies van de Vereniging Handelsrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
- Scholten 1960 W. Scholten, 'Winstbewijzen', *WFR* 1960/443.
- Sheridan 1993 L.A. Sheridan, *Keeton and Sheridan's the Law of Trusts*, Chichester: Barry Rose 1993.
- Siebens 1971 H. Siebens, 'Het nieuwe verdrag met België', *MBB* 1971/79.
- Snel 2007 F.P.J. Snel, 'Herbezinning subjectieve belastingplicht in de VPB', *NTFR* 2007/1987.
- Snel 2010 F.P.J. Snel, 'Classificatie van rechtsvormen, in het bijzonder een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal', *WFR* 2010/189.
- Snijders 2004 H.J. Snijders, 'De kwaliteitsrekening nader beschouwd', *NTBR* 2004/7.
- Snijders en Rank-Berenschot 2007 H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
- Van Soest 2007 A.J. van Soest, *Belastingen*, Deventer: Kluwer 2007.
- Van Soest 1956 C. van Soest, 'Vermogens- en inkomenssnippers', *WFR* 1956/389.
- Van Soest 1964 J. van Soest, 'Belastingrecht', in: J.M. Polak (red.), *Vooruitzichten van de rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1964.
- De Soeten 1987 G.H. de Soeten, 'Durchgriff en doorbraak van aansprakelijkheid: een reactie', *WFR* 1987/319.
- Sonneveldt 1993 F. Sonneveldt, 'Het Haags Trustverdrag en zijn consequenties voor het Nederlandse belastingrecht', *WPNR* 1993/6092.

Sonneveldt 1998	F. Sonneveldt, <i>De Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse civiele en fiscale recht</i> , Deventer: FED 1998.
Sonneveldt 1999	F. Sonneveldt, 'Een doelredenering rondom een doelvermogen: recente ontwikkelingen inzake de irrevocable discretionary trust', <i>WFR</i> 1999/14.
Sonneveldt 2000a	F. Sonneveldt, <i>De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956</i> , Amersfoort: SDU 2000.
Sonneveldt 2000b	F. Sonneveldt, 'Doelvermogens in de Successiewet 2001', <i>WFR</i> 2000/776.
Sonneveldt 2002	F. Sonneveldt, 'Beneficiary van een family trust en de Wet IB 2001 (een reactie)', <i>FTV</i> 2002/5.
Sonneveldt	2003F. Sonneveldt, 'Recensie: Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht. Opstellen over (fiscaal) ondernemingsrecht, erfrecht en insolventierecht', <i>NTBR</i> 2003/4.
Sonneveldt 2009	F. Sonneveldt, 'L'histoire se répète: van Hendrik VIII en Jan Kees de Jager', <i>NTFR</i> 2009/141.
Sonneveldt en De Kroon 2009	F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, 'Internationale aspecten van de vernieuwde Successiewet 1956', <i>WFR</i> 2009/731.
Sonneveldt en Visser 1992	F. Sonneveldt en J.P.L. Visser, 'Trust en vermogensbelasting: de laatste ontwikkelingen', <i>WFR</i> 1992/70.
Spaanstra 1966	J. Spaanstra, 'Afkoop van vruchtgebruik in de Wet op de inkomstenbelasting 1964', <i>WFR</i> 1966/1057.
Steinmetz 1934	B.J.F. Steinmetz, <i>Toelichting op de Wet op de Doode Hand 1934</i> , Amsterdam: Van der Marck's Uitgeverij 1934.
Steinmetz 1949	B.J.F. Steinmetz, <i>De belastingen naar het inkomen en naar de winst: inkomsten-, loon-, dividend-, vennootschaps-, ondernemings-, superdividend- en commissarissenbelasting</i> , Amsterdam: Noord-Holland Uitgevers Maatschappij 1949.
Steneker 2005	A. Steneker, <i>Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen</i> , Deventer: Kluwer 2005.
Stevens 2002	A.J.A. Stevens, <i>Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap. Een knelpuntoplossing vanuit rechtsvergelijkend perspectief</i> , Deventer: Kluwer 2002.
Stevens 2006	A.J.A. Stevens, 'De tien geboden tot afschaffing van de open CV', <i>NTFR</i> 2006/1727.
Stevens 1990	L.G.M. Stevens, 'Belastingplicht van stichtingen', in: <i>Giele-bundel</i> , Deventer; Kluwer 1990.
Stevens 2001	L.G.M. Stevens, <i>Inkomstenbelasting 2001</i> , Deventer: Kluwer 2001.
Stevens 2003	S.A. Stevens, <i>De belaste overheid</i> , Deventer: Kluwer 2003.
Stevens 2009	S.A. Stevens, <i>Belastingplicht in de vennootschapsbelasting</i> , Deventer: Kluwer 2009.
Stevens 2008	W. Stevens, 'Fiscus attaqueert 'fremdkörper' trust', <i>Het Financieele Dagblad</i> , 6 november 2008.
Strikwerda 2005	L. Strikwerda, <i>Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht</i> , Deventer: Kluwer 2005.
Thomas en Hudson 2004	G.W. Thomas and A. Hudson, <i>The law of trusts</i> , Oxford: Oxford University Press, 2004.

- Underhill en Hayton 2003 A. Underhill en D.J. Hayton, *Law relating to trusts and trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2003.
- Uniken Venema 1954 C.Æ. Uniken Venema, *Trustrecht en bewind*, Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1954.
- Van der Velde 1934 J.J. van der Velde, *De nieuwe belasting naar het vermogen van instellingen van de doode hand*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1934.
- Van de Ven 1998 K.M.L.L. van de Ven, *Genotsrechten*, Deventer: FED 1998.
- Verburg 1987 J. Verburg, *Fiscaliteit in Nederland. 50 jaar Belastingmuseum "Prof. Dr. Van der Poel"*, Zutphen/Deventer: De Walburg Pers/Kluwer 1987.
- Verburg 1988 J. Verburg, 'Hoe klassiek is het klassieke stelsel?', in: E. Aardema (e.a.), *Van Dijkbundel*, Deventer: FED 1988.
- Verburg 2000 J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2000
- Verburg 2001 J. Verburg, 'De ontwikkeling van de vennootschapsbelasting: verleden, heden en toekomst', *WFR* 2001/1804.
- Verhagen 1996 H.L.E. Verhagen, 'Het Haagse Trustverdrag', in: Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- Versteegh 2003 C.R.M. Versteegh, *De goede doelstichting. Naar een systeem van overheidstoezicht? Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Utrecht: Lemma 2003.
- Verstijnen 2010 W. Verstijnen, 'Afgezonderde particuliere vermogens', *MBB* 2010/5.
- Van Vijfeijken 1992 I.J.F.A. van Vijfeijken, *Vruchtgebruik van privé-vermogen in de inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 1992.
- Van Vijfeijken 2008 I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking', *WPNR* 2008/6744.
- Van Vijfeijken 2009 I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie', *WFR* 2009/1231.
- Vlas en Koppenol-Laforce 1995 P. Vlas en M.E. Koppenol-Laforce, 'Ruim baan voor buitenlandse trusts in Nederland', *S&V* 1995/2.
- De Vries 2001 K.R. de Vries, 'Inkomsten uit een trust onder de Wet inkomstenbelasting 2001', *WFR* 2001/1631.
- Waaijer-Linders 2010 M.U.M.A. Waaijer-Linders, 'Trust in de familiestichting', *WPNR* 2010/6848.
- D.W.M. Waters 1995 D.W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers Group 1995.
- Waters 1999a D.W.M. Waters, 'The Concept called "The Trust"', *Bulletin for international fiscal documentation*, 1999/3.
- Waters 1999b D.W.M. Waters, 'The Use of the Trust in Canada Today', in: D.J. Hayton (ed.), *Modern International Developments in Trust*, Deventer: Kluwer 1999.
- Waters 2005 D.W.M. Waters, *Waters' Law of Trusts in Canada*, Toronto: Thomson Reuters/Carswell 2005.
- Watt 2003 G. Watt, *Trusts and equity*, Oxford: Oxford University Press 2003.
- Van Weeghel 1993 S. van Weeghel, 'Het nieuwe belastingverdrag met de Verenigde Staten', *FED* 1993/98.

- Van der Weerd-van Joolingen 2009 H.F. van der Weerd-van Joolingen, 'De verkrijger in de nieuwe Successiewet', *WFR* 2009/833.
- Wilser 1960 O. Wilser, *Der Durchgriff bei Kapitalgesellschaften im Steuerrecht*, Heidelberg: C. Winter 1960.
- Wolfert 2003 E.C.M. Wolfert, 'Van Slis-Stroom (1984) tot Coöperatie Beatrixziekenhuis/ProCall (2003); het einde van een tijdperk?', *WPNR* 2003/6541.
- Wolfert 2007 E.C.M. Wolfert, *De kwaliteitsrekening*, Deventer: Kluwer 2007.
- Zeven 1941 H.A. Zeven, *Belastingheffing van naamloze vennootschappen*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon NV 1941.
- Zuidgeest 2007 R.N.F. Zuidgeest, 'Flexibel bv-recht en "verbondenheid" in het belastingrecht: buigen of barsten?', *WFR* 2007/1162.
- Zuurmond 1978 G.J. Zuurmond, 'Open of besloten? Een open vraag', *WFR* 1978/359.
- Zwalve 1993 W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993.
- Zwalve 2000 W.J. Zwalve, C.A.E. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
- Zwalve 2003 W.J. Zwalve, 'Trustrechtelijke aspecten van het Romeinse ondernemingsrecht', in: M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Trust en onderneming*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.
- Zwemmer 1975 J.W. Zwemmer, *De fiscale gevolgen van de vervreemding van genotsrechten*, Deventer: FED 1975.
- Zwemmer 1978 J.W. Zwemmer, 'De fiscale positie van de aandeelhouder', *WFR* 1978/1037
- Zwemmer 1979 J.W. Zwemmer, 'Het onderscheid tussen 'open' en 'besloten'', *WFR* 1979/1309.
- Zwemmer 1982a J.W. Zwemmer, 'De betekenis van de rechtspersoonlijkheid in het fiscale recht', *TVVS* 1982/1.
- Zwemmer 1982b J.W. Zwemmer, 'De betekenis van de rechtspersoonlijkheid in het fiscale recht', *TVVS* 1982/2.
- Zwemmer 1997 J.W. Zwemmer, *Fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling*, Deventer: Kluwer 1997.
- Zwemmer 2000a J.W. Zwemmer, 'Boekbespreking', *WPNR* 2000/6417.
- Zwemmer 2000b J.W. Zwemmer, 'Doelvermogens', *WPNR* 2000/6415.
- Zwemmer 2003 J.W. Zwemmer, *Verliescompensatie*, Deventer: Kluwer 2003.
- Zwemmer 2006 J.W. Zwemmer, *Geld stroomt langs de weg van de minste weerstand*, Amersfoort: SDU 2006.
- Zwemmer (FED) J.W. Zwemmer, *De fiscaalrechtelijke zelfstandigheid van bv en stichting*, in: FED Algemeen: 169-173.

Trefwoordenregister

A

aan winstbelasting onderworpen / 100
aanbiedingsplicht / 141
aandeel / 52, 83, 105, 106, 116, 118, 133, 134, 142, 144, 145, 153, 159, 180,
182, 213, 304, 328, 329, 330, 343, 363, 380, 405, 406
aandeel in civielrechtelijke zin / 108
aandeel in fiscale zin / 108
aandeel in maatschappelijke zin / 108
aandeelhouder / 38, 47, 51, 71, 84, 98, 107, 116, 118, 124, 128, 134, 135, 136,
159, 311, 327, 329, 332, 366
aandeelhouder/belegger / 117
aandeelhouder/ondernemer / 117
aandeelhoudersrelatie / 134
aangiftebiljet / 362
aangiftebiljet inkomstenbelasting / 314
aangrijpingspunt / 48
aanmerkelijk belang / 149, 165, 301, 306, 310, 315, 327, 329, 330, 331, 332,
348, 351, 366, 367, 377, 382, 383, 387, 389
aanmerkelijkbelangaandelen / 310, 311, 329, 330, 331, 343, 349, 352, 363,
369, 377, 382, 384, 387, 406
aanmerkelijkbelanghouder / 165, 311
aanmerkelijkbelangregime / 142, 348
aansluitingsproblemen / 47
aansprakelijkheid / 97, 98, 101, 107, 109, 111, 115, 118, 119, 120, 122, 123,
125, 142, 153, 158, 162, 181, 212, 225, 272, 405
aansprakelijkheids criterium / 67, 104, 107, 118, 123, 124, 126, 127, 128, 156,
162, 180
aansprakelijkheidspositie / 123, 155
aansprakelijkheidsrisico / 156, 157, 162
aanvullende steunfunctie / 353
aanvullende uitkeringen / 327
aanvullende werking van de vennootschapsbelasting / 117
aanwijzen nieuwe beneficiaries / 223
aard van de gerechtigdheid / 345, 364
abstracte oorzaken fiscale transparantie / 78
accumulation period / 206, 222
achterliggende bron / 324
achterliggende participanten / 103
achterliggende subjecten / 274
administrative power / 211
administratively workable / 204

afdwingbaar recht / 177, 179, 180, 312
 affiniteitstoets / 241, 248, 249, 250, 268
 afgeleide rechtsgrond / 41, 42, 43, 45, 47, 62
 afgeleide relatie / 146
 afgezonderd particulier vermogen / 372, 397
 afgezonderd vermogen / 56, 274, 351, 356, 372, 380, 388
 afgezonderde vermogensbestanddelen / 300
 afleverbon / 150
 afwijkende toerekening / 51, 73, 75, 90, 179, 297, 312, 373, 376, 379, 387, 403, 408
 agency / 86, 202
 agent / 86
 algemene bronvoorwaarden / 147
 algemene toepassing kwalificatiecriteria / 68
 algemene vergadering van aandeelhouders / 134
 algemene waarderingsregel / 334
 analoge rechtsfiguren / 262
 ANBI / 368
 andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen / 304
 anders dan als aandeelhouder / 137, 157, 158, 181
 Angelsaksisch rechtstelsel / 243
 anti-fiscale bedoelingen / 251
 antimisbruikmaatregel / 373
 antimisbruikwetgeving / 259
 antropomorfe visie / 38, 52
 APV / 372, 375, 379, 381
 APV-regime / 183, 256, 258, 261, 270, 300, 301, 308, 342, 345, 351, 356, 361, 363, 369, 370, 372, 379, 385, 388, 390, 391, 393, 394, 396, 397, 399, 403, 408
 APV-regime, / 373
 Australische erfdeel / 288
 autonoom aangrijpingspunt voor de belastingheffing / 83

B

bare trust / 215, 277, 279, 288, 291
 bare trustee / 215, 282
 bedding / 148, 149, 150, 151, 158, 159, 160, 161, 163, 179, 180, 325
 Bedrijfsbelasting 1893 / 37
 bedrijfsopvolgingsfaciliteit / 389
 bedrijven / 149
 beëindiging van de trust / 206
 beheerskosten / 223
 beheersperiode / 311
 beheersvergoeding / 314
 beherend vennoot / 102, 115
 belang bij een doelvermogen / 328
 belang bij een niet in Nederland gevestigd doelvermogen / 290
 belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen / 315

belaste sfeer / 29, 48, 51, 62, 363
 belaste sfeerovergang / 367
 belastingparadijzen / 371
 belastingstelsel / 31
 belastingverijdelingsmotief / 251, 254, 261
 beleggingsadviseur / 179, 275
 beleggingsmaatschappijen / 95
 beleggings-NV / 60
 beleidsvrijheid / 273
 beneficial interest / 212, 214, 277, 321, 328, 334, 343
 beneficial ownership / 25
 beneficiaries sui juris / 206
 beneficiary van een discretionary trust / 221
 beneficiary van een fixed trust / 215
 benoemen van nieuwe trustees / 223
 benoeming / 134
 beoordeling rechten sui generis / 363
 beperkt recht / 67, 163
 beperkt zakelijke rechten / 154, 321
 beperkte aansprakelijkheid / 111, 124
 beperkte belastingplicht / 307, 308, 344, 347, 348
 beperkte testeerbevoegdheid / 335
 beschikkingsbevoegdheid / 210
 beschikkingsmacht / 40, 72, 164, 179, 208, 275, 295, 303, 379
 beschikkingsmachtcriterium / 75, 296, 297, 298, 299
 beschikkingsmachtsjurisprudentie / 296, 379
 besloten commanditaire vennootschap / 124, 159, 161
 besloten commanditaire vennootschappen / 156
 besloten NV / 119
 besloten vennootschap / 47, 58, 68, 99, 134, 136, 145, 255, 280, 293, 387
 Besluit IB 1941 / 35
 Besluit Vpb 1942 / 38
 bestaande bron / 322
 bestuursbevoegdheid / 154, 165, 180
 betaler / 341
 betrokken aandeelhouder / 124
 beursgenoteerd / 282
 bevoordelingsbedoeling / 358
 bewaarnemer / 167
 bewijsregels / 197, 364, 411
 bewijstechnische problemen / 197, 342, 362, 380, 395, 397, 410
 bewind / 227, 228, 234, 262, 263
 bewindvoerder / 81, 228
 bezit / 40, 169
 bezitter / 168
 bezitting / 168, 170, 172, 180, 299, 363, 384
 bijzondere waarderingregels / 334
 binnenlands belastingplichtig / 358

binnenlands doelvermogen / 308
 binnenlandse belastingplicht / 49, 66, 69, 152, 303, 305, 308, 343, 345, 346,
 348, 353, 378, 387, 390, 405, 411
 binnenlandse belastingplichtigen / 303
 blank spot / 44, 46, 47, 49, 404
 Blind Trust / 341
 bloed- of aanverwant in de tweede graad van de zijlijn / 317
 bloot eigenaar / 332
 blote eigendom / 154
 blote verwachting / 87, 151, 171, 172, 339, 341, 382
 boekhouding / 72
 boekhoudkundig / 87
 bona fide / 224
 borgstellingen / 124
 box 1 / 339, 352, 367
 box 2 / 339, 352, 367
 box 3 / 336, 352, 364
 breach of trust / 23, 196, 211, 214, 231
 bron van inkomen / 147, 149, 280
 bron van opbrengst / 148
 bronheffingen / 76, 288, 378
 bronnenfictiestelsel / 35
 bronnenleer / 170
 bronnenstelsel / 166
 bronnentheorie / 148, 332
 budgettaire doelstelling / 372
 buiten het geval van vererving, of legaat / 140
 buitenlands doelvermogen / 290, 328, 355
 buitenlandse belastingplicht / 69, 302, 306, 307, 308, 339, 343, 344, 346, 348,
 350, 353, 366, 390, 405
 buitenlandse beleggingsvennootschap / 290
 buitenlandse rechtsfiguren / 69, 301
 buitenlandse rechtsvorm / 102, 264
 buitenlandse samenwerkingsverbanden / 100
 buitenvennootschappelijk vermogen / 154
 buitenwettelijke transparantie / 71, 72, 73, 89
 burgerlijke maatschap op aandelen / 113, 132, 133
 business trust / 61, 224, 225, 306

C

cascade-effect / 394
 Cayman Island Trust / 253
 certainty of intention / 202, 207
 certainty of object matter / 202, 203
 certainty of subject matter / 202
 certificaa houders / 228
 cestui que use / 191, 193
 charitable purpose / 205

charitable trust / 23, 199, 227, 306, 308
 civielrechtelijke erkenning / 231, 242, 243, 245, 247, 248
 civielrechtelijke karakteristieken / 290
 civielrechtelijke misverstanden / 120
 civielrechtelijke niet-erkenning / 245, 265, 267
 civielrechtelijke realiteit / 72
 civielrechtelijke rechtsfeiten / 65
 civielrechtelijke werkelijkheid / 296, 341, 397
 Claflin-doctrine / 206
 class of beneficiaries / 221, 271
 classificaties / 67
 commanditaire participatie / 381
 commanditaire vennoot / 124, 158, 160
 commanditaire vennootschap / 37, 46, 80, 102, 105, 109, 138, 140
 commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid / 96, 155
 commanditaire vennootschap op aandelen / 38, 46, 98, 114, 271
 commanditaire vennoten / 115, 155
 commerciële instelling / 223, 226
 Commissie Samenwerkingsverbanden / 119
 Commissie-Moltmaker / 227, 294, 349
 common law / 16, 87, 191, 192, 193, 194, 269, 289, 401
 complex van rechten en verplichtingen / 319
 concurrent interest / 85
 condition / 217
 condition precedent / 218
 condition subsequent / 218
 conflict of interest / 314
 Conneticut / 263
 conserverende aanslag / 388
 constructies / 371
 constructive trust / 197, 198
 contante waardeberekening / 327
 contingent / 218, 332, 338
 contingent and defeasible interests / 338
 contingent interest / 218, 219, 220
 contingent remainder / 219, 220
 contingent remainder subject to open / 220
 contractvennootschappen / 118
 contraprestatie / 320
 conversie / 64, 76, 77, 300
 conversiemethode / 262
 corporate resemblance / 43, 62, 114, 128, 140, 152
 corporate resemblance-test / 132
 Court of Chancery / 193
 credit / 358, 393, 395, 396, 399, 411
 crediteuren van de beneficiary / 222
 CV / 158
 CV-achtigen / 101, 102, 103, 105, 106, 108, 115

D

declaration of trust / 202, 310, 343, 406
deelgerechtigdheid / 375, 381
deelnemingsvrijstelling / 114, 133, 142, 376, 387
defeasance / 219, 332
defeasible / 217, 218, 338
Delaware / 225
Delaware LLC / 111, 133
derdentarief / 254, 309, 359
deskundigheid / 210
dief / 169
dienstbetrekkingen / 149
directe doorwerking van het HTV / 242, 244, 246, 265
discretionair doelvermogen / 113
discretionaire beslissingsbevoegdheid / 339
discretionaire bevoegdheden / 221
discretionaire bevoegdheid / 336
discretionaire gedeelte van het APV / 376
discretionaire juridische intermediaatïe zonder vertegenwoordiging / 78, 82, 87, 88, 91
discretionaire trustverhouding / 273, 312, 327
discretionary power / 282
discretionary trust / 87, 199, 204, 212, 222, 267, 270, 271, 273, 274, 276, 282, 289, 291, 309, 311, 344, 356, 360, 370, 380
dissenting opinion / 120
distributive power / 211
diversiteitsprobleem / 34, 58
divestment / 217, 219
dividendbelasting / 377
dividendstrippingsbepaling / 377
doel en strekking van de belastingwet / 255, 259, 261, 267, 297
doel en strekking van de wet / 251
doelmatigheid / 394
doelvermogen / 56, 84, 254, 256, 271, 274, 276, 290, 291, 302, 305, 306, 307, 328, 339, 346, 353, 363, 366, 369, 389
doelvermogens / 48, 97, 99, 274, 303, 343, 344, 345, 352, 375
donee / 210
donee of powers / 223
doode hand / 52, 53, 62, 131, 273, 353
doode handbelasting / 353
doorbraak / 73
doorschuifregeling / 348, 368
doorstortingsverplichting / 75, 76, 77, 87
doorwerking van het HTV / 244
draagkracht / 40, 143, 353
draagkrachtbeginsel / 34, 43, 57, 58, 62, 95, 117, 143, 151, 362, 379, 391, 397, 409
draagkrachtgedachte / 118, 120, 129, 131, 144

draagplicht / 127
draagvermogen / 119
drie bepaalbaarheden / 202
DTB 1917 / 37
duale benadering / 384, 390
dubbele heffing / 47
Durchgriff / 70, 71, 89

E

economisch belang / 156, 264, 272, 278, 281
economisch risico / 127
economische / 375
economische deelgerechtigdheid / 380
economische eigenaar / 166
economische eigendom / 80, 155, 171
economische gerechtigdheid / 160, 178
economische realiteit / 391
economische werkelijkheid / 299
een afwijkende toerekening / 74
eenvoudig overdraagbaar / 95, 99
eenzijdige rechtshandeling / 201, 310, 325
effectieve belastingplicht / 69
eigen inkomst / 167, 180
eigen regime voor doelvermogens / 352, 353, 366, 367, 408
eigenaar / 75, 86, 129, 295
eigendom / 40, 100, 149, 166
eigendom bezwaard met fidei-commis / 335
eigendoms criterium / 107, 121, 122, 129
eigendomsrecht / 215
eigendomsvraagstuk / 111
eindafrekeningsbepaling / 358, 370
eliminatie / 266
emergency trust / 293
employee benefit statement / 386
employee benefit trust / 386
enig dwingend wettelijk voorschrift / 240
entiteit / 269, 373
entiteitsbenadering / 270, 288, 301, 345, 352, 354, 355, 358, 360, 361, 363,
364, 365, 367, 370, 380, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 401
entiteitsgedachte / 72, 269, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 318
equitable charge / 282
equitable duties / 210
equitable interest / 86, 188, 212, 216, 222, 272, 278, 281, 282, 285, 315, 323,
364, 381
equitable mortgage / 282
equitable ownership / 196
equitable title / 86, 196, 264, 266
equity / 193, 194, 195, 202

equity acts in personam / 214
 equity's darling / 197
 equity-recht / 194, 195, 206
 erfbelasting / 388
 erfgenaam / 373, 375
 erfgenaam' / 394
 erfgenamen / 302, 391, 395, 397
 erkenningsvraagstuk / 64, 247
 estate / 191
 estate for life / 216
 estate for years / 216
 estate in fee simple / 191, 217, 219
 estate in fee simple absolute / 216
 estate in fee tail / 216
 estateplanning / 254, 360, 372
 Europees Economische Samenwerkingsverband / 42, 124
 evenredig deel van de winst / 108
 ex aequo ac bono / 334, 341
 exclusieve aansprakelijkheid / 123
 executory interest / 218
 exhaustive trust / 222
 expats / 390, 391, 399
 expiration / 217, 218, 219
 Explanatory Report / 229
 extensieve wetsinterpretatie / 255
 extern aansprakelijk / 127
 externe daden van beheer en bestuur / 103
 externe werking / 196

F

faillissement / 83, 229
 familiegelekenissen / 121
 familiestichting / 227, 340, 349, 351, 367, 369, 399, 411
 familievermogen / 359
 family trust / 188, 199, 224, 306, 316, 341
 fee simple / 216, 217, 218, 219
 fee simple absolute / 216, 221
 fee simple determinable / 217, 218
 fee simple subject to a condition subsequent / 217
 Fee tail / 221
 feitelijk beslissingsbevoegd / 341
 feitelijk genietingstijdstip' / 165
 feitelijk recht / 177
 feitelijke beschikkingsmacht / 177
 feitelijke gerechtigdheid / 177, 342
 feitelijke heerschappij / 169
 feitelijke leiding / 302, 303
 feitelijke vestigingsplaats / 306

feodale stelsel / 190, 191, 192, 215
 feoffee to uses / 191, 193
 feoffor / 191, 193
 fictieve verkrijging krachtens erfrecht / 388
 fidei-commis / 263
 fidei-commissum / 189
 fiducia cum amico / 189, 227
 fiducia cum creditore / 189, 227
 fiduciaire eigendomsoverdracht / 227
 fiduciaire rechtsfiguur / 190
 fiduciary power / 211, 222, 223, 314
 fiduciary relationship / 210
 fiduciaverbod / 233
 financiële transacties / 299
 financierings- of geldleningsovereenkomst / 107
 financieringstransacties / 225
 fiscaal bewijsrecht / 177
 fiscaal rechtssubject / 44, 77
 fiscaal transparant / 72, 279, 372
 fiscaal transparante entiteit / 289
 fiscaalrechtelijke erkenning / 246, 255
 fiscaalrechtelijke zelfstandigheid / 296
 fiscale autonomie / 242, 245, 246, 267
 fiscale autonomiebepaling / 244, 245
 fiscale beleggingsinstelling / 71, 290
 fiscale emancipatie van lichamen / 38
 fiscale entiteit / 275
 fiscale erkenning / 239, 240, 243, 262
 fiscale erkenningsregel / 65, 239, 240, 241, 248, 250, 261, 265, 266, 267, 341
 fiscale herkwalificatie / 298
 fiscale jurisdictie / 22, 55, 69, 239, 306, 355, 356, 361, 379, 390, 392, 393, 398, 408, 410
 fiscale jurisdictieafbakening / 314
 fiscale kwalificatie / 66, 118, 239, 262, 264, 276, 288, 289, 315
 fiscale motieven / 362
 fiscale niet-erkenning / 243, 244, 265
 fiscale non-transparantie / 75, 77
 fiscale reconstructie / 276
 fiscale toerekening / 382
 fiscale transitie / 262, 263, 267
 fiscale transitiemethode / 263
 fiscale transparantie / 42, 63, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 90, 97, 118, 144, 145, 156, 157, 160, 161, 181, 286, 288, 289, 290, 298, 312, 373, 383, 385, 390, 393, 397, 405
 fiscale zelfstandigheid / 95, 347
 fiscale-eenheidsregime / 126
 fixed interest / 381
 fixed interest trust / 329

fixed trust / 86, 212, 215, 270, 277, 278, 280, 283, 289, 290, 315, 319, 340
 fixed trusts / 199, 309, 381
 flexibilisering bv-recht / 108
 flexibilisering van het BV-recht / 136
 flow through-benadering / 270
 fonds / 97, 283, 307
 fonds voor gemene rekening / 34, 139, 305, 328
 forfaitair rendement / 168, 353, 371
 formeel eigendom / 272
 formele bevoegdheden / 336, 344
 formele bron / 147
 formele bronbegrip / 147, 170
 formele interpretatie / 141
 fracties / 136
 Franciscaner Orde / 192
 fraus legis / 72, 239, 250, 251, 252, 255, 256, 260, 261, 265, 266, 267, 268, 297, 298
 freehold estates / 216
 fremdkörper / 16
 future interest / 216, 217, 218, 219, 220, 221, 234, 279, 281, 315, 323, 332, 333, 337, 338, 344
 future interest beneficiary / 332

G

garantievermogen / 225
 gastcollege / 55, 254, 371
 gebonden goederengemeenschap / 130
 gebruik en genot / 329
 gebruiks- en genotsrecht / 171
 gedwongen toerekening / 57
 geen enkele rechtsband / 146
 geen nominale waarde / 135
 gelijke of evenredige gedeelten / 108
 gelijkheidsbeginsel / 249
 gemachtigde / 167
 gemengde uitkeringen / 326
 general power / 211
 generiek kwalificatiekader / 106
 genieten / 40, 149, 169, 180
 genieten van inkomsten / 280
 genierter / 151, 163
 genietingstijdstip / 162, 163, 164, 167, 300, 330
 genot / 315
 genotsgerechtigde / 280
 genotsrecht / 280, 319, 320, 329, 334, 337, 338, 339, 343, 345, 362, 363
 gerechtigdheid / 131, 153, 175, 179, 382
 gerechtigdheid tot de stille reserves en goodwill / 154
 gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen / 162

Germaanse Salman / 189
gesplitste inkomstenbelasting / 35
getrapt stelsel / 50
gevolgen fiscale transparantie / 76
GmbH en Co KG / 139
goed koopmansgebruik / 130, 348
goede verdragstrouw / 392
goederenrechtelijke bescherming / 281
goederenrechtelijke kenmerken / 321
goederenrechtelijke rechtsmiddelen / 214
goudstaven / 57
grantor trust / 365
grantor trust rules / 295, 380
Guernsey Trust / 311

H

Haags Trustverdrag / 15, 229, 241
handelsregister / 46, 107
harde juridische beoordeling / 363
health, support and maintenance / 286
heffingsvacuüm / 41, 44, 137, 303, 350, 354, 370, 371, 372, 405
heffingsvrij vermogen / 368
herinvesteringsreserve / 311
herroepelijke schenking / 292
herroepelijke trust / 89, 295
herroepelijkheid / 292
herroepingsmogelijkheid / 291, 292, 295
herroepingsrecht / 291, 300, 312, 365, 366
honorary trust / 199
hoofdgerechtigde / 331, 332
hoofdgerechtigdheid / 337, 364
Horizontale juridische intermediatie / 85
horizontale juridische intermediatie / 78, 79, 80, 84
houder / 168
HTV / 243
hulpmethode / 338
huwelijkgoederenregime / 153, 165
hybrid power / 211
hybride gerechtigdheid / 321
hybride rechtsvorm / 101
hybride trustverhouding / 357

I

ideële of sociale doelstelling / 348
imperfecte trustinstelling / 266
implied trust / 198, 266
in aandelen verdeeld kapitaal / 100, 105, 108, 114, 132
in naam en voor rekening van / 81

inbreng / 340, 394
 inbrenger / 302, 356, 373, 374, 381, 391, 397
 inbreukregel / 335, 338, 344, 364, 407
 income / 200
 incorporatiestelsel / 65
 indefeasible vested remainder subject to open / 220
 indefeasibly vested / 219, 221, 279, 332
 indefeasibly vested interest / 219
 indefeasibly vested remainder / 219
 indefeasibly vested reversions / 332
 indirecte doorwerking van het HTV / 242, 246, 247, 267
 indirecte gerechtigheid / 180
 indirecte heffing / 51
 indirecte relatie / 146
 injunction / 214
 inkomensbestanddeel / 149
 inkomst / 169, 280
 inkomsten uit vermogen / 324
 inkomstenbelastingdimensie / 26, 40, 41, 43, 93, 143, 146, 147, 152, 155, 156,
 159, 162, 179, 181, 403, 404
 inkomstencomponent / 316
 inpassing van rechtsvormen / 78
 inpassingsvoorstel / 346, 369
 instellingen van de doode hand / 52, 68, 82, 145, 152
 integratie / 239
 inter vivos / 198, 230
 interest in possession / 279, 285, 288
 interings- en vervreemdingsbevoegdheid / 321, 323, 336
 intermediatie / 69, 80, 90, 122, 143, 273, 274, 276, 291, 296, 335
 intermediatieschema / 84
 intermediatievarianten / 78
 intermediatievormen / 78, 123
 intern draagplichtig / 103
 internationaal privaatrechtelijke erkenningsregel / 242
 internationale privaatrechtelijke hoofdregels / 229
 interne aansprakelijkheid / 127
 interpretatio in absurdum / 293
 Invoeringswet titel 7.13 BW / 96, 107, 124, 155
 invordering van belastingenschulden / 373
 invorderingsfaciliteit / 395
 invorderingsregeling / 377
 irrevocable discretionary trust / 173, 177, 179, 258, 275, 276, 289, 294, 309,
 311, 359, 372, 375
 irrevocable fixed trust / 277, 282, 311, 316
 irrevocable trust / 292, 294, 296
 Italiaanse wetgeving / 354

J

jaarlijkse trustinkomsten / 323
jaarwinst / 162
Jersey Trust / 253
joint tenancy / 80
joint venture / 126
juridisch afdwingbaar recht / 382
juridisch afdwingbare verplichting / 369
juridisch genietingstijdstip / 165
juridische afdwingbaarheid / 175, 176, 348
juridische basis voor toerekening / 166
juridische beschikkingsmacht / 278, 281
juridische eigenaar / 156
juridische eigendom / 107, 155
juridische gerechtigdheid / 154
juridische intermediatie / 64, 76, 80, 126, 279, 291, 295, 300, 356
juridische intermediatie met vertegenwoordiging / 78, 81, 86
juridische intermediatie van de Anglo-Amerikaanse trusts / 84
juridische macht / 169
juridische vormgeving / 177

K

kabinetsstandpunt / 294, 350
kanaal / 52, 131, 138, 279, 344, 366, 375, 378, 380, 381, 388, 391, 395
kapitaalbeschermingsregels / 95, 99
kapitaaldeelname / 108
kapitaalselement / 337
kapitaalvennootschap / 108, 130
kapitaalverschaffer / 94, 99, 114, 119
kapitalisatiefactor / 337, 338
kapitalisatiemethode / 338
kasstelsel / 162, 180, 182
kerkgenootschap / 307
klasse van beneficiaries / 204, 213, 357
klasse van uitkeringsgerechtigden / 209
klassiek stelsel / 37, 52
klassieke rechtspersonen / 101, 132
klassieke rechtspersoonlijkheid / 67, 98, 117, 122, 142, 405
koningin aller belastingen / 39
kruisvaarders / 189
kwalificatiebesluit / 100, 112, 121, 132, 181
kwalificatiebesluit 1997 / 100, 102, 104
kwalificatiebesluit 2004 / 102, 106, 110, 130, 134, 272
kwalificatiebesluit 2009 / 106, 108, 109, 110, 135, 136
kwalificatiecriteria / 68, 70, 93, 107, 108, 120, 123, 181
kwalificatieleerstuk / 64, 84
kwalificatiemodel / 89, 141, 181, 270, 271, 277, 278, 279, 283, 289, 345
kwalificatieproces / 77, 90, 135, 239

kwalificatieregels / 378, 390
kwalificatievraagstuk / 40, 71, 73, 121, 148, 151, 283
kwalitatieve verbintenissen / 196
kwaliteitsrekening / 227, 228, 234

L

land law / 215
land van herkomst / 264
launcher and the rocket / 229, 241
leasehold estate / 216
leenheer / 190
leenheerlijke gerechten / 192
leenman / 190
leer van de eenheid der rechtsorde / 30
leerstuk van de wetsontduiking / 250, 259
legal interests / 216
legal owner / 85, 272, 278, 281, 332
legal ownership / 196
legal title / 86, 188, 194, 195, 196, 199, 206, 226, 264, 278
legaliteitsbeginsel / 29, 48
legitieme (neven)doelstellingen / 254
legitieme portie / 233, 360
letter of instructions / 178
letter of wishes / 178, 208, 213, 222, 275, 312, 357, 380
lex fori / 232
lichaam / 49, 58, 302, 308, 311, 347
lidmaatschap / 134
life estate / 218, 219, 221
life estate determinable / 217
life estate subject to a condition subsequent / 217
life interest / 219, 222, 285, 315, 319, 364
life interest trust / 262, 277, 279, 285, 319, 321, 337, 348, 364, 381
life tenant / 216, 262, 277, 279, 280, 285, 320, 321, 323, 329, 337, 364
lijst met samenwerkingsverbanden / 107
limitation / 217
liquidatie / 293
liquidatiesaldo / 72, 108, 133, 134, 135, 138, 154, 155, 157, 160, 162
liquiditeitsproblemen / 371
living trust / 200
LLC / 111, 133
Lord Chancellor / 192, 193
louter economische of fysische intermediatie / 78, 79
louter fysische en economische intermediatie / 85
louter fysische of economische intermediatie / 79

M

maatschap / 80, 118
maatschappelijk kapitaal / 134

maatschappelijke verhoudingen / 176, 177
 maatschappelijke zelfstandigheid / 98
 management-BV / 72
 Massachusetts / 225
 materiële bron / 147
 materiële invoed / 380
 materiële onderneming / 153
 materiële terugwerkende kracht / 377
 medegerechtigde / 152, 158, 161
 medegerechtigdheid / 136, 157, 160
 meer dan een blote verwachting / 172, 175, 177, 180, 275, 290, 342, 362, 363,
 376, 384, 394
 memoranda of wishes / 179
 motiefvereiste / 251

N

naadloos sluitend stelsel / 51
 naamlening / 81
 naamloze vennootschap / 68, 94, 99
 nalatenschap / 219
 Natuurschoonwetlichamen / 71
 Nederlandse belastingstelsel / 17, 29, 31, 39, 45, 63, 78, 88, 93, 342, 345, 396,
 405
 Nederlandse familiestichting / 399
 Nederlandse situsgoederen / 306
 Nederlandse stichting / 227, 307
 Nederlandse trust / 360
 negeren van de civielrechtelijke werkelijkheid / 388
 netto inkomen / 286
 neutraliteitsgedachte / 131
 niemands rekening en risico / 87
 niet in rechte vorderbare periodieke uitkeringen / 362
 niet rechtstreeks genieten / 283
 niet-aansprakelijke vennoot / 106
 niet-aansprakelijkheid / 95, 99, 112
 niet-afgezonderd particulier vermogen / 397
 niet-afgezonderd vermogen / 22, 390, 391, 395
 niet-belastingplichtig subject / 55
 niet-belastingplichtige / 257
 niet-discretionair gedeelte / 381
 niet-discretionaire juridische intermediaatie zonder vertegenwoordiging / 78,
 81, 86, 88, 90
 niet-fiscaal geïndiceerde omstandigheden / 252
 nietig / 207
 niet-inroepen van juridische gebreken / 176
 niet-nijvere stichting / 298
 niet-onderworpen APV / 379, 383, 385, 390, 395
 niet-rechtspersonen / 34, 42, 44

niet-rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvorm / 106
 niet-rechtstreeks genieten / 287
 niet-rechtstreeks voor andermans rekening en risico / 83
 niet-rechtstreekse aanspraak / 283
 niet-trustland / 230
 niet-verwanten tarief / 388
 nieuw object / 77
 nieuwe bron / 322
 Nieuw-Zeeland / 384
 non-freehold estates / 216
 non-possessory / 279
 non-possessory interest / 216
 nonreversionary / 218
 nonreversionary interest / 218, 309
 nonreversionary interests / 218
 non-transparante entiteit / 48, 113, 180, 275, 276, 285, 300, 381
 non-transparante entiteiten / 283
 non-transparante rechtsvorm / 64
 non-transparantie / 90, 105, 121, 271, 278, 283, 300, 330
 noodsituatie / 293
 normaal type / 68, 121
 normaal type-begrip / 67
 normvereiste / 251, 255, 259
 notaris / 228
 novemberarresten / 55, 173, 240, 241, 242, 247, 248, 250, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 263, 274, 276, 360, 371, 372, 373, 388
 nultarief / 71

O

object van heffing / 59
 objectieve bronnen / 149
 objectieve onderneming / 152
 objectmutatie / 151
 objectverdwijning / 152
 Offene Handelsgesellschaft / 110
 onafhankelijkheid / 314
 Onbelast 'zwevend' vermogen / 54
 onbelast zwevend vermogen / 16, 300, 344, 346, 348, 354, 355, 356, 358, 361, 370, 371, 372, 376, 397, 401, 407, 408, 409
 onbelast) 'zwevend vermogen' / 257
 onbelaste certificering / 311
 onbelaste sfeer / 29, 48, 49, 50, 55, 62
 onbenut laten van rechten / 176
 onbeperkt en beperkt belastingplichtigen / 58
 onbeperkt of voor een gelijk deel aansprakelijk / 103
 onbeperkte aansprakelijkheid / 105, 107, 121, 126, 281
 onbeperkte belastingplicht / 60, 61, 346, 366
 onderliggende vermogensbestanddeel / 320

ondernemer / 94, 119, 152, 157, 158, 161
 ondernemersbegrip / 157
 ondernemersfaciliteiten / 157, 158
 ondernemersrisico / 157
 onderneming / 98, 154
 ondernemingsgerichte trustvormen / 224
 ondernemingsvermogen / 153
 onderworpen APV / 363, 385
 onderworpen en niet-onderworpen APV's / 376
 onderworpenheid / 49
 oneigenlijke gebruik / 251
 ongeclausuleerde toerekening / 380
 ongedaanmakingsverbintenis / 292
 onmiddellijke vertegenwoordiging / 81
 ontbindende voorwaarde / 292, 327
 ontbreken van een kanaal / 366
 ontbreken van iedere gerechtigdheid / 180
 ontgaansmogelijkheden / 258
 ontoereikende wetgeving / 260
 ontslag van bestuurders / 134
 onvolkomen fiscale transparantie / 75, 76, 77, 90
 onzelfstandigheid / 89
 onzuivere discretionary trust / 339, 341
 ook overigens niet feitelijk voor rekening en risico van / 112
 ook overigens voor rekening en risico van-criterium / 109
 oorspronkelijk object / 78, 146
 oorspronkelijk subject / 78, 146
 oorspronkelijke gerechtigdheid / 145
 oorspronkelijke relatie / 145
 open commanditaire vennootschap / 34, 46, 67, 105, 113, 114, 115, 138, 139, 155, 304
 open en vage normen / 394
 open fonds voor gemene rekening / 43, 60, 61, 113, 138, 304, 308, 327, 347
 open karakter / 95, 104, 117, 138, 146
 open rechtsverhouding / 278
 open rechtsvorm / 68, 84, 101, 144, 146, 159
 openbare registers / 231
 openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid / 96, 124
 oprichtersbevoegdheden / 178
 opschortende en/of ontbindende voorwaarden / 335
 opschortende voorwaarde / 220, 279, 327, 331
 optioneel regime / 389
 overdraagbare gerechtigdheid / 147, 152
 overdracht van een equitable interest / 282
 overdrachtsprijs / 310
 overeenkomst / 310, 325, 343, 361
 overgangsbepaling / 326
 overgangsrecht / 324, 332, 343, 377

overgangsregime / 325
overig vermogensrecht / 173, 179, 288, 312, 333, 337, 340, 344, 363, 364
overige rechtsfiguren / 101, 102
overige samenwerkingsverbanden / 101
overkill / 259, 369, 374, 375, 394, 397
overlapping / 47
overschotmethode / 316
OVR / 155

P

p.u. / 338, 345, 363, 382
p.u.-definitie / 319
parlementair advocaat / 392
partial sham / 207, 341
participatie / 100
participaties / 98, 100, 105, 135, 159, 226
particulier doelvermogen / 366, 396
partieel fiscaal transparant / 104
partnership / 84, 129
parts / 136
passive trustee / 215
Patentwet 1819 / 36
pension trust / 199, 226
periodieke heffing / 359
periodieke uitkering / 263, 283, 285, 286, 288, 317, 318, 332, 376
perpetuity-tijdslijn / 219
personal power / 223, 314
personenvennootschap / 96, 108, 118, 128, 136
personificatie / 274
personificatie van de trust / 269
persoonlijk genotsrecht / 163, 168, 364
persoonlijk recht op inkomsten en opbrengsten / 322
persoonlijk recht van vruchtgenot / 164, 321
persoonlijk vorderingsrecht / 321
persoonlijke band / 98
persoonlijke rechtsmiddelen / 214
piercing the corporate veil / 70
possession / 218
possibility of reverter / 218, 219, 220
potentiële bron / 147
power / 209, 210, 211, 223
power of advancement / 211
power of appointment / 211, 213
power of maintenance / 211
power of termination / 221
power to revoke / 23, 88, 200, 207, 209, 214, 291, 293, 297, 299, 303, 312, 343, 363, 365, 406
power to terminate / 207

premie / 325, 343, 361, 406
 premie voor een verzekering / 325
 premieaftrek / 326
 premiebetaling / 325
 premies / 325
 present and future interests / 216
 present enjoyment / 331
 present interest / 221, 315
 present interests / 216, 323, 329, 333
 prestatie / 288, 316, 343
 primaire aansprakelijkheid / 105, 126
 primaire rechtsgrond / 39, 151, 308
 principaal / 81
 principal / 200
 privaatrechtelijk misverstand / 130
 private and public trusts / 199
 private express trust / 21, 22, 197, 198, 199, 224, 225, 227, 270, 315, 366, 402
 private trust / 282
 privéaansprakelijkheid trustee / 272
 probate / 224
 Proeve van een Successiewet 2001 / 349
 protective trust / 222, 224, 229
 protector / 174, 178, 209, 222, 223, 231, 234, 253, 255, 303, 308, 312, 314, 339, 343, 406
 purpose trust / 225

Q

Qualified Domestic Trust / 285, 286
 Qualified Pension Trust / 226
 quasi-kapitaalvennootschappen / 110
 Quistclose Trust / 225

R

Rapport van PwC / 369
 Rapport Von Overbeck / 245
 Real Estate Investment Trust / 226, 282
 recht / 172, 176, 212, 215, 222, 290, 320, 334, 362
 recht op inkomsten en opbrengsten' / 322
 recht sui generis / 175, 287, 300, 311, 320, 328, 332, 338, 362, 383, 390
 recht tot afgifte van een inkomst / 164
 rechten sui generis / 277, 281, 291, 304, 309, 315, 354, 369, 376
 rehtens dan wel in feite, direct of indirect / 373, 374
 rechthebbende / 166, 168
 rechtsband / 144, 145, 176
 rechtskeuze / 230
 rechtspersoon / 34, 68, 83, 178, 274, 307, 318, 341, 344
 rechtspersoonlijkheid / 33, 82, 94, 98, 105, 111, 116, 117, 118, 119, 121, 129, 228, 264, 383

rechtspersoonlijkheid van personenvennootschappen / 155
 rechtssubject / 33, 66, 68, 71, 121, 135, 143, 271, 274
 rechtssubjectiviteit / 50, 61, 66, 72, 74, 95, 122
 rechtstreeks genieten / 101, 278
 rechtstreeks rechthebbende / 287
 rechtstreeks toekomen / 118, 120, 121
 rechtstreekse gerechtigdheid / 93, 110, 112, 118, 121, 147, 153, 155, 180, 278
 rechtstreekse toerekening / 73, 84
 rechtstreekse verbondenheid / 157
 rechtsverwerking / 258
 rechtsvorm / 136, 181, 281
 rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting / 115, 119
 rechtszekerheid / 392
 Red Cross Trust / 208, 341
 reële aanknopingspunten / 250, 252
 reële heffing / 385, 387, 389, 392, 393
 reële heffingstoets / 260, 376, 384, 387
 regeling voor gegevensuitwisseling / 354
 regime voor particuliere doelvermogens / 366
 REIT's / 305, 328
 rekenregel / 326
 remainder / 203, 216, 218, 219, 220, 279, 315, 332
 remainder interest / 198, 279, 331, 338
 remainderman / 277, 279, 285, 337, 364
 rendementsgrondslag / 168, 288, 324, 376, 381
 restcategorie / 307
 restcriterium / 112
 resultaat uit overige werkzaamheden / 316
 resulting trust / 198, 202, 266
 reversion / 218, 220, 266, 338
 reversionary interest / 218
 revocable discretionary trust / 273
 revocable trust / 276, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 363, 365, 366,
 375, 405
 richtige heffing / 38
 right in personam / 321
 right in rem / 321
 right of entry / 217, 218, 220
 right to enforce claims / 213
 right to information / 212
 right to terminate a trust / 213
 risico / 97
 risico van alle waardeveranderingen / 156
 risico van tenietgaan / 156
 robuust / 394
 robuuste regeling / 367
 Romeins recht / 188, 189, 234
 Romeinsrechtelijke / 16, 196, 321, 401

rookgordijnen / 342
rule against accumulations / 205
rule against inalienability / 204, 205
rule against perpetuities / 204, 205, 219
rule against the remoteness of vesting / 205

S

saldomethode / 284, 316, 318, 326, 406
samenhang tussen inkomsten- en vennootschapsbelasting / 44
samenwerkingsverband / 100, 106, 109
Saunders v. Vautier / 206, 207, 279, 282
SBBI / 368, 375
schatvinding / 57
schenk- en erfbelasting / 367
schenkelasting / 309, 368, 388
schenking / 339, 359, 376
schenkings- of successierecht / 358
schenkingsbewind / 229
schenkingsrecht / 227, 256, 274
schijnhandeling / 112, 208, 298, 329, 342
Schönheitsfehler / 37
schorsing / 134
schuld / 168, 384
schuldenaar / 284, 317, 318, 319
secundaire rechtsgrondslag / 43
separate karakter van het trustvermogen / 228
sfeerovergang / 352
sham / 208, 223, 312
share / 279
simple trust / 215
simultane gerechtigdheid / 80
slechts gerechtigd tot voordelen uit aandelen / 331
Société à Responsabilité limitée / 44, 110
special power / 211
Special Purpose Vehicle / 225
specifiek object / 143
spendthrift trust / 222, 224, 229
SPF / 55, 178, 375
splitsingsleer / 105, 115
stamrecht / 320, 322, 323
stamrechtvrijstelling / 326
stapelstructuren / 141
statutaire verhoudingen / 141
Statute of Uses / 193
statuten / 134
statutory trust / 198
Stelselwet 1821 / 31
Stelselwet van 1821 / 35

stemrecht / 135
 stemrechten / 133
 stereotype ondernemers / 153, 156, 162
 steunfunctie / 41, 42, 43, 44, 47, 52, 59, 60, 61, 62, 84, 347, 353
 stichting / 37, 39, 49, 50, 53, 59, 60, 67, 72, 74, 99, 102, 107, 132, 145, 177,
 227, 234, 254, 255, 257, 262, 297, 300, 304, 306, 307, 308, 343, 376
 stichting administratiekantoor / 228, 372
 stichtingachtige rechtsfiguren / 344
 stichtingentype / 305
 stichtingsfiguur / 296
 stichtingsvermogen / 296
 stille maatschap / 157
 stille reserves / 162
 stroman / 167, 310, 329
 subject and object matters / 286
 subject to complete defeasance / 220
 subject to open / 220
 subject van heffing / 48
 subject/object-verhouding / 52
 subjectgerichte insteek / 115
 subjectgerichte opzet / 48
 subjectgerichtheid / 48, 50, 53, 58, 62, 93, 106
 subjectief ondernemerschap / 153
 subjectieve belastingplicht / 302, 354
 subjectieve bronnen / 149
 subjectieve vrijstelling / 71
 subjectmutatie / 151
 subordination trust / 225
 subrogatie / 272
 subsidiaire aansprakelijkheid / 105, 107, 126
 substitutie / 266
 substitutie door nihil / 193
 subtrust / 323, 369
 subtrustvermogen / 323
 sui generis-methode / 262, 263
 Supreme Court of Judicature / 194

T

tegenwaarde voor een prestatie / 284, 287, 290, 316, 317, 318, 325, 326, 340,
 362, 382, 383
 tenancy in common / 215
 tenant in fee simple / 216
 tenant in fee tail / 216
 terbeschikkingstellingsregeling / 165, 351, 352, 368, 387
 term of years / 219
 territorialiteitsbeginsel / 393
 teruggaafregeling / 377
 terugwerkende kracht / 88, 312

testamentair bewind / 229
 testamentary trust / 198, 201, 202, 205, 283, 285
 The American Law Institute / 269
 timing / 300
 toekomstig gebruik en genot / 219
 toekomstig risico / 128
 toepasselijke recht / 230
 toerekenbaar / 275
 toerekening / 112, 144, 151, 169, 178, 179, 267, 296
 toerekening 'umsonst' / 379, 384
 toerekening aan de inbrenger / 391
 toerekening aan erfgenamen / 391
 toerekening van het object aan het subject / 146
 toerekening van inkomen en/of vermogen / 73, 98, 273
 toerekeningscentrum / 74, 77, 84, 90, 144, 145, 151, 256, 276, 300, 315, 363, 373, 376, 379, 384, 385, 404, 408
 toerekeningsfictie / 57, 260, 372, 373, 375, 376, 377, 378, 381, 383, 385, 388, 390, 392, 401, 408
 toerekeningspunt / 75
 toerekeningsregels / 379
 toerekeningsregime / 380, 381, 384
 toerekeningsstop / 373, 376, 384, 385, 387, 389, 390, 393, 409
 toestemmingsvereiste / 141
 toezegging op uitkeringen / 340
 total sham / 207, 341
 toverformule / 286
 tracing / 195, 196, 214
 trading trust / 225
 traditionele trustlanden / 222
 transfer in trust / 201
 transitiemethode / 262
 transparance fiscale / 280
 transparant / 275, 287, 293
 transparante rechtsvorm / 64
 transparante stichting / 72, 73, 295
 transparantie / 90
 transparantiegedachte / 159
 transparantieovereenkomst / 294, 372
 transparantievraagstuk / 276
 transportband / 150
 Treuhand / 189
 trust / 275, 284, 300, 306, 309, 318, 359
 trust accounts / 213
 trust corporation / 209
 trust corpus / 285
 trust deed / 357
 trust documents / 213
 trustaanspraak / 336

trustachtige figuren / 227
trustadministratie / 223
trustakte / 207, 210, 222, 264
trustbesluit / 174, 177, 257, 372
trustbetrokkenheid / 339
trustconstructies / 362
trustcreatie / 201
trusteeship / 209, 211
trustgoederen / 275, 279
trusthokje / 314, 343, 362
trustinkomen / 273, 277, 285, 287, 324
trustkapitaal / 277, 285, 286, 324, 330, 336
trustland / 241, 248, 251, 261, 268, 295
trustrechten / 333
trustuitspraken / 248
trustverhouding / 286
trustvermogen / 211, 274, 283, 304, 330
trustzaken / 282
tussenpersoon / 167
twee sporenbenadering / 110

U

uitbreiding fiscale jurisdictie / 354
uitdelingsbelasting / 37
uitdelingsbesluit / 95, 99, 100, 104, 112, 121, 123, 128, 272
uitdelingsverplichting / 71
uiteindelijk gerechtigde / 378
uitkeringen / 315, 317
uitkeringen die afhankelijk zijn van één of meer levens / 337
uitkeringen met een vaste looptijd / 337
uitkeringen onafhankelijk van een leven / 337
uitkeringenbeleid / 209
uitkeringenverbod / 178, 228, 360
uitvoeringspraktijk / 371
uitvoeringstechnische problemen / 298
uniforme toepasbaarheid van de kwalificatiecriteria / 67
unit holders / 226
Unit Investment Trust / 304
Unit Trust / 226, 282, 328
units / 289
universeel / 69
use / 189, 191
use upon a use / 193

V

vacuüm / 57
vangnetbepaling / 357
vaststellingsovereenkomst / 377

- vehikel / 371
- vennootschap / 304, 328
- vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal / 99, 113, 132, 303, 327
- vennootschap onder firma / 80, 118, 123
- vennootschappelijke structuur / 135
- vennootschapsbelasting / 377
- vennootschapsbelastingdimensie / 41, 94, 122, 141, 144, 156, 162, 179
- vennootschapscontract / 130
- vennootschapsorgaan / 128
- vennootschapsvermogen / 160
- vennoten / 155
- verarming / 358, 376
- verbintenisrechtelijke karakteristieken / 321
- verbintenissen betreffende de onderneming / 161
- verbonden lichaam / 49
- verbonden persoon / 368, 369
- verbondenheid / 377, 385
- verbondenheidscriterium / 157, 161
- verdragstechnisch misverstand / 245
- vereenzelviging / 311
- vereniging / 99, 132, 304, 307, 308
- verhaalsmogelijkheden / 377
- verhaalsproblemen / 377
- verhandelbaarheid / 136
- verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid / 305
- verhandelbare participaties / 101
- verhuursituatie / 320
- verkrijger / 274
- verkrijger krachtens erfrecht / 375
- verkrijgingsprijs / 310
- verlengstuk / 52
- verlengstukgedachte / 125
- verliesverrekening / 125
- vermogensbestanddeel / 147, 166
- vermogensinkomsten / 150
- vermogensrecht / 170, 179, 343
- vermogensrecht met een waarde in het economische verkeer / 333
- vermogensrechtelijke aanspraak / 315
- vermogensrechtelijke p.u. / 344, 383
- vermogensrechtelijke periodieke uitkeringen / 316
- vermogensrendementsheffing / 40, 168, 332
- vermogensscheiding / 95, 99, 125
- vermogenswaarde / 331
- verplichting / 365, 381
- verrijking / 358
- vertegenwoordiger / 167
- vertegenwoordiging / 82
- vertegenwoordiging van een rechtspersoon / 81

vertegenwoordigingsrelatie / 78
 vertegenwoordigingsverhouding / 279
 vervreemdbaarheid / 222
 vervreemding / 310, 361, 383
 vervreemding tegen zakelijke voorwaarden / 356, 374
 verwachting / 83, 176, 212, 222, 336, 338, 362
 verzekering / 325
 verzekeringsmaatschappij / 318
 verzelfstandiging / 33, 34, 84, 141
 vested / 214, 218, 279
 vested interest / 218, 220
 vested remainder / 219, 221
 vested remainder for life / 219
 vested remainder for life, subject to open / 220
 vested remainder subject to a limitation / 219
 vested remainder subject to complete defeasance / 219
 vested subject to complete defeasance / 219, 221
 vested subject to open / 220, 221, 332
 vestigingsplaats / 69, 302
 vestigingsplaatsfictie / 303, 352, 354, 355, 357, 358, 359, 361, 367, 369, 370, 389, 393, 394, 396, 398, 408, 410
 vestigingsplaatsficties / 398
 vetorecht / 223
 VOF / 158
 volle eigendom / 335
 volontaire trusts / 230
 voogd / 81
 voor bezwaar vatbare beschikking / 368
 voor eigen rekening en risico / 83
 voor rekening en risico van / 82, 94, 142
 voor rekening en risico van-criterium / 101, 104, 110, 111, 120, 121, 132, 151, 156, 158, 283
 voor rekening en risico van-entiteiten / 136
 voor rekening van / 159
 voor rekening van'-criterium / 153
 voorbehoud te maken bij art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag / 396
 voordelen uit de aandelen / 330
 voorkoming van dubbele belastingheffing / 373, 378
 Voorstel PwC / 351
 voorwaardelijk recht / 174
 vorderbaar en tevens inbaar / 163
 vrij overdraagbaar / 137
 vrije beroepen / 149
 vrije overdraagbaarheid / 138
 vrije toe- en uittreding / 84, 106, 108, 109, 114, 117, 121, 137, 282, 304
 vrije verhandelbaarheid / 94, 98, 103, 105, 113, 118, 128, 133, 159
 vrije verhandelbaarheid van participaties / 119, 120
 vrije vervangbaarheid / 116, 118, 138

vrijgestelde bezittingen / 383
vrijgevigheid / 253
vruchten / 280
vruchtgebruik / 75, 148, 163, 262, 263, 280, 281, 285, 319, 320, 321, 322, 323,
324, 331, 335, 337, 364
vruchtgebruiker / 154, 166, 280, 321
vruchtgenot / 283

W

waarde in het economische verkeer / 170, 310, 312, 314, 332, 334, 343, 344
waardebepaling / 334, 407
waardemutatie / 171
waardepapier / 328
waardering / 299, 312
waardering ex aequo ac bono / 334, 335
waardering van trustrechten / 318
waarderingsdiscussie / 176
waarderingsregels / 344
waarderingssystematiek / 325
waarderingsvoorschrift / 325, 332, 334, 336, 337, 338, 345, 364
waarderingsvraagstuk / 335
Waqf / 190
WCT / 233
werknemer / 166, 386
Wet conflictenrecht corporaties / 65
Wet conflictenrecht trusts / 17, 233, 243, 256, 313
Wet op de belasting van de Doode Hand 1934 / 53, 352
Wet op de Inkomstenbelasting 1914 / 35
Wet op de vermogensbelasting 1964 / 285
wet van de uitgesloten derde / 76
wettelijke en buitenwettelijke transparantie / 71
wettelijke transparantie / 71, 72, 77, 89
wettelijke vertegenwoordiging / 81
wijziging van het uiteindelijke belang / 311
wilsrechten / 176
winst uit onderneming / 60, 316, 347
Winstbelasting 1940 / 38
winstbestemming / 130
winstbewijs / 328, 329, 380
winstgenieter / 152, 153, 157, 161
winstreserves / 162
winstverdeling / 134
Wittgenstein / 67
writs / 192, 193

Z

zaak / 170, 180
zakelijk recht / 322

zakelijk recht tot gebruik en genot / 164
zaken / 178
zeggenschap / 56, 72, 108, 133, 135, 136, 177, 178, 288, 293, 299, 312, 379
zeggenschapsrechten / 135
zeggenschapsrelatie / 134
zekerheidstellingen / 124
zelfstandig rechtssubject / 274
zelfstandig trustvermogen / 281
zelfstandige eenheid / 95
zelfstandige entiteit / 95, 264, 275, 284, 289, 315, 345
zelfstandige fiscale kwalificatie / 30
zelfstandige verschijningsvorm / 78
zelfstandigheid / 33, 42, 48, 73, 83, 87, 88, 93, 95, 113, 271, 274, 348, 402
zonder toestemming van alle / 139
zorgvuldigheid / 210
zuivere discretionary trust / 271, 338
zuivere fixed trust / 286
zwarte schaap / 375
zwevend vermogen / 53, 56, 255, 256, 258, 261, 275, 277, 371, 381

Curriculum vitae

Mr. J.P. (Koos) Boer (1978) studeerde Nederlands recht (civiel recht) en Fiscaal recht aan de Universiteit Leiden (beide *cum laude*) en is sinds 2002 verbonden aan de afdeling Belastingrecht van deze universiteit. Tevens is hij werkzaam bij Deloitte Belastingadviseurs BV en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Haarlem.

