

Transparantie versus toerekening Afgezonderd Particulier Vermogen

Vervreemding van een aanmerkelijk belang, een grensverkenning?



Aukje (A. F.) Graafmans

Goirle, 22 december 2014

Transparantie versus toerekening Afgezonderd Particulier Vermogen

Vervreemding van een aanmerkelijk belang, een grensverkenning*?

Naam: Aukje (A.F.) Graafmans
Studentnummer: 2192535
Opleiding: Fiscaal Recht en Economie, Fontys Hogeschool Eindhoven
Scriptiedocent: G.A.C. Aarts
Begeleiders intern: W. van der Avoird en J. de Jong
Datum: 22 december 2014

* NTFRB2014-3, L.J.A. Pietserse

Voorwoord

Deze afstudeerscriptie is geschreven ter afsluiting van mijn opleiding Fiscaal Recht en Economie aan de Fontys Hogeschool te Eindhoven. Sinds november 1993 werk ik bij de Belastingdienst in Tilburg. Tot eind 2003 heb ik op de administratie omzetbelasting, inkomstenbelasting, de klantendienst ondernemingen en wederom de inkomstenbelasting gewerkt. In 2004 ben ik gestart met de interne E-opleiding van de Belastingdienst voor kantoortoetser inkomstenbelasting ondernemingen. Na ruim 6 jaar vond ik het tijd om weer aan mijn ontwikkeling te werken en ben ik in september 2011 gestart met de opleiding Fiscaal Recht en Economie aan de Fontys Hogeschool te Eindhoven.

Op het moment dat ik dit onderwerp voor mijn scriptie heb gekozen, werk ik pas een half jaar voor het project "Afgezonderd Particulier Vermogen" (APV). Het werk wat behoort bij dit project vond ik zo interessant dat ik op zoek ben gegaan naar een casus die voor mij twee doelen heeft. Het eerste doel is het afronden van mijn opleiding Fiscaal Recht en Economie en ten tweede, het vergaren van de benodigde kennis om goed te kunnen meedraaien in het project.

Wat mij aanspreekt in de casus is dat er nog veel onduidelijkheid bestaat over toerekening of transparantie in de APV's. De casus zorgde voor een meningsverschil tussen belastingambtenaren onderling, maar ook voor onzekerheid bij belastingadviseurs. Persoonlijk wil ik altijd graag weten hoe iets in elkaar steekt, maar ik ben me er ook van bewust dat dingen niet altijd zwart-wit zijn. Dat maakt deze casus voor mij geschikt als afstudeerscriptie.

Ik wil mijn twee collega's van het project APV, de heer W. van der Avoird en de heer J. de Jong bedanken voor het lezen van mijn scriptie, het geven van feedback en de vele gesprekken die we gevoerd hebben om de casus te kunnen doorgronden. Verder wil ik de heer G.A.C. Aarts, mijn scriptiebegeleider van Fontys Hogescholen bedanken voor zijn enthousiasme over het onderwerp, zijn snelle reacties en prettige begeleiding. Als laatste, maar zeker niet de minste wil ik mijn dierbare gezin bedanken voor al hun geduld en steun tijdens mijn stressmomenten vóór en tijdens de tentamens gedurende mijn opleiding. Na drie en een half jaar studie heb ik het vooral aan hen te danken dat ik mijn studie heb kunnen afronden. Ik draag mijn afstudeerscriptie met liefde aan hen op.

Goirle, 22 december 2014

Aukje (A.F.) Graafmans

Samenvatting

Per 1 januari 2001 is er een aanpassing op de Successiewet 1956 in werking getreden. Tegelijkertijd vindt de introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen plaats in de Wet IB 2001 en de Successiewet 1956. De introductie vindt zijn oorsprong in het feit dat er een heffingslek dreigt te ontstaan in de inkomstenbelasting en schenkings- en successierecht omdat particulieren steeds vaker vermogen ging afzonderen. Eind jaren tachtig werd steeds meer aan 'estate-planning' gedaan. De buitenlandse trust of een Antilliaanse Stichting Particulier Fonds bleken sterk in trek te zijn om particulier vermogen af te zonderen.

Tot 1 januari 2010 was er veel onzekerheid over de manier waarop de trust en andere doelvermogens fiscaal behandeld dienden te worden. Er bestond voor het doelvermogen geen specifieke regel- en/of wetgeving. Tot 1 januari 2010 werd in de dagelijkse praktijk steeds terug gevallen op arresten van de Hoge Raad. Door ondertekening van het Haags Trustverdrag, heeft Nederland de doelvermogens in de internationale regelgeving civiel rechtelijk erkend. In een besluit van de Staatssecretaris van Financiën wordt een fiscaal behandelkader uiteengezet dat aansluit op de Trustarresten.

Sinds 1 januari 2010 spreken we niet meer van doelvermogens, maar spreken we over een Afgezonderd Particulier Vermogen. Door de wetswijziging per 1 januari 2010 is uiteindelijk een wettelijke basis in de Wet IB 2001 opgenomen om inkomstenbelasting te heffen bij de in Nederland belastingplichtige inbrenger van een APV. Hoofregel is fiscale transparantie over de wetten heen en dient er toegerekend te worden aan diegene die de vermogensbestanddelen heeft ingebracht, de toerekeningsfictie. Tijdens de parlementaire behandeling werd veelal toerekening en transparantie door elkaar gebruikt. De wet in combinatie met de parlementaire behandeling is niet duidelijk met als gevolg dat er per individuele casus flinke discussies ontstaan onder fiscalisten of er nu sprake is van toerekening of transparantie. Naar mijn mening is het uitgangspunt; toerekening, maar dan slechts voor het discretionaire deel. Het discretionaire deel is dat deel waarvan niet bepaalbaar is aan wie er rechten zijn toegekend.

De afgelopen jaren is nog steeds gebleken dat belastingplichtigen het APV-regime gebruiken om aan de heffing over het inkomen uit AB te ontkomen d.m.v. de toerekeningsstop. Een veel voorkomende constructie is omschreven in mijn casus. Hierbij wordt, zonder dat er een belaste handeling plaatsvindt, een AB in een beleggingsvennootschap ingebracht in een APV. Vervolgens wordt er voor gezorgd dat het APV wél in een winst wordt betrokken naar een reële heffing. De adviseur is van mening dat het niet langer toerekenen van het in het APV aanwezige AB aan de inbrenger d.m.v. de toerekeningsstop niet leidt toe een belaste (fictieve) vervreemding van het AB. Vanuit fiscaal oogpunt is er op dat moment wel sprake van een (fictieve) vervreemding van de AB-houder.

Om alle twijfel weg te nemen heeft er een wetsvoorstel plaatsgevonden. Er is per 1 januari 2014 een extra letter aan artikel 4.16, lid 1 Wet IB 2001 toegevoegd, de . antimisbruikbepaling. Hiermee wordt voorkomen dat Nederland heffingsrechten over de AB-claims kwijt zou kunnen raken. Naar mijn inzicht is de toevoeging overbodig aangezien een echte vervreemding ook per aandeel wordt beoordeeld. Ik ben van mening dat op het moment dat er belastingheffing naar reële heffing plaatsvindt er sprake is van een toerekeningsstop. Op dat moment ontstaat er een heffingsmoment.

Lijst met gebruikte afkortingen

APV	Afgezonderd Particulier Vermogen
Art.	Artikel
BLKB	Belastingdienst/Landelijk Kantoor Belastingregio's
BNB	Beslissingen in Belastingzaken/ Nederlandse Belastingrechtspraak
B.V.	Besloten Vennootschap
CCB	Coördinatiegroep Constructiebestrijding Belastingdienst
CPP	Centrum voor Proces- en Productontwikkeling
DGB	Directoraat-Generaal voor de Belastingdienst
FED	FED Fiscaal Weekblad
FTV	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
MvT	Memorie van Toelichting
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NTFR-B	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen
SPF	Stichting Particulier Fonds
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
VFP	Vakblad Financiële Planning
V-N	Vakstudie Nieuws
VPB	Vennootschapsbelasting
Wet IB 1964	Wet op de Inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Inhoudsopgave

1. Inleiding	7
1.1 Algemeen	7
1.2 Korte casusbeschrijving	7
1.3 Probleemstelling	7
1.4 Deelvragen	7
1.5 Afbakening	7
1.6 Methode van onderzoek	8
1.6.1 Onderzoek naar ervaringen met nieuwe wetgeving APV	8
1.7 Structuur scriptie	9
2. Casus	10
2.1 Inleiding	10
2.2 Uitgebreide casusbeschrijving	10
2.3 Ingediende aangifte IB 2010	12
2.4 Standpunt Belastingdienst bij correctie aangifte	12
2.5 Standpunt belastingadviseur bij bezwaar	13
3. Afgezonderd Particulier Vermogen: transparantie versus toerekening	14
3.1 Inleiding	14
3.2 Situatie vóór 1 januari 2010	14
3.2.1 De trust	15
3.2.2 Instelling van de trust	16
3.2.3 De verschillende vormen van de trust	16
3.2.4 Haags Trustverdrag (1985) civiele behandeling	17
3.2.5 Trustarresten van 18 november 1998	18
3.2.6 De opmars van de trust	18
3.2.7 Redenen om een trust in te stellen	19
3.2.8 Wetgeving IB 1964	19
3.3 Situatie vanaf 1 januari 2010	20
3.3.1 Ontmantelingsbesluit	20
3.3.2 Het nieuwe wettelijke stelsel vanaf 2010	20
3.4 Het Afgezonderd Particulier Vermogen	22
3.4.1 Wanneer is sprake van een APV?	22
3.4.2 Wat is afzonderen?	22
3.4.3 Meer dan bijkomstig particulier belang	23
3.4.4 Reële heffing	24
3.5 Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (SPF)	24
3.5.1 SPF algemeen	24
3.5.2 Oprichting, oprichter en de statuten	25
3.5.3 Bestuur	26
3.5.4 Wie is de 'eigenaar' van de SPF	26
3.5.5 Begunstigde van de SPF	26
3.5.6 Vestigingsplaats SPF	27
3.5.7 Belastingplichtig op Curaçao	27

3.6	Fiscale transparantie of toerekening	27
3.6.1	Transparantie	28
3.6.2	Hoofdregel: fiscale transparantie in verschillende wetten	28
3.6.3	Toerekening	29
3.6.4	Bestaat er verschil tussen transparantie en toerekening	30
3.7	Toepassing op de casus	31
4.	De reikwijdte van art. 4.16, lid 1, onderdeel f en g Wet IB 2001	33
4.1	Inleiding	33
4.2	Een aanmerkelijk belang	33
4.2.1	Inkomen uit een aanmerkelijk belang	34
4.3	Wat is vervreemding?	34
4.4	Fictieve vervreemding	35
4.4.1	Het brengen in het vermogen van een onderneming of het tot het resultaat uit een werkzaamheid gaan behoren	35
4.4.2	Het niet langer aanwezig zijn van een aanmerkelijk belang	36
4.4.3	Vervreemdingsvoordelen	36
4.5	Toepassing op de casus	36
4.5.1	Wat is een onderneming?	36
4.5.2	Kwalificeert de SPF als een onderneming?	36
4.5.3	Voorlopige voorzichtige conclusie	37
5.	Antimisbruikbepaling per 1 januari 2014	38
5.1	Inleiding	38
5.2	Constructies in de praktijk	38
5.3	Bestrijding middels anti-misbruik bepaling	39
5.3.1	Is de invoering van onderdeel j van artikel 4.16 lid 1 Wet IB 2001 nodig geweest?	39
5.4	Toepassing op de casus	40
6.	Eindconclusie	41
6.1	Conclusie	42
6.2	Eventuele aanbeveling	42
	Verklarende woordenlijst	43
	Literatuurlijst	44
	Bijlage 1: Verklaring van authenticiteit	47

1. Inleiding

1.1 Algemeen

Voor mijn afstudeerscriptie heb ik een casus gekozen die samenhangt met mijn nieuwe werkzaamheden binnen het project "Afgezonderd Particuliere Vermogen" (APV) bij de Belastingdienst. In deze casus speelt onder meer de vraag of er sprake is van transparantie of van toerekening. Naar aanleiding van de correctie op de aangifte Inkomstenbelasting 2010 (hierna: aangifte IB 2010) en het ingediende bezwaarschrift is er een flinke discussie ontstaan over hoe artikel 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) benaderd moet worden: middels transparantie of toerekening en hoe het misbruik van artikel 2.14a Wet IB 2001 in de praktijk bestreden moet worden.

1.2 Korte casusbeschrijving

Belanghebbende X heeft 95 % van zijn soort aandelen I in Z. Holding B.V. (gevestigd in Nederland) ingebracht in een op de Nederlandse Antillen (hierna: Curaçao) opgerichte Stichting Particulier Fonds, met als naam SPF Y. Vervolgens wordt de zetel van zowel de SPF Y als van Z. Holding B.V. verplaatst naar Malta. Dit alles vindt plaats in 2010. De inspecteur corrigeert de aangifte IB 2010 in box 2. De adviseur is het daar niet mee eens en dient een bezwaarschrift in. Een nadere uitwerking van de casus, van het standpunt van de inspecteur bij de correctie van de aangifte en van het standpunt van de adviseur bij bezwaar is in hoofdstuk 2 opgenomen.

1.3 Probleemstelling

De geschetste casus levert de volgende probleemstelling op:

"Hoe wordt artikel 2.14a Wet IB 2001 toegepast, als toerekenings- of als transparantie-artikel en wat zijn de eventuele gevolgen van het verkopen van een AB-pakket aan een APV?"

1.4 Deelvragen

Om bovenstaande probleemstelling te kunnen oplossen, maak ik gebruik van een aantal deelvragen. De deelvragen zijn als volgt te omschrijven:

- Wat verstaat men in fiscale zin onder toerekening en wat onder transparantie, bestaat er überhaupt een verschil tussen toerekening en transparantie?
- Wat is, gezien vanuit de context van de casus de reikwijdte van art. 4.16, lid 1, onderdeel f Wet IB 2001 en wat is de reikwijdte van art. 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001?
- Wat heeft de wetgever beoogd met de anti-misbruik bepaling, welke per 1 januari 2014 voor de APV's is geïntroduceerd?

1.5 Afbakening

Om de probleemstelling te kunnen oplossen en de deelvragen correct te kunnen beantwoorden, is het nodig om een en ander af te bakenen. De volgende punten geven de afbakening aan:

Relevant voor de scriptie:

- Hoofdstuk 2, afdeling 2.4 toerekeningregels Wet IB 2001.
- Hoofdstuk 4, afdeling 4.4 inkomen uit aanmerkelijk belang en afdeling 4.6 vervreemdingsvoordelen Wet IB 2001.
- Successiewet 1956, alleen art. 16 tot en met 17a en art. 26a.

In dit verband wordt in deze scriptie geen aandacht besteed aan:

- Dividendbelasting.
- Internationaal belastingrecht.
- Vennootschapsbelasting.

1.6 Methode van onderzoek

Voordat ik mijn scriptie ging schrijven, heb ik mij verdiept in de aangifte, het bezwaarschrift en de correspondentie tussen de inspecteur en de adviseur alsmede in de verslagen die zijn vastgelegd in de systemen van de belastingdienst. Daarna ben ik me gaan verdiepen in relevante wetgeving en beschikbare jurisprudentie. Ik heb gebruik gemaakt van o.a. Wetteksten, Vakstudie-Nieuws, WPNR, Kluwer Navigator, Legal Intelligence maar ook van interne bronnen binnen de belastingdienst, zoals de kennisbank van APV, het interne leerboek Stichtingen en trust en het interne stuk "iets over de Nederlands Antilliaanse Stichting Particulier Fonds, Civiel- en fiscaalrechtelijk" van collega J. De Jong. Voor dit interne leerboek van de Belastingdienst en het interne stuk is gebruik gemaakt van literatuur die ik heb vermeld in de literatuurlijst. Aangezien ik pas recent werkzaamheden voor het project APV verricht, heb ik ook gebruik gemaakt van de kennis van de collega's die reeds jaren betrokken zijn bij het project APV. Om kennis te vergaren heb ik gesprekken gevoerd met twee specialisten op dit vakgebied, de heer J. de Jong en de heer W. van der Avoird.

1.6.1 Onderzoek naar ervaringen met nieuwe wetgeving APV

Drie jaar na de invoering van artikel 2.14a wet IB 2001 heeft er een evaluatie plaatsgevonden over de aanpak van de APV's en de behaalde resultaten hierbij¹. Ik moet hierbij wel één kanttekening plaatsen. Het is niet geheel mogelijk geweest om alle effecten van het apv-regime in concrete cijfers uit te drukken. Voor een deel gaat het om het voorkomen van nieuwe constructies.

Sinds de invoering van de nieuwe wetgeving blijkt dat er slechts in beperkte mate nieuwe APV's bijkomen. De Belastingdienst constateerde bij de aangiften 2010 slechts een toename van ongeveer 100 nieuwe betrokkenen bij een APV. Ook hebben er in 2010 vele ontmantelingen van APV's plaatsgevonden. De Belastingdienst heeft vastgesteld dat er honderden op Curaçao gevestigde Stichtingen Particulier Fonds in de jaren 2008 en 2009 zijn geliquideerd of verplaatst². Er mag van worden uitgegaan dat de liquidaties en de verplaatsingen verband houden met de nieuwe regelgeving. De Belastingdienst heeft nog niet genoeg inzicht of de hierbij betrokkenen uiteindelijke gerechtigde of inbrenger is. Het totale omvang van het vermogen blijft ook nog onduidelijk. De Belastingdienst is drukdoende om ontmantelde en verplaatste APV's op te sporen.

¹ Kamerbrief 11-9-2013, "Brief evaluatie wettelijk systeem voor afgezonderde particuliere vermogens (apv's)"

² Kamerbrief 11-9-2013, "Brief evaluatie wettelijk systeem voor afgezonderde particuliere vermogens (apv's)"

Al snel blijkt in de uitvoeringspraktijk dat er wordt ingespeeld op de nieuwe wetgeving³. Ik noem er twee die relevant zijn voor de scriptie:

- Reeds bestaande trust en buitenlandse stichtingen zijn verplaatst naar landen met (op papier) een reële heffing naar de winst om zodoende onbedoeld van een mogelijkheid in het nieuwe APV-regime gebruik te maken.
- Er zijn constructies gesignaleerd om aan heffing over het inkomen uit aanmerkelijk belang te ontkomen door in te spelen op de zogenoemde toerekeningsstop. De constructies zijn gebaseerd op de nieuwe wetgeving.

Eén van de meest gebruikte constructie is de opgezette structuur die omschreven wordt in de casus van hoofdstuk 2. De constructie is bedacht door een accountantskantoor in Nederland. Bij dit kantoor wordt de constructie als standaardadvies aangeboden en is het inmiddels overgenomen door meerdere advieskantoren. Een exact aantal van deze genoemde constructie is nog niet voorhanden. Op dit moment wordt er nog onderzoek naar gedaan omdat de constructie pas vrij recent ontdekt is.

Binnen de Belastingdienst is gekozen voor een projectmatige aanpak van APV's onder leiding van de Coördinatiegroep Constructiebestrijding Belastingdienst (CCB). Men richt zich op detectie, kennisdeling en gecoördineerde fiscale behandeling waardoor er sprake is van eenheid van beleid en uitvoering. Er is sprake van een succes stelt de Belastingdienst in zijn brief aan de Eerste Kamer⁴. De totale (meetbare) opbrengst (ook van voor 2010) was per 1 augustus 2013 ruim € 1 miljard. Voor 2010 was de opbrengst € 375 miljoen. Dat wil zeggen dat sinds de nieuwe wetgeving € 650 miljoen door de Belastingdienst is binnen gehaald. Tot medio 2011 is de laatste stand van zaken met betrekking tot de verschillende belastingen bekend. Voor de inkomstenbelasting betreft het een opbrengst van € 300 miljoen.

Er zijn door de Belastingdienst wisselende successen behaald bij fiscale procedures. Per 11 september 2013 lopen er 12 fiscale procedures over de fiscale kwalificatie van oude en nieuwe structuren bij zowel de gerechtshoven als de Hoge Raad. In eerste instantie zijn hiervan 10 zaken gewonnen en 2 zaken verloren. Er zijn 11 afgeronde procedures, waarvan er 6 zijn gewonnen en 5 verloren.

1.7 Structuur scriptie

De scriptie bestaat uit een aantal onderdelen. Ik onderscheid een inleidend deel, een theoretisch deel, een conclusie en als laatste een literatuurlijst. Deze paragraaf sluit het inleidend deel af. In hoofdstuk 2 wordt een uitgebreide casusbeschrijving gegeven. In hoofdstuk 3 wordt er ingegaan op een stukje geschiedenis en toerekening versus transparantie. Hoofdstuk 4 gaat over de fictieve vervreemdingen en dan met name over de reikwijdte over het brengen in het vermogen van een onderneming en het niet langer aanwezig zijn van een aanmerkelijk belang. De antimisbruikbepaling per 1 januari 2014 wordt besproken in hoofdstuk 5. Tot slot formuleer ik in hoofdstuk 6 mijn conclusies.

³ Kamerbrief 11-9-2013, "Brief evaluatie wettelijk systeem voor afgezonderde particuliere vermogens (apv's)"

⁴ Kamerbrief 11-9-2013, "Brief evaluatie wettelijk systeem voor afgezonderde particuliere vermogens (apv's)"

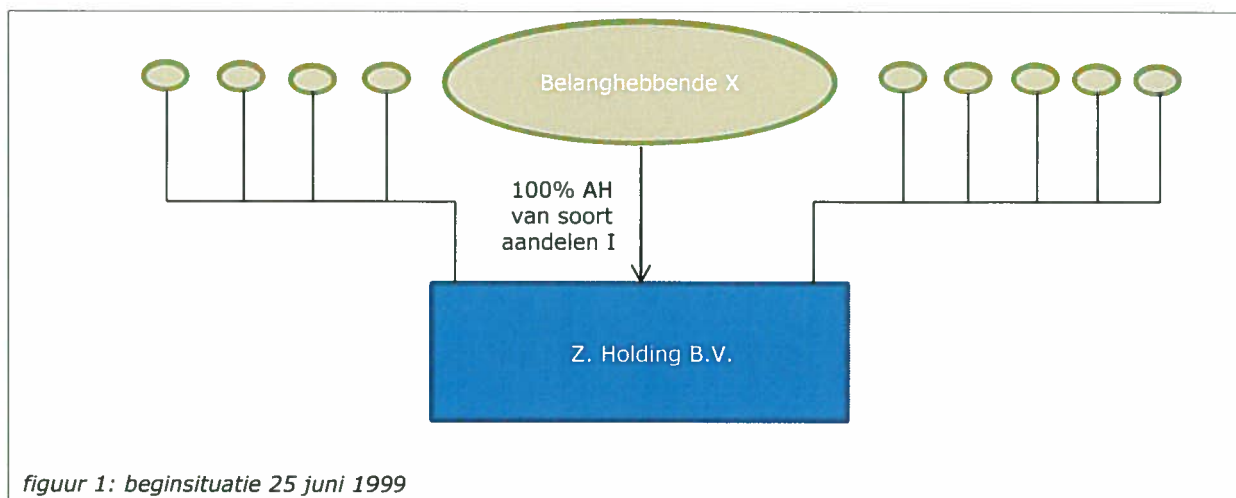
2. Casus

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt eerst een uitgebreide casusbeschrijving gegeven. Na de casusbeschrijving wordt in paragraaf 2.3 beschreven hoe de aangifte IB 2010 van X is ingediend. Vervolgens wordt in paragraaf 2.4 het standpunt achter de correctie van de aangifte IB 2010 van de belastingdienst uiteengezet. Paragraaf 2.5 geeft het standpunt van de adviseur weer bij bezwaar.

2.2 Uitgebreide casusbeschrijving

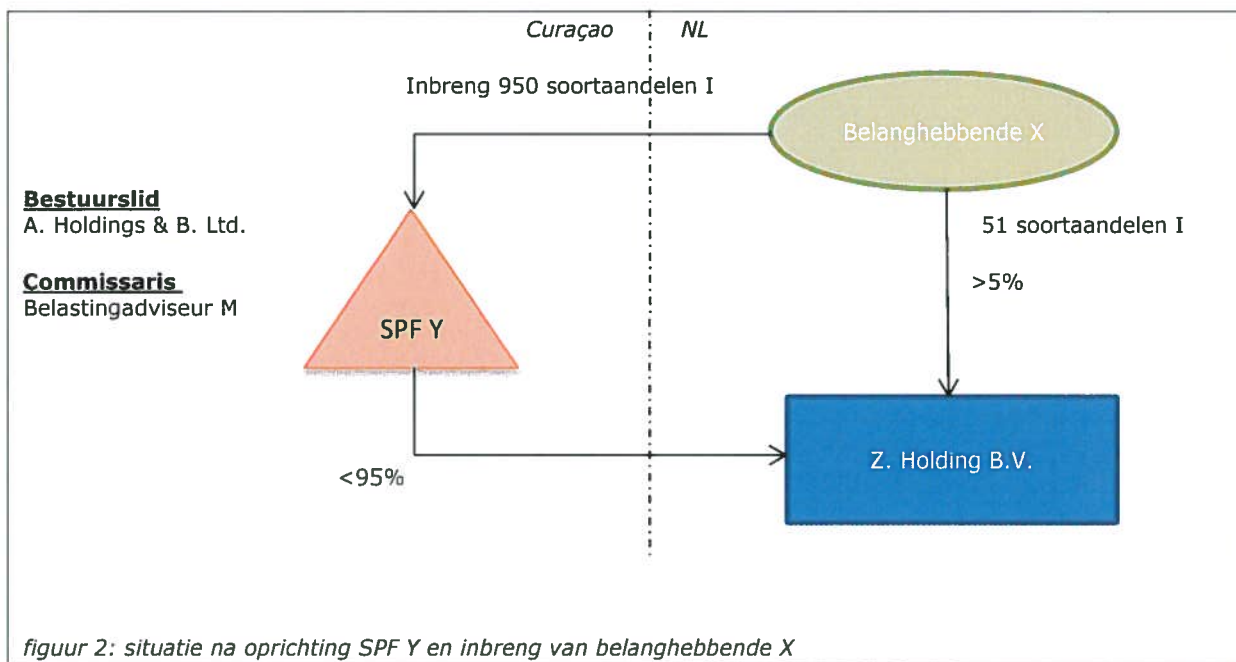
Belanghebbende X (hierna: X) heeft jaren een onderneming gedreven en besluit, in verband met zijn leeftijd zijn onderneming te verkopen. Samen met andere ondernemers die ook de eigen onderneming verkocht hebben, besluit men om het geld te gaan beleggen om zodoende een mooi pensioen te verkrijgen. Op 25 juni 1999 wordt in Nederland Z. Holding B.V. opgericht. Z. Holding B.V. heeft 10 aandeelhouders, waaronder X. Alle aandeelhouders zijn woonachtig in Nederland. X is aandeelhouder van 100% van de soort aandelen I in Z. Holding B.V. Z Holding B.V. is te duiden als een beleggingsvennootschap.



Op 2 augustus 2010 wordt op Curaçao een Stichting Particulier Fonds Y (hierna: SPF Y) opgericht. SPF Y heeft als doelstelling: Beheers- en administratiekantoor voor aandelen en andere waardepapieren.

Uit de jaarstukken van SPF Y blijkt dat de SPF meerdere in Nederland woonachtige betrokkenen kent, in de oprichtingsakte genoemd: "contributors" zijnde 10 begunstigden, in de akte genoemd: "beneficiaries". Deze beneficiaries zijn gelijk aan de aandeelhouders van Z. Holding B.V. Uit de oprichtingsbewijzen blijkt dat belastingadviseur M (hierna: adviseur M) is aangesteld als "supervisor director of the foundation". Adviseur M is tevens belastingadviseur van Z. Holding B.V., van X en van de overige 9 aandeelhouders/contributors.

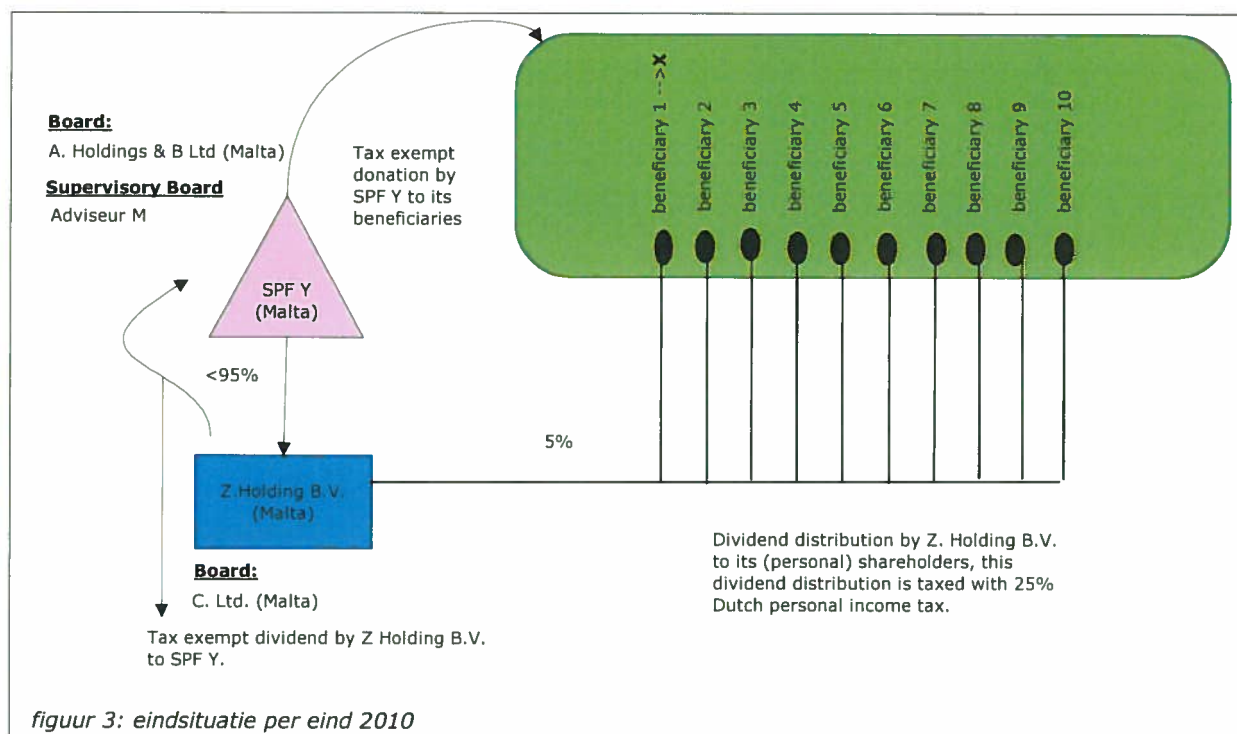
Op 5 augustus 2010 brengt X 950 van zijn soort aandelen I van Z. Holding B.V. onherroepelijk in, in de SPF Y. Tegenover de inbreng door X van de soort aandelen I in Z. Holding B.V. in de SPF S heeft geen uitreiking van aandelen of daarmee vergelijkbare rechten gestaan. De aandelen zijn door X om niet ingebracht. X blijft in privé 51 soort aandelen I in het geplaatste aandelenkapitaal van Z. Holding B.V. houden. De in privé gehouden soort aandelen I vertegenwoordigen > 5% (5,26%) van het geplaatste aandelenkapitaal in Z. Holding BV. Door het belang van 5,26% van de soort aandelen I in het geplaatste aandelenkapitaal in Z. Holding B.V. behoudt X derhalve een aanmerkelijk belang⁵ in Z. Holding B.V.



Per 15 oktober 2010 wordt de plaats van waaruit leiding wordt gegeven aan de SPF Y, verplaatst van Curaçao naar Malta. Aldaar wordt op verzoek, de SPF Y betrokken in een belastingheffing naar de winst als bedoeld in artikel 2.14a, lid 7 Wet IB 2001. Hierdoor wordt SPF Y betrokken in een reële heffing van 10%.

Op het zelfde moment (26 oktober 2010) verplaatst Z. Holding B.V. eveneens haar zetel naar Malta. Op 26 oktober 2010 besluiten de aandeelhouders (waaronder X) van Z. Holding B.V. tot het doen van een dividenduitkering. In dit kader is er eind oktober 2010 door X € 20.000 aan dividend als regulier voordeel uit een aanmerkelijk belang ontvangen en door SPF Y € 450.000. Op 10 december 2010 heeft X een schenking van SPF Y ontvangen ter grootte van € 450.000.

⁵ Art. 4.6 jo. Art. 4.7, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001



2.3 Ingediende aangifte IB 2010

De aangifte IB 2010 van X wordt door de adviseur M ingediend. In de aangifte wordt bij box 2 aangegeven dat er sprake is van een aanmerkelijk belang. Er worden aldaar 51 soort aandelen I in Z. Holding B.V. aangegeven. Als regulier voordeel (na aftrek van kosten) wordt € 20.000 aangegeven. In de aangifte wordt de vraag gesteld of belastingplichtige vermogen heeft ondergebracht in een afgezonderd particulier vermogen. Deze vraag wordt met "ja" beantwoord. Het afgezonderd particulier vermogen is namelijk ondergebracht bij SPF Y. Deze SPF Y is gevestigd op de Nederlandse Antillen, meer specifiek op Curaçao. De SPF Y betaalt daar niet ten minste 10% belasting over de winst, blijkt uit de aangifte. Uit de aangifte blijkt tevens dat de SPF Y in 2010 is verplaatst naar Malta teneinde aldaar in de heffing te kunnen worden betrokken. Er worden geen inkomsten aangegeven uit het afgezonderde particulier vermogen.

2.4 Standpunt Belastingdienst bij correctie aangifte

De aanslag IB 2010 van X wordt door de inspecteur opgelegd, met in achtneming van een correctie op het inkomen uit aanmerkelijk belang (box 2). De inspecteur geeft aan dat er in december 2010 door X een bedrag van € 450.000 uit SPF Y wordt ontvangen. Dit bedrag merkt de inspecteur initieel aan als een fictief vervreemdingsvoordeel in de zin van artikel 4.16, eerste lid, onderdeel f, Wet IB 2001. Voor het moment van vervreemding gaat de inspecteur uit van de dag waarop SPF Y. in Malta onderworpen wordt aan een heffing naar de winst. De inspecteur beschouwt dit als het tijdstip waarop het aanmerkelijk belang wordt ingebracht in het vermogen van een onderneming. Gebaseerd op de toerekeningstop⁶ wordt er geacht dat SPF Y met haar gehele vermogen een onderneming drijft. Daarom vindt per moment dat SPF Y belastingplichtig wordt, inbreng plaats van de aandelen in een onderneming. Het inbrengen van een aanmerkelijk

⁶ Art. 2.14a, lid 7 Wet IB 2001

belang in het vermogen van een onderneming wordt gezien als een fictieve vervreemding in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001. De inspecteur houdt bij zijn correctie rekening met een oorspronkelijke verkrijgingsprijs van de soort aandelen I van Z. Holding B.V. van € 85.000 en stelt het inkomen uit aanmerkelijk belang nader vast op:

Regulier voordeel uit aanmerkelijk belang	€	20.000
<u>Vervreemdingsvoordeel</u>		
Overdrachtprijs bij vervreemding	€	450.000
Af: Verkrijgingsprijs bij vervreemding	€	<u>85.000</u>
	€	<u>365.000</u>
Totaal voordeel uit aanmerkelijk belang	€	385.000

2.5 Standpunt belastingadviseur bij bezwaar

Adviseur M dient bezwaar in en geeft aan dat hij het standpunt van de inspecteur met betrekking tot het vervreemdingsvoordeel op basis van artikel 4.16, eerste lid, onderdeel f Wet IB 2001 niet kan volgen c.q. niet deelt. Volgens adviseur M kwalificeert SPF Y als afgezonderd particulier vermogen. De bezittingen en schulden van SPF Y worden toegerekend aan degene die het vermogen heeft ingebracht. De toerekening wordt volgens de adviseur doorbroken indien de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van SPF Y, worden betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing⁷, zijnde 10%.

SPF Y is op Curaçao niet onderworpen aan vennootschapsbelasting. Als gevolg daarvan blijven de ingebrachte vermogensbestanddelen, zijnde de soort aandelen I toegerekend aan X. Adviseur M concludeert derhalve dat het inbrengen van de soort aandelen I in de SPF Y geen belaste vervreemding in de zin van de Wet IB 2001 inhoudt.

De adviseur stelt dat op het moment dat de feitelijke leiding van de SPF Y naar Malta wordt verplaatst, de vermogensbestanddelen, zijnde de soort aandelen I ingevolge artikel 2.14a, zevende lid Wet IB 2001 niet langer aan X worden toegerekend, maar aan de SPF Y. De adviseur is van mening dat de inbreng van de aandelen in de SPF Y, gevolgd door verplaatsing van de feitelijke leiding van de SPF Y naar Malta, geen vervreemding in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001, in het bijzonder artikel 4.16, eerste lid, onderdeel f Wet IB 2001 tot gevolg heeft.

Adviseur M verzoekt om het inhoudelijke standpunt van de inspecteur waarop de correctie is gebaseerd te verduidelijken en expliciet aan te geven op basis van welke wettelijke bepalingen de inspecteur overgaat tot de genoemde correctie.

⁷ Art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001

3. Afgezonderd Particulier Vermogen: transparantie versus toerekening

3.1 Inleiding

“De bestrijding van fiscale constructies met trusts en andere doelvermogens”, dat was het doel van de wetgeving die de Staatssecretaris van Financiën aankondigde in zijn brief van 24 oktober 2008⁸. Vanuit de Belastingdienst en andere EU-landen kwamen signalen dat doelvermogens steeds meer werden gebruikt om belasting te ontgaan. Vooral bij de heffing van inkomstenbelasting en schenkings- en successierecht ontstond er een heffingslek, dat niet in het fiscale stelsel paste volgens de staatssecretaris⁹. Met ingang van 1 januari 2010 is er een aanpassing op de Successiewet 1956 in werking getreden¹⁰. Tegelijkertijd vindt de introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen in de Wet IB 2001 en de Successiewet 1956 plaats. In de praktijk blijkt er naar gelang de inhoud van de individuele casus een flinke discussie te kunnen ontstaan met betrekking tot transparantie of toerekening.

In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 3.2 eerst ingegaan op de situatie vóór 1 januari 2010 en in paragraaf 3.3 wordt vervolgens de situatie na 1 januari 2010 besproken. Vervolgens zal in paragraaf 3.4 een brede uiteenzetting gegeven worden over het APV. In paragraaf 3.5 wordt er uiteengezet wat transparantie inhoudt. Wat er verstaan wordt onder toerekening wordt besproken in paragraaf 3.6. Discussie en het verschil tussen toerekening en transparantie is opgenomen in paragraaf 3.7. In paragraaf 3.8 volgt een uitwerking van dit hoofdstuk op de casus waarna ten slotte in paragraaf 3.9 een samenvatting volgt ter afsluiting van dit hoofdstuk.

3.2 Situatie vóór 1 januari 2010

Eind jaren tachtig en in de jaren negentig bleken steeds meer belastingplichtigen aan ‘estate-planning’ te doen. Naast de Nederlandse stichtingen bleken de buitenlandse equivalenten erg in trek te zijn. Hierbij moet onder andere gedacht worden aan de Trust, een Foundation of aan een Antilliaanse Stichting Particulier Fonds. Er wordt ook wel gesproken over doelvermogens. Steeds vaker wordt er in Nederland gebruik gemaakt van de Trust.

Voordat de Staatssecretaris van Financiën kwam met de wetswijziging per 1 januari 2010 was er, behoudens een beleidsbesluit geen specifieke regel- en/of wetgeving dat toezag op de behandeling van doelvermogens. Tot 1 januari 2010 bestond er veel onzekerheid over de manier waarop doelvermogens fiscaal behandeld dienden te worden. In de dagelijkse praktijk kon terug gevallen worden op enkele arresten van de Hoge Raad¹¹. Doordat Nederland het Haags Trustverdrag 1985 ondertekende, heeft Nederland de Trust in de internationale regelgeving omtrent de trusts, civielrechtelijk erkend. In een besluit

⁸ Kamerstukken II 2008/09, 27 789, nr. 17

⁹ WFR 2014/757

¹⁰ Stb. 2009, 564

¹¹ HR, 14 juli 2006, nr. 39262; V-N 2006/39.21

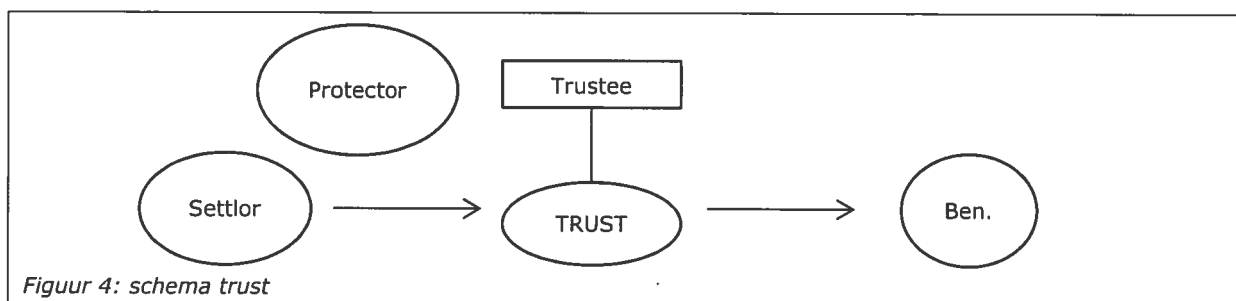
van de Staatssecretaris van Financiën van 15 december 2005 is in algemene zin uiteengezet op welke wijze het afgezonderde doelvermogen fiscaal behandeld moet worden voor de Nederlandse belastingheffing¹². Het besluit geeft een fiscaal behandelkader aan. De staatssecretaris van Financiën sluit hierbij aan bij de trustarresten van 18 november 1998. Verder op in dit hoofdstuk wordt er nader ingegaan op deze trustarresten.

3.2.1 De trust

Een trust is een eeuwenoude buitenlandse rechtsfiguur die ontstaan is in het Anglo-Amerikaanse recht¹³. De Anglo-Amerikaanse trust is gebaseerd op de 'common-law'. Het common-lawstelsel¹⁴ vindt zijn oorsprong in Engeland. Koning Willem I van Engeland heeft tijdens zijn koningschap de rechtspraak tot ontwikkeling gebracht. Common-law is niet vastgelegd in wetboeken, maar wordt gevormd en ontwikkeld door rechterlijke uitspraken. De Anglo-Amerikaanse trust komt van oorsprong niet voor in het Nederlandse civiele recht, dat gebaseerd is op het stelsel van het Romeins recht.

Het Nederlands civiele recht stamt uit de Romeinse tijd. Het civiele recht¹⁵ (ook wel burgerlijk recht of privaatrecht genoemd) regelt de verhoudingen, betrekkingen van de burgers onderling (materieel). Het formele privaatrecht omvat de regels over de handhaving van de materiële regels. Het Nederlands civiele recht is niet gelijk aan het common-lawstelsel. Hierdoor ontstaan er knelpunten bij de confrontatie van het Nederlandse recht met de Anglo-Amerikaanse trust.

De trust is één van de verschijningsvormen van een doelvermogen. Een doelvermogen is een vermogen dat met een bepaald doel wordt afgescheiden van het eigen vermogen. Dit gebeurt via een rechtsvorm, waaronder dus de trust. Hierbij is het belangrijk om op te merken dat de trust geen rechtspersoon is. De trust kan zonder veel handelingen worden opgericht. Bij de oprichting zijn verschillende personen betrokken. Een trust ontstaat op het moment dat een insteller (settlor) van de trust vermogensbestanddelen vanuit zijn vermogen overdraagt aan de beheerder van de trust (trustee). De beheerder moet de vermogensbestanddelen en/of de inkomsten die voortvloeien uit de trust in overeenstemming met de trustakte uitdelen aan bepaalde gerechtigden (beneficiaries). Vaak is er ook een protector benoemd. De protector is de toezichthouder op de trustee. Soms moet de protector toestemming geven voor een bepaalde handeling van de trustee. De trustee is vaak een derde en de protector is meestal een goede vriend of bekende van de settlor. De protector heeft vetorecht¹⁶.



Figuur 4: schema trust

¹² CPP2005/2528M, BNB 2006/139, V-N 2006/15.1

¹³ Gilissen, 'De express private trust', 2012, pag. 1-50 en 'Doelvermogens in het fiscale recht', mr. W.J. van der Avoird, pag. 29

¹⁴ <http://www.encyclo.nl/2013/begrip/common%20law>, 13 oktober 2014

¹⁵ <http://www.encyclo.nl/2013/begrip/civiel%20recht>, 13 oktober 2014

¹⁶ Sheets opstapcursus APV, 23 mei 2013, J. de Jong, W. van der Avoird, CCB

De trust wordt vaak opgericht om familievermogens onder te brengen. De trust wordt daarom ook wel de 'familytrust' genoemd. Er zijn verschillende verschijningsvormen van de trust. De verschillende verschijningsvormen worden verder op in dit hoofdstuk nader toegelicht. De trust is vaak formeel gevestigd in een belastingparadijs om te voorkomen dat het vermogen van de trust wordt belast.

3.2.2 Instelling van de trust

De trust ontstaat door een eenzijdige rechtshandeling van de insteller. Dit kan zowel bij leven als bij testament. Bij de instelling en bij de beheersactiviteiten van de trust zijn een aantal personen betrokken:

- settlor: dit is degene die de trust instelt;
- trustee: dit is de beheerder van de trust;
- beneficiary: dit is degene die gerechtigd is tot het ingebrachte vermogen in de trust en recht heeft op de inkomsten, dan wel iemand die daar voor in aanmerking kan komen op aanwijzing van de trustee, maar tot dat moment geen reëel recht heeft.

De meest gebruikte weg van instelling is dat er een trustakte wordt opgemaakt en dat er een overdracht naar de trust plaatsvindt van vermogen. Het belangrijkste hieraan is dat het ingebrachte vermogen door de rechtshandeling wordt afgezonderd van het privévermogen van de inbrenger. Het vermogen komt in beheer van de trustee. Doordat er vermogen in een trust wordt ingebracht kan er 'dual ownership'¹⁷ ontstaan. 'Dual ownership' wil zeggen dat er twee soorten eigendom ontstaan voor de trustee. Er ontstaat een splitsing tussen eigendom en belang. De trustee heeft het juridisch eigendom en de begunstigde het belang. Hiermee wordt bedoeld het 'legal ownership' en het 'equitable ownership'. Bij 'legal ownership' wordt de trustee door de vermogensafzondering de juridische eigenaar van het vermogen. Onder de 'common-law' wordt de trustee de formele eigenaar van het trustvermogen, maar met de beperking dat de trustee het vermogen slechts conform de trustakte mag aanwenden ten behoeve van de begunstigde(n). De trustee krijgt de macht over het vermogen. Het vermogen is echter wel afgescheiden van het vermogen dat de trustee in privé heeft waardoor schuldeisers van de trustee zich nooit kunnen verhalen op het trustvermogen. Bij 'equitable ownership' komen de economische voordelen van de trustgoederen toe aan de begunstigde(n). In het Nederlandse recht is er geen sprake van 'dual ownership', maar van persoonlijke en zakelijke rechten. Onder zakelijke recht wordt verstaan, het absolute recht op een zaak, zoals het recht van eigendom. Het Anglo-Amerikaanse recht kent dit gesloten stelsel niet en het begrip 'eigendom' heeft een wezenlijke andere betekenis dan op het Europese continent aan het begrip toekomt¹⁸. Boer¹⁹ stelt in zijn boek dat de verschillende betekenissen van 'eigendom' tot problemen zouden kunnen leiden zowel ten aanzien van de toegankelijkheid van het Anglo-Amerikaans recht in het algemeen, als tot het trustrecht in het bijzonder.

3.2.3 De verschillende vormen van de trust

Een trust is niet in te delen op naam of op soort. Iedere trust is uniek omdat de betrokkenen de trust naar eigen wensen kunnen modelleren. Een richtlijn om een trust te

¹⁷ Doelvermogens in het fiscale recht, mr. W.J. van der Avoird, pag. 33

¹⁸ Zwalve 2000, p. 100-106

¹⁹ De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, mr. Dr. J.P. Boer, blz. 188

beoordelen is de indeling waarin de begunstigten concrete rechten kunnen doen gelden ten aanzien van de trust. Boer en Freudenthal²⁰ zijn van mening dat geen enkele situatie kan worden beoordeeld zonder de vraag naar het 'soort' trust te hebben gesteld. Daarnaast spelen de feitelijke gedragingen van de bij de trust betrokken personen een belangrijke rol. Uit de trustakte is op te maken welke rechten men heeft. De meest voorkomende trustvormen zijn te onderscheiden in:

1. Revocable of irrevocable trust
2. Fixed trust of discretionary trust

Ad 1. Revocable of irrevocable trust

De revocable trust is herroepbaar en de irrevocable trust is niet herroepbaar door de insteller ervan. Bij de revocable trust mag de insteller het trustvermogen bij zich laten terugkeren. Dit onderscheidt is vooral van belang om te bepalen of het vermogen daadwerkelijk het privévermogen van de insteller heeft verlaten.

Ad 2. Fixed of discretionary trust

Bij een fixed trust is bekend wie de begunstigde is. Hierbij kun je denken aan een levensverzekering. Bij de fixed trust is dus bepaalbaar welke rechten zijn toegekend aan de begunstigde. Bij de discretionary trust is de trustee vrij om te bepalen wie, wat en wanneer iemand iets verkrijgt uit de trust. De trustee is bevoegd te wisselen van begunstigde. Bij de discretionary trust is het dus niet bepaalbaar aan wie er rechten zijn toegekend. De insteller zal vaak via een 'letter of wishes' aan de trustee richtlijnen geven aan de trustee voor het doen van uitkeringen. De 'letter of wishes' is niet een juridisch afdwingbaar recht. De insteller kan zo ook na zijn dood nog invloed uitoefenen op het ingebrachte vermogen.

3.2.4 Haags Trustverdrag (1985) civiele behandeling

Hoe er in het Nederlandse recht moet worden omgegaan met de trust, is op te maken uit het Haags Trustverdrag. Het Haags Trustverdrag stamt uit 1985 en is voor Nederland op 1 februari 1996 in werking getreden²¹. Een belangrijk argument voor Nederland om partij te worden in het Haags Trustverdrag is duidelijkheid te verkrijgen op de vraag welk recht op een trust toepasselijk is en van de erkenning van de buitenlandse trust in het Nederlandse rechtsverkeer. Deze duidelijkheid was er niet. Door goedkeuring van het verdrag verzekerde men zich ervan dat onder trust gebrachte goederen ook in Nederland een afgezonderd vermogen vormen. Het Haags Trustverdrag ziet derhalve op de erkenning van de trust in Nederland, maar wel onder bepaalde omstandigheden. Onder de erkenning verstaan we tenminste²²:

- het trustvermogen moet afgescheiden zijn van het eigen vermogen van zowel de settlor als van de trustee;
- persoonlijke schuldeisers van de settlor of trustee kunnen geen verhaal hebben op het trustvermogen;
- trustgoederen kunnen geen deel uitmaken van het vermogen van de settlor of trustee in geval van faillissement;
- de trustee kan namens de trust in rechte optreden.

²⁰ 'De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust'; afgezonderd of niet. WPNR, 6 juni 2009/802

²¹ Rijkswet van 4 oktober 1995, S. 507

²² Haags Trustverdrag, art. 11

Let wel, artikel 13 van het Haags Trustverdrag bepaalt, dat een trust niet behoeft te worden erkend indien de kenmerkende elementen ontbreken. Het Haags Trustverdrag, hoewel op zichzelf staand, maakt deel uit van een reeks van verdragen over internationaal privaatrecht. De werkingssfeer van het Haags Trustverdrag blijkt uit artikel 1 van Het Burgerlijk Wetboek, Boek 10, Internationaal Privaatrecht²³. Met het Haags Trustverdrag wordt bovendien het internationale rechtsverkeer tussen landen met een 'civil law' en 'common law' stelsel vereenvoudigd²⁴.

Artikel 19 van het Haags Trustverdrag ziet op de toepassing van het Nederlandse belastingrecht. Nederland wordt door het verdrag geheel vrijgelaten in zijn fiscale beoordeling van en bevoegdheden inzake de trust. Artikel 19 bepaalt namelijk:

'het Verdrag laat de bevoegdheden van de Staten op belastinggebied onverlet'

Hoe met artikel 19 uit het Haags Trustverdrag moet worden omgegaan, heeft de Hoge Raad uitgemaakt in de trustarresten van 18 november 1998.

3.2.5 Trustarresten van 18 november 1998

De inbrengers van vermogen in een trust meenden dat het ingebrachte vermogen niet meer van hen was en de begunstigten gaven het vermogen ook niet aan omdat zij vonden dat zij niet meer hadden dan een blote verwachting zonder geldwaarde. Wat betref de irrevocable discretionary trust kregen zij van de Hoge Raad²⁵ gelijk in het kader van de heffing van schenkingsrecht. Dit betreft de zogenaamde Trustarresten van 18 november 1998. Als gevolg van deze Trustarresten werd het vermogen en het inkomen uit een irrevocable discretionary trust nergens belast. De settlor, de beneficiaries en het doelvermogen bleven buiten de inkomstenbelastingheffing. Op deze manier is 'zwevend' onbelast vermogen ontstaan. Met 'zweven'²⁶ wordt bedoeld dat het afgezonderde particulier 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 begunstigten²⁷.

3.2.6 De opmars van de trust

Zoals eerder genoemd, werd het vermogen en het inkomen van een irrevocable discretionary trust nergens belast onder invloed van de rechtsregels zoals geformuleerd in de trustarresten. Niet bij de insteller, niet bij de beheerders en niet bij het doelvermogen zelf. Veel belastingplichtigen wilde het vermogen in een trust inbrengen omdat het vermogen, waar ze eerder nog belasting over diende te betalen, in zijn geheel niet belast zou worden. Veel belastingplichtigen beseften niet dat er ook definitief afstand gedaan moest worden van het vermogen. De begunstigten werden afhankelijk van een onbekende persoon die de trust beheert (trustee). De beheerder kon zelf, naar eigen inzicht beslissen of er een uitkering komt. Trusts werden daarom vooral opgericht in belastingparadijzen. Stichtingen werden opgericht op de Nederlandse Antillen waarin vooral geld werd ingebracht. Later werden ook aanmerkelijkbelangaandelen ingebracht. Door het inbrengen van aanmerkelijkbelangaandelen is er een grotere betrokkenheid van

²³ Inwerkingtredingsdatum: 01-01-2012; zoals laatstelijk gewijzigd bij: Stb. 2012, 313

²⁴ Kamerstuk 23054-(R1464), nr. 10, Vergaderjaar 1994-1995

²⁵ HR 18 november 1998, rolnrs. 31.756, 31.757, 31.758 en 31.759, *BNB* 1999/35-37, ECLI:NL:HR:1998:AA2564, AA2565, AA2566 en AA2567

²⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 11

²⁷ Wet van 17 december 2009, Stb. 2009, 564

de inbrenger ontstaan bij het besturen van het doelvermogen. Door de dwingende aansturing van de ex-groootaandeelhouder of van de familie ten opzichte van de beheerder, is de beheerder nauwelijks discretionair meer. De vermogende personen kwamen voor een dilemma te staan. Weegt de fiscale aantrekkelijkheid op tegen het verliezen van iedere beschikkingsmacht over het afgescheiden vermogen? Niet altijd en daarom bleef de inbrenger vaak via sideletters toch beschikkingsmacht houden over zijn ingebrachte vermogen. Via de sideletters kan de inbrenger alsnog bepalen wanneer er bepaalde uitkeringen gedaan moeten worden. Er is geen sprake meer van een discretionair doelvermogen, maar daardoor mogelijk, sprake van fiscale transparantie²⁸.

3.2.7 Redenen om een trust in te stellen

Vermogende particulieren hebben vooral interesse in de 'private trust'²⁹. De 'private trust' heeft als uitgangspunt om de privébelangen te behartigen. Deze privébelangen kunnen zeer divers zijn waardoor er vele redenen ontstaan om een trust in te stellen. De 'private trust' kan o.a. ingesteld worden om:

- kinderen te kunnen laten studeren,
- om de langstlevende partner verzorgd achter te laten,
- of om mindervermogende familieleden te ondersteunen.

Als de insteller maatschappelijk zeer betrokken is, wordt er soms ook een trust ingesteld om een deel van het privévermogen af te zonderen ten behoeve van een liefdadigheidsinstelling. De insteller zal aan de trustee de eerder genoemde 'letter of wishes' overhandigen waarin richtlijnen zijn aangegeven wat de trustee met het vermogen dient te doen. De 'letter of wishes' is echter niet juridisch afdwingbaar, de trustee hoeft zich hier niet aan te houden. Echter, doordat er vaak een protector benoemd is en deze een vetorecht heeft, zal men toch de instructies uit de 'letter of wishes' opvolgen.

In het beginsel werd een Anglo-Amerikaanse trust als non-transparante entiteit aangemerkt voor de toepassing van de Wet IB 2001. Dit kon worden afgeleid uit de eerder genoemde trustarresten. Nog steeds bleef het onduidelijk hoe trustaanspraken voor de inkomstenbelasting in aanmerking diende te worden genomen³⁰. Door alle onduidelijkheid omtrent de behandeling van de trust, het geen grip hebben op het 'zwevend' onbelaste vermogen, het wegsluizen van vermogen en het feit dat de belastinginspecteur en de belastingadviseur lijnrecht tegenover elkaar kwamen te staan, heeft de Staatssecretaris van Financiën besloten om helderheid te verschaffen via nieuwe wetgeving, vanaf 2010.

3.2.8 Wetgeving IB 1964

Inmiddels ligt de oude wetgeving ruim 14 jaar achter ons. Voor de trust is dat wat korter geleden. Art. 16, lid 4 AWR kent namelijk een verlengde navorderingstermijn van 12 jaren voor de vermogensbestanddelen die in het buitenland worden gehouden of daar zijn opgekomen. De navorderingstermijn van 12 jaar is inmiddels voorbij voor de Wet IB 1964. Alvorens er gekeken wordt naar de situatie vanaf 1 januari 2010 is het van belang om te kijken hoe de trust, meer specifiek de inbreng van een AB-pakket in een trust onder de Wet IB 1964 werd behandeld. Werde een AB-pakket onder de oude Wet

²⁸ HR 30 oktober 1985, BNB 1986/16

²⁹ <http://financieel.infonu.nl/diversen/38483-trust-een-financiele-constructie.html>

³⁰ www.licentacademy.nl, De fiscale behandeling van de Anglo-Amerikaanse trust in de Wet IB 2001, mr. J.P. de Boer en mr. Drs. F.T. Dijkstra, conclusie

ingebracht in een trust dan was in beginsel sprake van een AB-transactie³¹. Er zal moeten worden afgerekend over het voordeel dat behaald wordt met de vervreemding van de aandelen.

3.3 Situatie vanaf 1 januari 2010

Sinds 2010 spreken we niet zozeer meer over een doelvermogen maar spreken we in het algemeen over een Afgezonderd Particulier Vermogen, het APV. Door de wetwijziging per 1 januari 2010 is een wettelijke basis in de Wet IB 2001 opgenomen om inkomstenbelasting te heffen bij de in Nederland belastingplichtige inbrenger van een APV. De wetgever heeft uitdrukkelijk gekozen voor een integrale behandeling. De toerekeningsfictie geldt niet voor slechts één wet, maar voor verschillende wetten. De toerekeningsfictie is opgenomen in de inkomstenbelasting, schenk- en erfbelasting, de vennootschapsbelasting en de dividend belasting³². De toerekeningsfictie houdt in dat het APV wordt toegerekend aan degene die het vermogen heeft ingebracht³³ (heeft afgezonderd).

3.3.1 Ontmantelingsbesluit

Door de aangekondigde wetwijziging per 1 januari 2010 hebben veel oprichters van een APV, het APV in 2009 laten ontmantelen. Hierbij zijn doorgaans vermogensbestanddelen uitgekeerd aan de insteller of zijn naaste verwanten³⁴. Naar aanleiding van deze praktijkgebeurtenis heeft de staatssecretaris van Financiën een besluit uitgebracht met beleid over de bestrijding en ontmanteling van het APV. Het besluit is op 19 augustus 2011 in werking getreden, werkt terug tot en met 10 augustus 2011 en vervalt per 1 december 2011. In het besluit is opgenomen dat de Coördinatiegroep Constructiebestrijding van de Belastingdienst (hierna: CCB), de projectgroep APV en de belastinginspecteurs gezamenlijk optreden tegen deze structuren. Waar mogelijk wordt gebruik gemaakt van de (nieuwe) mogelijkheden van internationale gegevensuitwisseling. De afgesloten Tax Information and Exchange Agreements (hierna: TIEA) beginnen hun vruchten af te werpen. De TIEA is een overeenkomst³⁵ met tot nu toe ongeveer 30 belastingparadijzen dat ziet op gegevensuitwisseling met betrekking tot (alle) belastingen en bankinformatie. Tevens is in het besluit opgenomen dat in overleg met betrokkenen bij een APV naar een totaaloplossing wordt gezocht, waarbij fiscale transparantie van het APV naar de oprichter toe als uitgangspunt geldt. De inkeerregeling is van toepassing als aan de voorwaarden voor de inkeerregeling is voldaan. Dit houdt in dat meldingen van de ontmanteling (of het voornemen ervan) van het APV vóór 1 december 2011 moest geschieden.

3.3.2 Het nieuwe wettelijke stelsel vanaf 2010

Na een intensieve parlementaire behandeling geldt vanaf 1 januari 2010 voor doelvermogens in de inkomstenbelasting een eenvoudig en helder systeem: fiscale transparantie. Dat wil zeggen dat voor de trust, stichtingen en andere doelvermogens door de structuur heen wordt gekeken. Er komt een gezamenlijke naam voor deze doelvermogens: APV³⁶. Met dit nieuwe stelsel is Nederland voorloper in de strijd tegen

³¹ Art. 20a e.v. Wet IB 1964

³² Doelvermogens in het fiscale recht, 2^{de} editie, mr. W.J. van der Avoird

³³ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 8

³⁴ V-N 2011/42.7, Besluit, 10 augustus 2011, nr. BLKB/129M, Stcrt. 2011, 15048

³⁵ Presentatie Internationale uitwisseling van inlichtingen, R. Klein Neijenhuis en J. Roelofs

³⁶ R.J. Roerink, 'Fiscale behandeling APV's per 1 januari 2010', Het Register 2010/3, p. 24, kamerstukken II

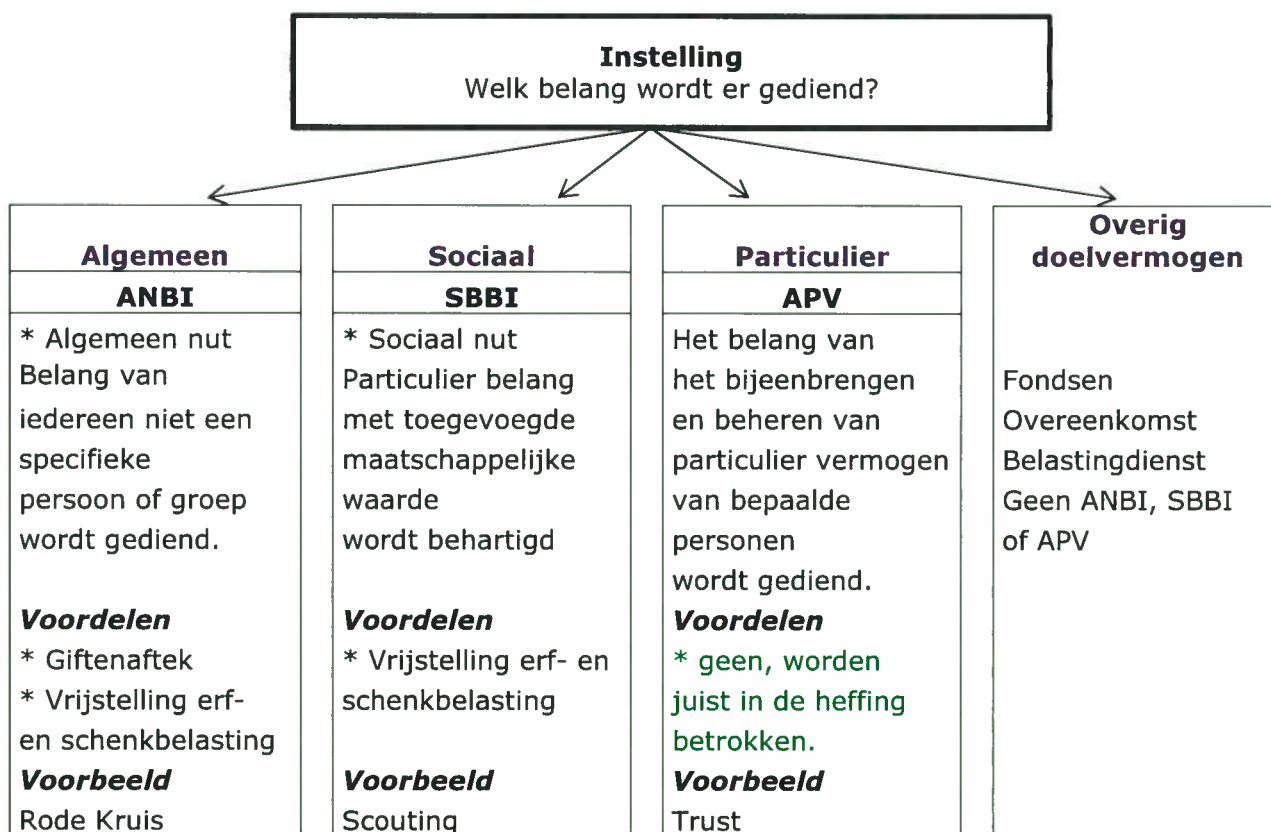
constructies met trust en stichtingen³⁷. De kernbepaling voor alle wetten is neergelegd in artikel 2.14a Wet IB 2001.

Wat opmerkelijk is, is dat de wetgever er voor gekozen heeft om de wettelijke basis voor het APV-regime op te nemen in afdeling 2.4 'toerekeningregels' in de Wet IB 2001 terwijl het APV door dezelfde wetgever bij fictie als transparant gezien word. In de praktijk is hierdoor een levendige discussie ontstaan die nog steeds niet tot een antwoord heeft geleid³⁸. In paragraaf 3.6 en 3.7 zal hier nader op worden ingegaan.

Met de invoering van het APV-regime heeft de Staatsecretaris van Financiën beoogd om het creëren van 'onbelast zwevend vermogen' door middel van doelvermogens tegen te gaan. De Staatssecretaris gaf in zijn wetsvoorstel³⁹ aan dat er vier categorieën aan doelvermogens zijn:

1. Afgezonderde particuliere vermogens (APV)
2. Sociaal belang behartigende instellingen (SBBI)
3. Algemeen nut beogende instellingen (ANBI)
4. Overige doelvermogens

Hoe wordt bepaald tot welke instelling het afgezonderd particulier vermogen thuishoort, is makkelijk af te lezen uit het volgende schema⁴⁰.



Omdat slechts de kolom 'APV' voor deze scriptie van belang is, zullen de overige kolommen niet behandeld worden.

2008/09, nr.31 930

³⁷ Fiscale behandeling van APV's per 1 januari 2010 (Coördinatiegroep Constructie Bestrijding van de Belastingdienst)

³⁸ VFP 2013/8, Nog geen duidelijkheid over toerekening en transparantie APV's, Drs. J.J.C. Peters

³⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930

⁴⁰ Leerboek Stichtingen en trust, Belastingdienst, (laatst bijgewerkt 14 april 2014)

3.4 Het afgezonderd particulier vermogen

Het Ministerie van Financiën denkt dat het geïnventariseerde 'zwevend' vermogen in doelvermogens in 2009 maar liefst circa 30 miljard euro bedroeg⁴¹. De staatsecretaris van Financiën becijferde zijn jaarlijkse derving aan inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting op ruim € 210 miljoen. Uit de wetsgeschiedenis⁴² blijkt dat de wetgever op zich niet tegen het afzonderen van vermogen is, ter bescherming van familievermogen. De wetgever is wel van mening dat het afzonderen van het vermogen geen heffingsvacuüm mag opleveren, waardoor de Nederlandse staat belastinginkomsten misloopt. Het tussen schuiven van een APV biedt geen extra voordelen maar ook geen extra nadelen. Personen met of zonder een APV dienen gelijk behandeld te worden. Deze toerekeningregel is opgenomen in artikel 2.14a Wet IB⁴³. De ratio van deze bepaling is om te bewerkstellingen dat opbrengsten en uitgaven van een APV, al naar gelang de aard daarvan in de inkomstenbelasting worden behandeld als inkomen uit werk en woning, inkomen uit aanmerkelijk belang of inkomen uit sparen en beleggen⁴⁴. Als bijvoorbeeld een aanmerkelijk belang tot het vermogen van het APV behoort, dient de inbrenger dit aandelenpakket in zijn belastingaangifte in box 2 op te nemen.

3.4.1 Wanneer is sprake van een APV?

Voor de definitie van het afgezonderd particulier vermogen is in de wet inkomstenbelasting een ruime omschrijving opgenomen. De definitie ligt vast in artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001:

'...een afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd, tenzij tegenover de afzondering van dit vermogen een uitreiking van aandelen, winstbewijzen.....of een economische deelgerechtigdheid is ontstaan'.

Onder een APV vallen derhalve niet een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap en dergelijke. Tevens wordt de inbreng van vermogen in een stichting tegen uitreiking van certificaten uitgesloten. Volgens de wetgever behoren tot het uitreiken van eigendomsbewijzen niet de uitreiking van oprichtersbewijzen of oprichtingsrechten die een Stichting Particulier Fonds naar Curaçaos recht kan toekennen aan de inbrenger. Onder economische deelgerechtigdheid moet volgens de wetgever gedacht worden aan een lidmaatschapsrecht van een Vereniging van Eigenaren. Kenmerk van een economisch deelgerechtigdheid is dat hierover kan worden beschikt en deze kan worden vervreemd of als zekerheid kan dienen⁴⁵. Een aandelen of personenvennootschap kwalificeert ook niet als een APV.

3.4.2 Wat is afzonderen?

Uit kamerstukken⁴⁶ blijkt dat onder afzonderen van vermogen wordt verstaan: het vervreemden, schenken, afsplitsen van genotsrechten en het verlenen van opties, maar ook fictieve vervreemdingen zoals bedoeld in artikel 4.16 Wet IB 2001. Alle schenkingen en ongebruikelijke afzonderingen van vermogensbestanddelen vallen er onder. Daarnaast

⁴¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 71

⁴² Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3

⁴³ eveneens Wet van 17 december 2009, Stb. 2009, 564

⁴⁴ MvT, kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3 (toelichting art. II, onderdeel A), V-N 2009/22.3, p. 82

⁴⁵ Leerboek Stichtingen en trust, Belastingdienst (laatst bijgewerkt 14 april 2014)

⁴⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 55 en 56

vallen ook de zakelijke vervreemdingen er onder, voor zover die vervreemding plaatsvindt aan een APV dat het particuliere belang beoogt van de vervreemder en zijn naaste familie (tot en met de 4^{de} graad, dus neven en nichten) blijkt uit de memorie van toelichting.

Ook het afzonderen van vermogen om niet of het zonder tegen prestatie overdragen van vermogen aan een APV valt onder artikel 2.14a lid 3 onderdeel a, Wet IB 2001. Met name hetgeen men in het maatschappelijke verkeer als ongebruikelijk ervaart is van belang⁴⁷. Het begrip 'afzonderen' wordt volgens de wetgever ruim uitgelegd om constructies tegen te gaan. Dit blijkt uit de begrippen 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect'⁴⁸. Door deze begrippen op te nemen in de Wet valt niet alleen de afzondering op basis van een overeenkomst onder de regeling, maar ook het feitelijk zonder overeenkomst in gebruik afstaan van vermogen. Met 'direct en indirect' beoogt de wetgever ook nog eens te voorkomen dat bij de tussenschakeling van een derde geen sprake zou zijn van het afzonderen, zoals het afzonderen van vermogen in een vennootschap die wordt gehouden door een SPF. Een BV doet bijvoorbeeld een uitdeling aan een aandeelhouder, de aandeelhouder brengt vervolgens het vermogen in, in een SPF. Afzonderen is een dynamisch begrip dat rekening houdt met de maatschappelijke ontwikkeling⁴⁹.

3.4.3 Meer dan bijkomstig particulier belang

'Particulier belang' is nergens omschreven in de wet. Uit de Memorie van Toelichting⁵⁰ blijkt wel wat onder 'particulier belang' moet worden verstaan:

"dat het belang slechts een beperkte groep personen, meestal familie aangaat. Gedacht moet worden aan een vader die bij de afzondering van vermogen zijn echtgenote en (klein) kinderen niet onverzorgd wil achterlaten. Maar ook de wens van een kinderloze oom om zijn neven en nichten te ondersteunen, valt onder het particulier belang"

'Meer dan bijkomstig' ziet zowel op de intentie van de inbrenger en de activiteiten (activiteitentoets) van het APV, als op de aard en de grootte van het vermogen (vermogenstoets).

Afhankelijk van de feiten en omstandigheden spreekt men van een belang dat 'meer dan bijkomstig' is, bij een belang van ongeveer 10% - 15%⁵¹. Bij een ANBI moet sprake zijn van ten minste 90% algemeen belang. Een ANBI mag uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het algemeen nut beogen. Een ANBI kan daarom niet onder een APV vallen (zie figuur 4). Er is discussie over de grens van het 10% belang. Om overlap tussen een APV en een ANBI te voorkomen moet volgens Hageman Lohuis en Ruijschop een ruimer % meer dan bijkomstig belang worden aangehouden⁵². Ter verduidelijking een voorbeeld, zoals gegeven is in de Memorie van toelichting:

Een stichting houdt bijvoorbeeld € 5.000.000 aan voor een niet nader omschreven doel. In enig jaar is slechts voor € 500.000 aan uitkeringen gedaan aan familieleden van de inbrenger. Hier is sprake van een afgezonderd particulier vermogen in de zin van artikel

⁴⁷ Art. 4a, lid 4, Uitv. Reg. Wet IB 2001

⁴⁸ Art. 2.14a lid 3 Wet IB 2001

⁴⁹ Leerboek Stichtingen en trust, Belastingdienst (laatst bijgewerkt 14 april 2014)

⁵⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 54

⁵¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 57

⁵² De herziene Successiewet 1956, Hageman Lohuis en Ruijschop 2009, blz. 44

2.14a Wet inkomstenbelasting 2001, omdat de feitelijke activiteiten gericht zijn op het particuliere belang.

3.4.4 Reële heffing

Lid 7 van art. 2.14a Wet IB 2001 is opgenomen om economisch dubbele belasting te voorkomen. Dit artikel bepaalt dat, indien het afgezonderd particulier vermogen in het buitenland wordt betrokken in een naar Nederlandse begrippen reële winstbelasting, er in Nederland geen belastingheffing meer zal plaatsvinden. Dit houdt in dat het APV zelf onderworpen moet zijn aan een belastingheffing naar de winst. Van een naar Nederlandse begrippen reële winstbelasting is sprake – zo wordt algemeen aangenomen – bij een heffing van ten minste 10% over de grondslagen die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse grondslagen⁵³.

Is er sprake van een reële heffing dan bepaalt de Wet⁵⁴ dat de toerekening buiten aanmerking blijft. Men spreekt dan ook wel van de toerekeningsstop. Hierbij wordt teruggekeerd naar de hoofdregel dat de APV voor fiscale doeleinden zelfstandig in aanmerking wordt genomen in plaats van een verrekening waarbij de buitenlandse belasting wordt verrekend⁵⁵. Voor de toerekeningsstop is vereist dat het APV wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing, waarbij het afgezonderd particulier vermogen wordt geacht een onderneming te drijven met behulp van zijn gehele vermogen⁵⁶. In het eerder genoemde ontmantelingsbesluit is opgemerkt dat de toerekeningstop ertoe heeft geleid dat de werkelijke leiding van APV's in/na 2010 in een aantal gevallen is verplaatst naar jurisdicties met een naar Nederlandse maatstaven reële belastingheffing⁵⁷. Deze bedoelde verplaatsing heeft in 2010 ook plaatsgevonden in de omschreven casus in hoofdstuk 2.

3.5 Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (SPF)

In de casus van deze scriptie is er sprake van een SPF. Het is van belang voor de uitwerking van de casus om te weten wat een SPF is. Hoe is een SPF ontstaan? Hoe en wie kan een SPF oprichten? Moet een SPF in de belastingheffing betrokken worden? En wie is de eigenaar van een SPF? Drijft de SPF een onderneming?

3.5.1 SPF algemeen

Op 13 oktober 1998 hebben de Staten van de toenmalige Nederlandse Antillen (hierna: N.A.) de ontwerp landsverordening goedgekeurd waarbij de Stichting Particulier Fonds werd geïntroduceerd. De landsverordening is per 31 oktober 1998 in werking getreden⁵⁸. De SPF is per 1 november 1998 ingevoerd op de N.A. Daarmee kwam de Nederlands Antilliaanse overheid tegemoet aan de gebleken (offshore) behoefte tot het afzonderen van particulier vermogen in een rechtspersoonlijkheid bezittende entiteit, zonder dat dit per definitie tot gevolg heeft dat dit vermogen nog slechts voor goede doelen kan worden aangewend. Uit een presentatie van mevrouw van de Griek, gegeven op 30 maart 2011

⁵³ Cursus Belastingrecht, Inkomstenbelasting, studenteneditie 2012-2013, p. 91

⁵⁴ Art. 2.14a, lid 7, Wet IB 2001

⁵⁵ WPNR 2013/6995, Prof. Dr. J.P. Boer 'Het APV-regime; overzicht en actuele ontwikkelingen'

⁵⁶ Nota van wijziging van wetsvoorstel 32 129 (overige fiscale maatregelen 2010)

⁵⁷ Besluit 10 augustus 2011, BLKB 2011/1291M, *NTFR* 2011/1914, G.J.M.E. de Bont, 'De APV-inkeurgoedkeuring: valstrik voor de belastingadviseur?', *NTFR* 2011/2160

⁵⁸ Publicatieblad, 30 oktober 1998

aan de Universiteit van de N.A. zou je kunnen opmaken dat de SPF voornamelijk voor en door Nederlanders wordt gebruikt sinds de introductie ervan. De SPF geldt voor de adviespraktijk als een goed alternatief voor de Anglo-Amerikaanse trust. Dit blijkt ook uit de cijfers van de Kamer van Koophandel (hierna: KvK) van Curaçao. Vanaf oktober 1998 tot en met 2009 zijn er ongeveer 4.000 SPF's opgericht.

3.5.2 Oprichting, oprichter en de statuten

Een SPF wordt opgericht bij notariële akte indien de oprichter nog leeft of, indien dat niet meer het geval is, krachtens testament. De SPF is een rechtspersoon. Het is een bijzondere stichting in die zin dat het een SPF is toegestaan uitkeringen te doen aan begunstigten zonder dat daarbij de beperking geldt dat deze gekoppeld moet zijn aan goede doelen, m.a.w. het uitkeringsverbod dat geldt voor een gewone stichting geldt niet voor de SPF. Een SPF is altijd 'irrevocable': de SPF is immers een rechtspersoon die na oprichting niet zo maar te herroepen is. Slechts een rechter is bevoegd om op verzoek van een belanghebbende de SPF te ontbinden.

Aan de betrokkenen wordt de vrijheid gelaten om met inachtneming van de wettelijke voorschriften en in overleg met de notaris aan de SPF vorm te geven. De kracht van de SPF is gelegen in de mate van flexibiliteit waarmee de statuten kunnen worden opgesteld. De oprichter bepaalt hoe de statuten ingericht moeten worden. In de statuten kunnen aan de oprichter specifieke rechten toegekend worden. De zogenaamde oprichtersrechten of oprichtersbewijzen. Deze rechten geven de oprichter van de SPF de mogelijkheid om ook na oprichting van de SPF en inbreng van vermogen nog invloed op de SPF te kunnen blijven uitoefenen. Dit kan ook via een 'letter of wishes'.

De statuten zijn gebaseerd op de openbare orde en goed zeden. Er zijn maar een paar wettelijke vereisten waaraan de statuten van een SPF moeten voldoen, namelijk:

1. de statuten moeten de naam van de stichting inhouden met het woord 'stichting particulier fonds' of een vertaling daarvan als deel van de naam (bijv. private foundation);
2. de statuten moeten de doelomschrijving omvatten;
3. in de statuten moeten de namen van de eerste bestuurders van de SPF worden opgenomen;
4. de SPF moet worden geregistreerd in het openbaar Stichtingenregister van de KvK op Curaçao.

Wijziging van de statuten kan alleen plaatsvinden bij notariële akte en dan alleen nog maar als de statuten zelf in de mogelijkheid van wijziging voorzien of in gevallen waarin de bevoegdheid tot wijziging is gegeven aan de rechter.

In de praktijk vindt de formele oprichting plaats door een op Curaçao gevestigd trustkantoor of door een aldaar gevestigde dochteronderneming van een (Nederlandse) bank. Dit wordt gedaan om te voorkomen dat de naam van degene ten behoeve van wie de SPF uiteindelijk is opgericht (insteller) vermeld wordt in de openbare registers van de KvK op Curaçao. Om fiscale redenen blijft de insteller liever anoniem.

Op straffe van onderworpenheid van het door de SPF behaalde resultaat aan de winstbelasting op Curaçao mag de SPF geen onderneming drijven. Als drijven van een onderneming wordt niet aangemerkt:

- het zich bezighouden met beleggingen van kapitaal van de SPF, ongeacht de aard van die beleggingen;
- het houden van een belang in een ander rechtspersoon ;
- het deelnemen in een commanditaire vennootschap als commanditair vennoot.

Bij de oprichting van de SPF zijn de volgende personen betrokken:

- de oprichter van de SPF;
- het bestuur van de SPF;
- de begunstigde(n);
- optioneel: een Raad van Advies, een Raad van Toezicht of een College van beschermheren.

3.5.3 Bestuur

De SPF dient een in Curaçao (soms op St. Maarten, Aruba of Bonaire) gevestigde bestuurder of gevolmachtigde te hebben. In de meeste gevallen zal een trustkantoor deze functie voor de cliënt vervullen. De SPF moet op Curaçao een lokale bestuurder of vertegenwoordiger hebben. Deze lokale bestuurder mag zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon zijn. Meestal is de lokale bestuurder van de SPF ook de enige bestuurder van de SPF. Het bestuur van de SPF is belast met de dagelijkse werkzaamheden, zoals het bewaken en beheren van het vermogen. Het bestuur heeft de zeggenschap over het in de SPF ingebrachte vermogen, tenzij de insteller zelf deelneemt aan het bestuur of dat de insteller via de 'letter of wishes' of via de oprichtersrechten zijn invloed kan uitoefenen. Indien hiervan sprake is en het bestuursbeleid van de SPF wordt met name bepaald door de insteller van de SPF, bestaat het gevaar dat de SPF fiscaal als transparant wordt aangemerkt⁵⁹. Het bestuur moet onafhankelijk zijn en zelfstandig het beleid van de SPF kunnen bepalen.

3.5.4 Wie is de 'eigenaar' van de SPF

De SPF wordt meestal opgericht door trustkantoren of dochterondernemingen van (Nederlandse) banken. Na de officiële oprichting van de SPF kunnen oprichtersrechten worden overgedragen aan de persoon voor wie de SPF is opgericht, dit is de insteller van de SPF. Doordat bij de oprichting van de SPF in de statuten aan de insteller bijzondere rechten worden toegekend, blijft de insteller zelf invloed uitoefenen op het door hem ingebrachte vermogen als ware het nog zijn eigen vermogen. De insteller met oprichtingsrechten wordt derhalve vaak als eigenaar (van het vermogen) van de SPF aangemerkt. Dit leidt fiscaal tot transparantie, de SPF wordt in zijn geheel weggedacht en het vermogen wordt toegerekend aan de insteller als ware het zijn eigen vermogen.

3.5.5 Begunstigde van de SPF

De begunstigde is diegene aan wie het vermogen dat door de insteller in de SPF is ingebracht en/of de met dit vermogen behaalde inkomsten, toekomt. De begunstigde of de kring van begunstigde is meestal al bij oprichting vastgelegd in de akte of statuten. Een begunstigde hoeft niet op de hoogte te zijn van het feit dat hij begunstigde is. Een latere vermelding van een begunstigde in de 'letter of wishes' is ook mogelijk. De begunstiging is daardoor steeds aan te passen. De begunstigde heeft geen vordering op de SPF. De begunstigde verkrijgt via een 'letter of wishes' ook geen juridisch afdwingbaar recht. Indien je als begunstigde wel een juridisch afdwingbaar recht (fixed trust) hebt ten laste van een APV, wordt je in zoverre in de belastingheffing betrokken⁶⁰, maar slechts voor het niet-discretionaire deel. Als voorbeeld kan gegeven worden:

⁵⁹ Vergelijk HR 30 oktober 1985, *BNB* 1986/16 en Hof Amsterdam, 11 februari 2002, 00/3996, V-N 2002/18.3.6

⁶⁰ 'De express private trust', Gilissen, p. 470, Art. 4a, lid 1, UR IB 2001

In de trust zit € 600.000 wat op de bank staat als eigen vermogen. De jaarlijkse verplichting is € 5.000 aan de begunstigde. Een begunstigde heeft het recht om gedurende de rest van zijn leven jaarlijks € 5.000 te ontvangen (bepaalbaar, fixed trust, juridisch afdwingbaar). Er is sprake van een tegenprestatie dan valt de waarde van dat recht in box 3⁶¹. Wat onder tegenprestatie wordt verstaan moet bekeken worden vanuit de schuldenaar volgens de Hoge Raad⁶². Het onderbrengen van vermogen in een trust is een prestatie, de tegenprestatie daarbij was de verplichting tot het doen van periodieke uitkeringen aan begunstigten. De waarde wordt contant gemaakt tegen bijvoorbeeld een factor 10. Dan is het niet-discretionaire deel € 50.000 en het discretionaire deel € 550.000. Het discretionaire deel wordt toegerekend aan de inbrenger. De inbrenger geeft dus het totale vermogen aan wat hij heeft ingebracht minus het niet-discretionaire deel.

Rijst de vraag wanneer er een juridisch afdwingbaar recht ontstaat/ontstaan is. Volgens Boer⁶³ kan er geleund worden op twee arresten van de Hoge Raad⁶⁴ uit 2013. Beide arresten hebben betrekking op de Wet IB 2001 vóór invoering van het APV-regime maar volgens Boer zijn ze van belang bij de vraag in welke gevallen een juridisch afdwingbaar recht bestaat. De Hoge Raad houdt volgens Boer vast aan een juridische benadering en kent minder belang toe aan materiële elementen, zoals veronderstelde bemoeienis. Het bestuur moet echter wel, na het overlijden van de insteller de wensen en verwachtingen van de insteller uitvoeren die zijn vastgelegd⁶⁵.

3.5.6 Vestigingsplaats SPF

De feitelijke vestigingsplaats van de SPF dient zich op Curaçao te bevinden. Fiscaal is als vestigingsplaats aangemerkt: daar waar de feitelijke leiding van de SPF zich bevindt. Vindt de feitelijke leiding plaats vanuit de woonplaats van de insteller dan is de SPF niet gevestigd op Curaçao maar in de woonplaats van de insteller. Men kan duidelijkheid⁶⁶ scheppen door te zorgen dat er in de statuten wordt bepaald dat er slechts besluiten worden genomen in bestuursvergaderingen die in Curaçao plaatsvinden.

3.5.7 Belastingplichtig op Curaçao

Op Curaçao is de SPF niet onderworpen aan winstbelasting over haar inkomen, mits de SPF geen bedrijf uitoefent. Wel is het op Curaçao per 1 januari 2012 mogelijk voor een SPF om te opteren voor onderworpenheid aan 10% winstbelasting. Men spreekt dan van een zogenoemde 10%-SPF⁶⁷.

3.6 Fiscale transparantie of toerekening

In de praktijk blijkt nog veel onduidelijkheid te bestaan over de termen 'transparantie' en 'toerekening' (per specifieke casus). De wet in combinatie met de parlementaire behandeling⁶⁸ is niet duidelijk. Enerzijds is in de wet de toerekeningsregeling

⁶¹ Art. 5.3 Wet IB 2001

⁶² HR 14 juli 2006, nr. 39.201 en 39.262, BNB 2007/18, HR 26 oktober 2007, nr. 42.537, BNB 2008/122

⁶³ WPNR 2013/6995, Prof. Dr. J.P. Boer 'Het APV-regime; overzicht en actuele ontwikkelingen'

⁶⁴ HR 15 maart 2013, nr. 12.03372, BNB 2013/119, noot Boer en HR 15 februari 2013, nr. 12.01040, BNB 2013/118, noot Boer

⁶⁵ Haviltex-arrest, 1981

⁶⁶ HR 23 september 1993, BNB 1993/193

⁶⁷ S. Olde Bijvank, Anti-misbruikwetgeving voor de APV per 1 januari 2014, FTV 2013/55

⁶⁸ Staatsecretaris –Financiën 28 april 2009, nr. 31 930, nr. 3 MvT

opgenomen, anderzijds wordt gesproken over een transparante benadering voor opgezette structuren. In de literatuur wordt door menig fiscalist aandacht besteed aan deze materie. De fiscus heeft op dit knelpunt ook een standpunt ingenomen. Het rommelt flink op dit fiscale terrein. Peters-van Neijenhof en Van der Zeijden⁶⁹ stellen dan ook terecht de vraag: Hoe moet er concreet worden omgegaan met 'transparantie' en met 'toerekening'? En maakt het eigenlijk wat uit of er sprake is van fiscale toerekening van het APV of fiscale transparantie?

3.6.1 Transparantie

Transparantie⁷⁰ betekent dat alle bezittingen en schulden alsmede alle opbrengsten en uitgaven van het APV worden toegerekend alsof het APV zelf niet bestaat. Het APV wordt als het ware genegeerd. Het tussenschuiven van een APV biedt geen extra voordelen of nadelen. Personen met een APV en personen zonder een APV dienen gelijk behandeld te worden.

3.6.2 Hoofdregeel: fiscale transparantie in verschillende wetten

De kern van de nieuwe regeling per 1 januari 2010 voor de belastingheffing van afgezonderde particuliere vermogens, is algehele fiscale transparantie. De staatssecretaris beoogde met de invoering van de APV-regeling een robuuste wettelijke basis te creëren waarin de economische werkelijkheid zou prevaleren boven de juridische vormgeving⁷¹. De wetgever⁷² heeft gekozen voor een integrale behandeling. Niet voor één, maar voor verschillende wetten geldt fiscale transparantie. Fiscale transparantie is verankerd in de inkomstenbelasting, de schenk- en erfbelasting, deels in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: VPB'69) en de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: DIV '65).

Inkomstenbelasting

In art. 2.14a Wet IB 2001 is de kernbepaling neergelegd voor alle van toepassing zijnde wetten. Lid 1 zegt; '.....worden de bezittingen en de schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van een APV, als bedoeld in het tweede lid, geacht bij degene die dat vermogen bij leven of overlijden heeft afgezonderd tot zijn bezit te behoren, onderscheidenlijk op te komen....' Hieruit kan worden afgeleid dat de APV wordt weggedacht en dat er sprake is van fiscale transparantie.

Schenk- en erfbelasting

In de artikelen 16, 17, 17a en 26a van de Successiewet 1956 (hierna: SW '56) en in art. 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting dringt tevens de transparantie van de inkomstenbelasting door. Uit artikel 17a SW '56 blijkt dat afzonderen van een vermogensbestanddeel (schenking) aan een APV niet belast is met schenkbelasting. Dat is ook logisch bij transparantie, want je schenkt eigenlijk aan je zelf en dat is logischerwijze niet belast. Het afzonderen van een vermogen in een APV kan derhalve belastingvrij plaatsvinden. Bij een verkrijging door een persoon, anders dan de inbrenger uit de APV wordt voor de berekening van de schenkbelasting⁷³ door het APV heen gekeken (transparantie). Er wordt geacht te worden verkregen van de persoon waarop

⁶⁹ F. van der Zeijden, WPNR 2012-6949

⁷⁰ R.J. Roerink, 'Fiscale behandeling APV's per 1 januari 2010', Het Register 2010/3, p. 24

⁷¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, VFP 2013/8, Drs. J.J.C. Peters 'Nog geen duidelijkheid over toerekening of transparantie APV's'

⁷² Kamerstukken II 2008/09, 31 930

⁷³ Art. 26a successiewet 1956

artikel 2.14a Wet IB 2001 van toepassing is. Er is schenkbelasting verschuldigd op grond van art. 24 lid 1 SW '56. Overlijdt de inbrenger dan wordt er erfbelasting geheven.

Vennootschaps- en dividendbelasting

Ook in de vennootschaps- en dividendbelasting wordt het tussenschuiven van een APV fiscaal als transparant gezien. Art. 18, lid 15 VPB en art. 4, lid 8 onderdeel d DIV '65 zien hierop. Als een APV, waarin een BV is ingebracht een winstuitdeling doet, wordt de APV weggedacht en vindt er eerst een belaste winstuitdeling plaats aan de aandeelhouder. De aandeelhouder zal vervolgens de winstuitdeling schenken aan het APV, uiteraard onbelast op grond van de SW'56.

Tenslotte kent de Wet IB 2001 in art. 10.9 een bepaling die van transparantie uitgaat en dat ook met zoveel woorden beschrijft. In deze bepaling worden, onder voorwaarden, de werkzaamheden, rechten en verplichtingen van een rechtspersoon toegerekend aan de aandeelhouder(s) daarvan, het natuurschoonlichaam. Er wordt als het ware door de rechtspersoon heen gekeken. De rechtspersoon is als fiscaal transparant te beschouwen.

3.6.3 Toerekening

In de wet IB 2001, is in afdeling 2.4 'Toerekeningsregels' onder ander het volgende opgenomen:

- Art. 2.14 de toerekening tussen en binnen de belastbare inkomens, de zogenoemde 'rangorderegeling'.
- Art. 2.15 de toerekening van het belastbare inkomen, de rendementsgrondslag en de geheven dividendbelasting van de minderjarige kinderen dat wordt toegerekend aan de ouder die het gezag over het kind heeft.
- Art. 2.16 de toerekening van de inkomensbestanddelen, de bestanddelen van de rendementsgrondslag, de geheven dividendbelasting en korting voor groene beleggingen voor fiscale partners.

Bovenstaande bepalingen geven weer dat inkomensbestanddelen van een belastingplichtige en zijn partner in aanmerking worden genomen bij degene door wie de inkomensbestanddelen worden genoten of op wie ze drukken. Bij de rendementsgrondslag worden de bestanddelen in aanmerking genomen bij degene tot wiens bezit ze toebehoren. Toch kunnen fiscale partners, door middel van toerekening ieder jaar kiezen aan wie de gemeenschappelijke inkomensbestanddelen, de gezamenlijke grondslag sparen en beleggen en de dividendbelasting (als voorheffing) worden toegerekend in de onderlinge verhouding die ze bij het indienen van de aangifte zelf kiezen.

Per 1 januari 2010 wordt in de afdeling 'Toerekening' artikel 2.14a Wet IB 2001 opgenomen. Volgens de wettekst worden inkomsten en het vermogen van een APV toegerekend aan de inbrenger, zijn erfgenamen of begunstigde. Artikel 2.14a Wet IB 2001 geldt overigens alleen voor het discretionaire deel. Zoals eerder vermeldt worden de juridisch afdwingbare rechten (het niet-discretionaire deel) toegerekend aan de begunstigten. Dit was voor de wetswijziging reeds zo en is dus niet veranderd onder de nieuwe wet.

Er vindt geen toerekening plaats aan de inbrenger als de APV zelfstandig in de heffing wordt betrokken, let wel naar een tarief van 10% (de eerder genoemde reële heffing). Tevens vindt er geen toerekening plaats bij overlijden van de inbrenger aan de erfgenamen, die geen begunstigde is, artikel 2.14a lid 6. De erfgenaam kan namelijk

tegenbewijs leveren om onder de toerekeningsbepaling uit te komen. De erfgenaam moet aantonen dat hij niet als begunstigde is opgenomen in de akte van de APV.

3.6.4 Bestaat er verschil tussen transparantie en toerekening?

Doordat de wetgever bij de parlementaire behandeling steeds de termen transparantie en toerekening door elkaar haalde, maar het wetsartikel voor de APV's heeft opgenomen in afdeling 2.4, 'Toerekeningsregels' is er heel veel verwarring ontstaan. Leidt de toepassing van art. 2.14a Wet IB 2001 nu tot transparantie of toerekening? Bestaat er wel een verschil tussen transparantie en toerekening?

In de literatuur is de wetgever op vele knelpunten en constructiefouten gewezen door onder andere Auerbach en van der Zeijden. Uit literatuurstudie blijkt dat belastingconsultanten onderling ook van mening verschillen. Tot nu toe is er nog geen enkele zaak geweest over deze materie bij de rechter.

Auerbach⁷⁴ stelt dat de wetgever in de memorie van toelichting de APV als transparant aanmerkt en de APV daardoor als aparte entiteit wordt genegeerd. Auerbach vraagt zich af of de bedoeling van de wetgever ook in de wettekst tot uitdrukking is gekomen. De wettekst van art. 2.14a Wet IB 2001 bevat namelijk niet de bepaling dat de APV niet zou bestaan voor de belastingheffing. Er wordt slechts gesproken van '...geacht bij degene die dat vermogen bij leven of overlijden heeft afgezonderd tot zijn bezit te horen, onderscheidenlijk op te komen (toerekening)'. Wanneer men echter de bedoeling van de wetgever (transparantie) in zijn achterhoofd houdt bij het lezen van het artikel, kan wellicht ook lezen dat er niet bepaald wordt dát moet worden toegerekend, maar aan wie. Feit blijft wel dat de wetgever verzuimd heeft om zijn echte bedoeling in de wet op te nemen. Tenslotte heeft hij de regels voor de APV's opgenomen in afdeling 2.4 'Toerekeningsregels'. Auerbach stelt verder redenerend, dat het voor de hand lijkt te liggen dat het APV zijn eigen inkomen en vermogen heeft, maar dat de ingebrachte bestanddelen voor de Wet IB 2001 worden toegerekend aan de persoon die art. 2.14a Wet IB 2001 daartoe aanwijst. Hieruit blijkt volgens Auerbach dat transparantie heel iets anders is dan toerekening.

Van der Zeijden⁷⁵ stelt de vraag of er wel een verschil bestaat tussen toerekening en transparantie. Van der Zeijden vindt de discussie over toerekening en transparantie theoretisch een interessante discussie, maar stelt dat we bij zowel toerekening als bij transparantie uitkomen op dezelfde fiscale gevolgen op grond van de parlementaire geschiedenis⁷⁶. Transparantie zegt volgens Van der Zeijden iets over het 'subject' (wie) van het APV en toerekening heeft slechts betrekking op een fiscale fictie, terwijl het 'wezen' van het APV erkent blijft. De invulling van de regeling in andere wet- en regelgeving, de parlementaire geschiedenis en de transparantie van art. 10.9 Wet IB 2001 brengen Van der Zeijden tot de conclusie dat er sprake is van transparantie bij art. 2.14a Wet IB 2001 ondanks de plaatsing in de afdeling 2.4 'Toerekening' in de Wet IB 2001.

Benader je art. 2.14a Wet IB vanuit transparantie dan wringt het toch weer met de reële heffingstoets van art. 2.14a, lid 7 Wet IB 2001, de toerekeningsstop. Bij de toerekeningsstop worden bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven,

⁷⁴ WFR 2010/1172, X.G.R. Auerbach, 'afgezonderd particulier vermogen: constructiefouten'

⁷⁵ WPNR 2012/6949, F. van der Zeijden, 'Over toerekening en transparantie'

⁷⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 52 en 110

die in de reële heffing worden betrokken, niet toegerekend aan de inbrenger. De APV wordt geacht met zijn gehele vermogen een onderneming te drijven⁷⁷. Dan is er weer sprake van non-transparantie. Uit kamerstukken⁷⁸ is op te maken dat er een activiteitentoets moet plaatsvinden om te beoordelen of er sprake is van een reële heffing. Lukt dit niet dan moet er een vermogenstoets plaatsvinden.

Boer en Freudenthal⁷⁹ stellen beide dat de wetgever uitgaat van dualiteit; enerzijds van transparantie en anderzijds van non-transparantie. De wetgever vindt van niet. De wetgever zou met de invoering van Art. 2.14a Wet IB 2001 alleen antwoord hebben willen krijgen of er sprake is van afgezonderd particulier vermogen. Is dat het geval dan wordt slechts het discretionaire deel in aanmerking genomen. Er kan dus wel verschil in transparantie en toerekening bestaan.

Gillissen⁸⁰ vindt dat het met de onduidelijkheid tussen transparantie en toerekening wel meevalt. Gillissen stelt dat de fiscale transparantie van de entiteit wordt bereikt d.m.v. een fiscale toerekening. Gillissen ziet kennelijk niet de ogenschijnlijk tegenstrijdige situatie die Boer opwerpt. Gillissen beschrijft wel dat de afzondering van vermogensbestanddelen geen belaste handeling vormt.

Hoogwout⁸¹ stelt: 'Ervan uitgaande dat iemand de enige inbrenger is in een door hem ingesteld APV, vormt de afzondering van vermogensbestanddelen geen belaste handeling. Voor de inkomstenbelasting noch schenkbelasting is sprake van een heffingsmoment. Hoofregel is fiscale transparantie over alle wetten heen.

3.7 Toepassing op de casus

In de casus speelt de vraag of er sprake is van toerekening of transparantie een hele grote rol. In beginsel moet worden afgevraagd waar men moet beginnen met de beoordeling van de problematiek. Voor 2010 was het makkelijk. Een APV was transparant of niet. Uit een arrest van de Hoge Raad⁸² blijkt dat er sprake is van transparantie als de inbrenger over het afgezonderde vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen is. De parlementaire behandeling merkt op dat er niet meer naar deze stijl van transparantie zal worden gekeken, al staat dat weer haaks op de bedoeling van de wetgever. De wetgever heeft namelijk uitdrukkelijk aangegeven dat er bij de beoordeling van het afgezonderd vermogen gekeken zal worden of de inbrenger direct of indirect nog veel beschikkingsmacht heeft. Bij verplaatsing van vermogen zal kritisch beoordeeld moeten worden of er wel sprake is van een reële heffing. Fiscalisten zoals Auerbach, Van der Zeijden, Boer, Freudenthal en Hoogwout hebben ieder hun eigen visie op transparantie en toerekening. Dit maakt het er in de praktijk niet makkelijker op en iedere casus zal derhalve ook apart beoordeeld en behandeld moeten worden.

Om tot een voorlopige conclusie te kunnen komen met betrekking tot de casus moet er eerst naar de feiten van de casus worden gekeken en als tweede pas naar het toepassen

⁷⁷ Art. 2.14a, lid 7 Wet IB 2001

⁷⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 110-111

⁷⁹ 'De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust': afgezonderd of niet, J.P. Boer, R.M. Freudenthal, Themanummer Wetsvoorstel 31.930: wijzigingen in de Successiewet en inkomstenbelasting, WPNR 2009, nr. 6802, p. 483-530

⁸⁰ G. Gillissen, 'De expres private trust', p. 327 en 332

⁸¹ T.C. Hoogwout, 'Het pletten van de Edelweiss met een mokerslag', FTV 2012/02

⁸² HR 30 oktober 1985, nr. 22.715, BNB 1986/16

van de fiscale wetgeving. In de casus vindt er een inbreng van vermogen plaats vanuit het vermogen van een natuurlijk persoon naar een SPF dat gevestigd is op Curaçao op 5 augustus 2010.

Fiscale transparantie

Uitgaande van fiscale transparantie verwoord in de memorie van toelichting wordt de SPF weggedacht en heeft er fiscaal gezien helemaal geen overdracht van vermogen plaatsgevonden van het privévermogen van belanghebbende X naar SPF Y op 5 augustus 2010. De transactie wordt genegeerd omdat de SPF transparant is en het vermogen dan wordt toegerekend aan de inbrenger. Er vindt geen transactie plaats. Uit de memorie van toelichting zou men verder kunnen concluderen dat er voor de inkomstenbelasting en de schenkbelasting geen sprake is van een heffingsmoment. De inbrenger, belanghebbende X wordt bij transparantie namelijk geacht de vermogensbestanddelen te bezitten.

Toerekening

Gaat men uit van de tekst van art. 2.14a Wet IB 2001, zoals opgenomen in de afdeling 2.4 'Toerekeningregels' in de Wet IB 2001 zou er sprake kunnen zijn van een belaste transactie als belanghebbende X op 5 augustus 2010 aanmerkelijkbelangaandelen inbrengt in SPF Y, met vervolgens een 'terug-toerekening' van het ingebrachte vermogen aan de persoon die het vermogen heeft ingebracht. Er zal dan moeten worden afgerekend over de verkregen voordelen uit de vervreemding van de aanmerkelijkbelangaandelen. De wettekst zegt in Art. 2.14a Wet IB 2001 lid 1 namelijk '(toerekening)'. Art. 2.14a Wet IB 2001 geldt voor de gehele wet IB, dus ook voor het aanmerkelijk belang dat is opgenomen in hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001.

4. De reikwijdte van art. 4.16, lid 1, onderdeel f en g Wet IB 2001

4.1 Inleiding

In de casus, zoals omschreven in hoofdstuk 2 van de scriptie is er sprake van het vervreemden van aandelen in civielrechtelijke zin. Of er ook sprake is van een vervreemding in fiscaalrechtelijke zin is echter niet zo makkelijk te bepalen. Niet iedere (rechts)handeling hoeft een vervreemding in te houden dat valt onder de reikwijdte van het fiscale begrip vervreemding. Belastingplichtigen zullen proberen om een situatie te vervormen die mogelijk een vervreemding in civielrechtelijke zin in het leven roept. Vaak op zo'n manier dat het belastbare feit wordt vermeden dan wel omzeilt wordt⁸³. De Belastingdienst heeft constructies gesignaleerd in de sfeer van het aanmerkelijkbelangregime, waarbij getracht wordt de in Nederland opgebouwde aanmerkelijkbelangclaim door enkele manoeuvres af te schudden⁸⁴. Is hiervan sprake in de onderhavige casus? Om de casus te kunnen oplossen is het van belang om te weten wat een aanmerkelijk belang, een (fictieve) vervreemding en vervreemdingsvoordelen in de zin van de Wet inkomstenbelasting 2001 inhouden.

In paragraaf 4.2 wordt eerst een omschrijving van een aanmerkelijk belang gegeven. In paragraaf 4.3 wordt beschreven wat een vervreemding is, waarna in paragraaf 4.4 de fictieve vervreemding wordt behandeld. De toepassing van de theorie op de casus is te lezen in paragraaf 4.5.

4.2 Een aanmerkelijk belang

In artikel 4.6 wet IB 2001 is het begrip aanmerkelijk belang (hierna: AB) opgenomen. Uit artikel 4.6 wet IB 2001 is voor de casus slechts onderdeel a van toepassing. Het begrip AB omvat met het oog op de casus derhalve:

'de belastingplichtige heeft een aanmerkelijk belang indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect⁸⁵:

a. voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;'

Er is sprake van een direct AB indien de aandeelhouder zelf eigenaar is van de aandelen. Van indirect belang spreekt men als men via een andere vennootschap (met een in aandelen verdeeld kapitaal) een AB heeft. Van belang voor het zijn van een aandeelhouder is slechts het economisch eigendom van belang. Het juridisch eigendom hebben, is in zijn geheel niet van belang. Er dient derhalve altijd de vraag gesteld te worden; voor wiens rekening en risico komen de aandelen?

⁸³ Een van de type gedragingen dat gericht is op belastingontwijking (zie daarover uitgebreid: D.A. Albregtse, 'Belastingontwijking en de bestrijding ervan: een economische benadering', in P. Kavelaars, 'Ongewenste Belastingontwijking?' De jacht naar een fair share, Rotterdam 2013, p. 8-9.

⁸⁴ L.J.A. Pieterse, 'Vervreemding van een aanmerkelijk belang; een grensverkenning?', NDFR/NTFR-B2014-3

⁸⁵ Art. 4.6, lid 1, onderdeel a, wet IB 2001

4.2.1 Inkomen uit een aanmerkelijk belang

In artikel 4.12 wet IB 2001 is vastgelegd wat men verstaat onder inkomen uit een aanmerkelijk belang. Onder a is opgenomen, de reguliere voordelen en onder b is opgenomen, de vervreemdingsvoordelen. Er is sprake van een regulier voordeel als er bijvoorbeeld dividend wordt uitgekeerd door de BV aan de aandeelhouder. Vervreemdingsvoordelen zijn voordelen die men behaalt bij vervreemding van aandelen die tot een aanmerkelijk belang behoren.

4.3 Wat is vervreemding?

Nergens in de wet vind je een definitie van het begrip vervreemding. In 1960 heeft de Hoge Raad⁸⁶ een arrest gewezen dat een ruime omschrijving van het begrip vervreemding geeft. Uit dit arrest blijkt dat onder vervreemding moet worden verstaan: elke rechtshandeling, waardoor de eigenaar van aandelen of winstbewijzen van een vennootschap, waarin hij een AB heeft, uit zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan. Deze omschrijving ziet op de min of meer traditionele situaties. Hierbij kan men, gelet op een arrest uit 1989⁸⁷ denken aan een aandelenruil, gewone verkoop, schenking of een vervreemding. Tevens kan als vervreemding worden aangemerkt, het inbrengen van de aandelen in een 'irrevocable discretionary trust'⁸⁸. Het is echter denkbaar volgens T. Blokland⁸⁹ dat de trust als stroman optreedt, dan is er in zijn optiek geen sprake van een vervreemding.

Op 1 januari 1997 is er een wetswijziging in werking getreden op het gebied van het aanmerkelijk belang. Volgens Rijkers en Van Dijck heeft de wetswijziging ook een andere formulering van het begrip vervreemding opgeleverd: elke aan de AB-houder toerekenbare rechtshandeling, waardoor het economisch belang bij de rechten van tot zijn AB behorende vermogensbestanddelen verdwijnt, tenzij daarvoor rechten in de plaats treden die fiscaal en economisch dezelfde plaats innemen in diens vermogen⁹⁰. Hieruit is af te leiden dat er sprake is van een materieel vervreemdingsbegrip, de economische werkelijkheid is derhalve beslissend.

Het algemene begrip vervreemding in het belastingrecht is eenvoudig gezegd: elke aan de aandeelhouder toerekenbare rechtshandeling die er toe strekt een goed te doen overgaan in het vermogen van een ander⁹¹.

De wetgever heeft het algemene begrip via een aantal wettelijke bepalingen uitgebreid. Deze uitbreiding is opgenomen als de fictieve vervreemdingen zoals opgenomen in artikel 4.16 Wet IB 2001.

⁸⁶ HR 10 februari 1960, nr. 14.162, BNB 1960/123

⁸⁷ HR 28 juni 1989, nr. 25.464, BNB 1990/147

⁸⁸ HR 18 november 1998, nrs. 31.756, 31.758, 31.759, BNB 1999/35-37

⁸⁹ T. Blokland, Winst uit aanmerkelijk belang, Kluwer, Deventer 1999, p. 185-186

⁹⁰ A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijck, 'De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001', Deventer: FED 2000, Essers en Van Kempen, Cursus belastingrecht, studenteneditie 2012-2013, p. 904

⁹¹ Conclusie A-G Van Soest van 29 november 1996, nr. 32.468, BNB 1997/307, onderdeel 6.7

4.4 Fictieve vervreemding

In artikel 4.16 Wet IB 2001 zijn de fictieve vervreemdingen opgenomen. Fictieve vervreemdingen zijn door de wetgever expliciet als vervreemding opgenomen in de wet met als doel heffingslekken of onduidelijkheden te voorkomen. Deze rechtshandelingen zijn opgenomen onder het fictieve vervreemdingsbegrip omdat niet altijd duidelijk is of er wel sprake is van een vervreemding. Het aanmerken van een fictieve vervreemding heeft tot gevolg dat er een belastbaar feit ontstaat. Van belang voor de oplossing van de casus zijn voor dit hoofdstuk slechts twee fictieve vervreemdingen van artikel 4.16 Wet IB 2001 van belang, namelijk onderdeel:

- f. het brengen in het vermogen van een onderneming of het tot het resultaat uit een werkzaamheid gaan behoren;
- g. het niet langer aanwezig zijn van een aanmerkelijk belang.

In het artikel over vervreemding wordt gesproken over 'wordt mede verstaan', wat wellicht impliceert dat de wetgever hiermee geen limitatieve opsomming beoogt heeft. Hetgeen ook Albert stelt. In paragraaf 5.3.1 zal hier nader op in gegaan worden.

4.4.1 Het brengen in het vermogen van een onderneming of het tot het resultaat uit een werkzaamheid gaan behoren

Het brengen in het vermogen van een onderneming als fictieve vervreemding was ook reeds opgenomen als een fictieve vervreemding in de voorloper van de Wet IB 2001, de Wet IB 1964⁹². Door de invoering van artikel 3.92b Wet IB 2001 lucratieve belangen, naar aanleiding van de wet Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen⁹³ is bij de fictieve vervreemding ook het tot het resultaat uit een werkzaamheid gaan behoren, opgenomen als een fictieve vervreemding. Het tot een resultaat uit werkzaamheid gaan behoren is verder niet van belang voor de casus, maar slechts een uitleg waarom het in de wet is opgenomen en zal verder niet behandeld worden.

De inbreng in het vermogen van een onderneming is wel van belang. Bij de inbreng in een onderneming veranderen de aandelen niet van eigenaar, maar is er slechts sprake van een verschuiving binnen het in fiscale zin te duiden vermogen van de eigenaar. Er is derhalve geen sprake van een (gewone) vervreemding van aandelen in civielrechtelijke zin bij de inbreng in een onderneming. Fiscaal komen de aandelen echter in een andere sfeer terecht. Volgens Hofstra⁹⁴ kan de overgang naar de andere sfeer wel het verlies van de claim betekenen. De aandelen zullen op het moment dat ze de andere sfeer binnenkomen gewaardeerd worden op de waarde in het economische verkeer. Het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de verkrijgingsprijs van de aandelen levert een belastingclaim op. De belastingclaim gaat verloren bij de inbreng in een onderneming. Om de claim niet verloren te laten gaan heeft de wetgever de inbreng in een onderneming als een fictieve vervreemding aanmerkt. Deze fictie richt zich vooral op het tegengaan van het verlies van een AB-claim door *sfeerovergang*.

⁹² Art. 20a, lid 6, onderdeel g Wet IB 1964

⁹³ Kamerstukken 2008/2009, 31 459, nr. 23

⁹⁴ J.P. Hofstra, commentaar NDFR, art. 4.16 Wet IB 2001

4.4.2 Het niet langer aanwezig zijn van een aanmerkelijk belang

Onder de Wet IB 1964⁹⁵ was reeds opgenomen als een vervreemding, het niet langer aanwezig zijn van een aanmerkelijk belang. In de Wet IB 2001 is het niet langer aanwezig zijn van een AB eveneens opgenomen als een fictieve vervreemding. Als een aandeelhouder zoveel aandelen verkoopt dat zijn belang minder dan 5 % bedraagt, is er geen sprake meer van een AB. Op verzoek van de belastingplichtige vindt artikel 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001 geen toepassing met betrekking tot aandelen of winstbewijzen die tot zijn vermogen blijven behoren⁹⁶.

4.4.3 Vervreemdingsvoordelen

Vervreemdingsvoordelen worden gesteld op de overdrachtsprijs verminderd met de verkrijgingsprijs⁹⁷. Onder overdrachtsprijs verstaat men de tegenprestatie bij de vervreemding verminderd met de ten laste van de vervreemder komende kosten. Onder de verkrijgingsprijs verstaat men de tegenprestatie bij de verkrijging vermeerderd met de ten laste van de verkrijger gekomen kosten. Ontbreekt er een tegenprestatie dan wordt als tegenprestatie aangemerkt de waarde die ten tijde van de verkrijging of vervreemding in het economische verkeer aan de aandelen kan worden toegekend⁹⁸.

4.5 Toepassing op de casus

Voordat bovenstaande theorie op de casus kan worden toegepast, dient er eerst gekeken te worden wat de betekenis is van een onderneming en of de betekenis daarvan betrekking heeft op de SPF.

4.5.1 Wat is een onderneming?

Een onderneming is een bedrijf dat gericht is op het maken van winst door deelname aan het economische verkeer. Een bedrijf is een organisatie van kapitaal en arbeid wordt verstaan. Samenvoegend kan men onder een onderneming verstaan: een organisatie van kapitaal en arbeid dat deelneemt aan het economische verkeer en die er opgericht is op het maken van winst. Over deze winst dient inkomsten (winst) belasting betaald te worden.

4.5.2 Kwalificeert de SPF als een onderneming?

Zoals eerder aangegeven, is de SPF een bijzondere vorm van de Stichting. De SPF wordt gebruikt voor vermogensopbouw, vermogensbescherming en voor beleggingen. De Stichting mag een onderneming drijven, een SPF mag dit naar Curaçaose wettelijke maatstaven niet. Een SPF heeft slechts 'zwevend vermogen'. De SPF is een rechtspersoon en betaald in principe geen winstbelasting op Curaçao (tot 1 januari 2012; daarna is er een keuzeregime). Indien een SPF aandelen houdt in een BV of NV en er wordt winst gemaakt door het bezit van de aandelen, dan is daarover in beginsel geen winstbelasting verschuldigd. Op Curaçao wordt dat niet als onderneming aangemerkt.

⁹⁵ Art. 20a, lid 6, onderdeel h Wet IB 1964

⁹⁶ Art. 4.40 Wet IB 2001

⁹⁷ Art. 4.19 Wet IB 2001

⁹⁸ Art. 4.20 jo art. 4.22 Wet IB 2001

Een SPF kan ook onroerend goed aanhouden. Zolang het aanhouden van onroerend goed gebeurt als belegging wordt dit eveneens niet gezien als ondernemingsactiviteiten.

4.5.3 Voorlopige voorzichtige conclusie

In de casus worden 950 soort aandelen I in Z. Holding B.V. door X ingebracht in SPF Y. Dit is bijna 95% van het totaal aan soort aandelen die X in bezit heeft. De SPF is (mede) door X opgericht en kwalificeert als een APV. SPF Y kwalificeert op grond van bovenstaande theorie niet als een onderneming. Tevens is er nog steeds sprake van een AB omdat X zelf nog 5% of meer soort aandelen I in privé houdt.

In 2010 is SPF Y op Curaçao niet betrokken in een naar Nederlandse begrippen reële belastingheffing van 10%. De SPF is een zelfstandige juridische rechtspersoon. Er is slechts sprake van een civiel-juridische vervreemding van de soort aandelen I van X aan de SPF. Op grond van het fiscale regime worden de soort aandelen I in het jaar 2010 aan de inbrenger toegerekend op het moment van inbreng in SPF Y, er heeft vanuit fiscaal oogpunt geen vervreemding plaatsgevonden op 5 augustus 2010. De inbreng van de soort aandelen I in SPF Y is om niet gebeurt. Doordat er geen vervreemding heeft plaatsgevonden, hoeft er ook niet gecorrigeerd te worden naar de waarde in het economische verkeer. Er vindt geen afrekening plaats.

Op 15 oktober 2010 wordt de plaats van waaruit leiding wordt gegeven aan SPF Y, verplaatst van Curaçao naar Malta. Aldaar wordt op verzoek, SPF Y betrokken in een reële heffing. Er is nu sprake van een sfeerovergang omdat de soort aandelen I in Z. Holding B.V. op grond van de toerekeningsstop (zie par. 3.6.) niet langer aan X worden toegerekend. Maar heeft er hier wel een belaste (fictieve) vervreemding van de soort aandelen I plaatsgevonden? X behoudt immers zelf in privé 5% of meer van zijn soort aandelen I in Z. Holding B.V. Er is derhalve nog steeds sprake van een AB. Op grond van de wet tot en met 2013 is niet duidelijk of hier nu sprake is van een fiscale vervreemding.

5. Antimisbruikbepaling per 1 januari 2014

5.1 Inleiding

Sinds de invoering van de nieuwe APV-wetgeving per 1 januari 2010 zijn er door de wetgever constructies gesignaleerd waarbij wordt ingespeeld op de toerekeningsstop van art. 2.14a, zevende lid, Wet IB 2001 om aan de heffing over het inkomen uit aanmerkelijk belang te ontkomen⁹⁹. Door de Belastingdienst is geconstateerd dat, met het oog op de invoering van de nieuwe wet op 1 januari 2010 veel APV's zijn ontmanteld, geliquideerd of zijn verplaatst. Door verplaatsing van een SPF naar een land met (op papier) een reële heffing probeert men gebruik te maken van de toerekeningsstop.

In paragraaf 5.2 komt de praktijk tot 2014 naar voren en in paragraaf 5.3 wordt beschreven hoe de wetgever inspringt op de situaties in de praktijk en of dat nodig was.

5.2 Constructies in de praktijk

In de praktijk blijkt dat belastingplichtigen middels constructies proberen om te ontkomen aan de heffing van AB. Deze constructies zijn vaak opgezet in combinatie met de betrokkenheid van een APV. Onbekend is hoeveel en hoe vaak belastingplichtige deze constructies gebruikt hebben. De door de Belastingdienst gedetecteerde gevallen worden bestreden¹⁰⁰. De constructie die door vele fiscalisten en de wetgever wordt omschreven is in het kort als volgt:

A brengt zijn AB-aandelen in C BV in een SPF op Curaçao. A behoudt hierbij 5% van zijn aandelen in C BV. A heeft hierdoor nog steeds een AB in C BV. De SPF is (tot 2012) op Curaçao niet onderworpen aan een winstbelasting. Dit betekent dat het vermogen van de SPF nog steeds wordt toegerekend aan A. Vervolgens wordt de feitelijke leiding verplaatst (zetelverplaatsing) naar een land waar de SPF wel is onderworpen aan een winstbelasting met een reële heffing. Het vermogen van de SPF, waaronder de AB-aandelen wordt niet meer toegerekend aan A. Het gevolg hiervan is dat met deze constructie een deel van de AB-aandelen zonder heffing van inkomstenbelasting in een APV zijn ingebracht.

Dit is overigens ook nagenoeg dezelfde casus als in deze scriptie behandeld wordt

De reden van de bedachte constructie kan gevonden worden in feit dat de inbrenger zal willen voorkomen dat er afgerekend moet worden, als inkomen uit aanmerkelijk belang als men alle aandelen inbrengt in een SPF waarna er een zetelverplaatsing plaatsvindt. Er zou dan sprake zijn van een fictieve vervreemding, omdat niet langer sprake is van een AB. Nu behoudt de inbrenger een aandeel van 5 % waardoor de inbrenger nog steeds een AB houdt en daardoor is er in zijn ogen geen sprake van een fictieve vervreemding. Door de hierboven beschreven constructie is er twijfel gezaaid. Ontbreekt er bij deze constructie een vervreemding en daardoor ook een belastbaar feit?

⁹⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr. 7, onderdeel 4

Adviseurs zijn van mening dat dit geen vervreemding is. Naar de mening van de adviseur is ook geen sprake van een fictieve vervreemding omdat er nog steeds een AB wordt gehouden door het belang van 5 % in de aandelen.

De Belastingdienst stelt dat deze zetelverplaatsing een fictieve vervreemding van de AB-aandelen is in de zin van art. 4.16, lid 1 onderdeel f Wet IB 2001, het inbrengen van AB-aandelen in een onderneming. De Belastingdienst wil zo de ontstane constructies gaan bestrijden. Uit kamerstukken¹⁰¹ blijkt dat de wetgever niet zeker is dat de constructies op deze wijze kunnen worden bestreden en voegt via een wetswijziging een nieuw onderdeel toe aan de reeds bestaande reeks fictieve vervreemdingen.

5.3 Bestrijding middels anti-misbruik bepaling

Als gevolg van de Wet Overige fiscale maatregelen 2014¹⁰² is artikel 4.16, lid 1, onderdeel j aan de Wet IB 2001 toegevoegd. Dit artikel is opgenomen als een nieuwe fictieve vervreemding in de rij. Met dit artikel wordt als vervreemding ook beschouwd het niet (langer) toerekenen aan de belastingplichtige van de tot een APV behorende aandelen, als dit niet-toerekenen wordt veroorzaakt doordat het APV aan een reële heffing is onderworpen¹⁰³. Hiermee wil men voorkomen dat Nederland heffingsrechten over de AB-claims zou kwijtraken¹⁰⁴. Volgens de wetgever wordt een mogelijk lek in de AB-regeling hiermee gedicht en worden de eerder genoemde constructies bestreden.

5.3.1 Is de invoering van onderdeel j van artikel 4.16, lid 1 Wet IB 2001 nodig geweest?

Artikel 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001 zegt dat er onder vervreemding van aandelen mede moet worden verstaan: 'het niet langer aanwezig zijn van een AB'. Adviseurs stellen bij de genoemde constructie dat er nog steeds sprake is van een AB doordat er 5% aandelen in privé worden aangehouden. Er is derhalve geen sprake van een vervreemding. Maar moet de wettekst zo strak gelezen worden? Om daar een antwoord op te krijgen zijn we aangewezen op de memorie van toelichting herziening AB-regime¹⁰⁵. Hieruit blijkt dat de wetgever gedacht heeft aan de volgende situaties:

1. Vervreemding gedeelte AB-pakket en het resterende belang minder dan 5% is.
2. Door een aandelenemissie zakt het AB-pakket onder de 5%.

Volgens Albert¹⁰⁶ gaat het hier slechts om voorbeelden en heeft de wetgever geen limitatieve opsomming willen geven van de gevallen die de wetgever als fictieve vervreemding zag. Artikel 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001 heeft het karakter van een vangnetbepaling en zou er op het moment van vervreemding, door middel van de toerekeningsstop sprake zijn van een fictieve vervreemding. Er vindt door de onderworpenheid van de reële heffing een toerekeningsstop plaats. Volgens Albert doet het er verder niet toe dat er nog een 5% belang zou zijn, het hindert volgens Albert niet de toepassing van artikel 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001: 'onder vervreemding van aandelen (het 95%-pakket) wordt mede verstaan; het niet langer aanwezig zijn van een

¹⁰¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr. 2 en 3

¹⁰² Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr. 25, Staatsblad 2013, nr. 566, art. I, onderdeel c

¹⁰³ Art. 2.14a lid 7 Wet IB 2001

¹⁰⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr. 3, p. 4

¹⁰⁵ Wetsvoorstel Kamerstuk 24 761, nr. 3, Vergaderjaar 1995-1996, MvT

¹⁰⁶ P.G.H. Albert, 'Het APV dat aan voldoende winstbelasting is onderworpen: geen toerekening', WPNR 2013/6995

aanmerkelijk belang' *ten aanzien van dat 95%-pakket*. Ook een echte vervreemding wordt per AB-aandeel beoordeeld. Albert verwijst voor een enigszins vergelijkbare interpretatiekwesitie bij een andere vangnetbepaling naar een arrest van de Hoge Raad¹⁰⁷.

Omdat de wetgever er niet zeker van is dat artikel 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001 toegepast kan worden bij de sfeerovergang is er voorgesteld om artikel 4.16, lid 1, Wet IB 2001 uit te breiden met onderdeel j;

'het niet of niet langer toerekenen aan de belastingplichtige van tot een afgezonderd particulier vermogen behorende aandelen of winstbewijzen vanwege het van toepassing worden van artikel 2.14a zevende lid.'

Het advies van de Raad van State om een verrekening van belasting toe te staan van de winstbelasting die van het APV werd geheven, werd door de wetgever in de wind geslagen. De wetgever houdt vast aan de op 1 januari 2010 ingevoerde wetgeving voor APV's en de in lid 7 genoemde toerekeningsstop¹⁰⁸. Albert meent dat de wetgever het advies van de Raad van State had moeten opvolgen. Fiscalisten, waaronder Albert¹⁰⁹ stellen dat bij verrekening van de winstbelasting die van het APV wordt geheven (met instandhouding van de toerekening) het complexe APV-regime iets minder ingewikkeld zou hebben gemaakt.

5.4 Toepassing op de casus

Artikel 4.16, lid 1, onderdeel j Wet IB 2001 is in werking getreden per 1 januari 2014 en heeft derhalve geen werking op de scriptiecasus. Wel interessant om mee te nemen is de uitspraak van Albert met betrekking tot de vervreemding van het 95%-pakket en het er niet toe doen van nog een 5% belang, het hindert volgens Albert niet de toepassing van artikel 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001. Ook een echte vervreemding wordt per AB-aandeel beoordeeld. Op het moment dat de zetelverplaatsing plaatsvindt naar Malta en er sprake is van een winst naar reële heffing is er sprake van een fictieve vervreemding en zal er op grond van artikel 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001 alsnog een afrekening moeten plaatsvinden.

¹⁰⁷ HR 1 maart 2013, nr. 11/01453, BNB 2013/94c* (met noot van Zwemmer)

¹⁰⁸ Kamerstukken II 2013-2014, 33 753, nr. 3, p. 3

¹⁰⁹ P.G.H. Albert, 'Het APV dat aan voldoende winstbelasting is onderworpen: geen toerekening', WPNR 2013/6995, onderdeel 6.

6. Eindconclusie

'Je gaat het pas zien als je het doorhebt', het is zo'n typische Cruijff-uitdrukking, maar het is wel degelijk waar. Het is niet makkelijk om constructies te doorgronden die opgezet worden om vermogen buiten het zicht van de belastingdienst te houden. Het vergt van een belastinginspecteur veel inlevingsvermogen, doorzettingsvermogen en kennis van een belastinginspecteur om een opgezette constructie inzichtelijk te krijgen. Pas als alle documenten boven tafel komen, is er een kans op ontleding van de constructie. Doorziet de inspecteur de opgezette structuur, pas dan is het misschien mogelijk om tot een juiste belastingheffing te komen.

In deze scriptie stond de beantwoording van de volgende probleemstelling centraal:

"Hoe wordt artikel 2.14a Wet IB 2001 toegepast, als toerekenings- of als transparantie-artikel en wat zijn de eventuele gevolgen van het verkopen van een AB-pakket aan een APV?"

Op basis van de geschetste casus, de gemaakte deelvragen, theoretisch onderzoek en de toepassing van de theorie op de casus kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

Transparantie of toerekening

Een regeling voor de behandeling van het APV is per 1 januari 2010 in de Wet IB 2001 opgenomen. De wetgever bleek achteraf bij het wetgevingsproces transparantie en toerekening door elkaar te hebben gebruikt. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de wetgever op twee gedachten lijkt te hinken. Het wetsartikel voor de behandeling van het APV is opgenomen in afdeling 2.4 'toerekeningsregels' terwijl in de parlementaire geschiedenis herhaaldelijk wordt gesproken over een transparante behandeling van het APV. Dit leidt tot onduidelijkheid over de juiste interpretatie van het APV-regime. Wordt de APV als transparant aangemerkt dan wordt de APV als aparte entiteit genegeerd. Uit de wettekst blijkt niet dat de APV als aparte entiteit wordt genegeerd. Uit de wettekst blijkt niet dat er moet worden toegerekend, maar slechts aan wie er toegerekend moet worden. Het wordt er niet duidelijker op. Wat bedoelt de wetgever nu?! De belastingdienst heeft als uitgangspunt toerekening.

Ik ben van mening dat er wel degelijk een verschil kan bestaan tussen transparantie en toerekening. Hoofregel is fiscale transparantie over alle wetten heen. Ik kan me voorstellen dat een APV zijn eigen inkomen en vermogen heeft, maar dat de ingebrachte bestanddelen voor de Wet IB 2001 worden toegerekend aan de persoon die de wet daarvoor aanwijst. De wetgever heeft met de invoering van art. 2.14a wet IB 2001 slechts duidelijk willen krijgen of er sprake is van een APV. Is er sprake van een APV dan dient slechts het discretionaire deel in aanmerking te worden genomen bij diegene die het vermogen heeft ingebracht. Is er sprake van transparantie dan bestaat er in zijn geheel geen entiteit voor toepassing van het fiscale stelsel.

Het grote verschil tussen transparantie en toerekening komt met name naar voren bij de inbreng van AB-aandelen in een APV. Bij transparantie is de inbreng geen vervreemding bij toerekening wel.

Toerekeningsstop

Tevens ben ik van mening dat het primaire uitgangspunt toerekening moet zijn. Mijn voorkeur wordt ingegeven door de opgenomen toerekeningsstop in de Wet. Er vindt slecht geen toerekening meer plaats aan de inbrenger indien de APV zelfstandig in de heffing wordt betrokken, naar een tarief van 10%.

6.1 Conclusie

Op basis van alle feiten en omstandigheden uit de geschetste casus, de theorie, de bedoelingen van de wetgever, het standpunt van de belastingdienst en de meningen van verschillende fiscalisten ben ik van mening dat art. 2.14a Wet IB 2001 moet worden toegepast als een toerekeningsartikel. Daarbij ben ik van mening dat op het moment dat er belastingheffing naar reële heffing plaatsvindt er sprake is van een toerekeningsstop. Op dat moment ontstaat er een heffingsmoment. In de casus derhalve op 15 augustus 2010. Op grond van de toerekeningsstop worden de soort aandelen I niet meer aan X toegerekend.

Op 15 augustus 2010 is er tevens sprake van een sfeerovergang. De wetgever heeft als fictieve vervreemding opgenomen; 'het brengen in het vermogen van een onderneming'. Ook op basis van deze regel in de Wet dient er belasting geheven te worden over het vervreemdingsvoordeel want op Malta wordt op verzoek SPF Y betrokken in een reële heffing. SPF Y kwalificeert op dat moment als onderneming.

Tevens kan ik de visie van Albert volgen met betrekking tot de vervreemding van de aandelen en de vangnetbepaling van art. 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001. De wet zegt dat onder vervreemding 'mede' moet worden verstaan: 'het niet langer aanwezig zijn van een AB'. In de memorie van toelichting somt de wetgever slechts 2 situaties op, dit zijn echter voorbeelden en niet limitatief. Volgens Albert doet het er niet toe dat er nog 5% belang zou zijn en naar mijn mening ook niet. Je zou kunnen lezen: 'onder vervreemding van aandelen (95%-pakket) wordt mede verstaan; het niet langer aanwezig zijn van een AB' *ten aanzien van dat 95%-pakket*. Ik ben het met Albert eens dat er niet gekeken moet worden of er nog een AB-aandeel overblijft, maar dat er gekeken moet worden naar de vervreemding per aandeel zoals er bij een normale vervreemding gekeken wordt. Kijk je specifiek naar de vervreemding per aandeel, dien je het eventuele vervreemdingsvoordeel ook te belasten.

Naar mijn interpretatie is het niet nodig geweest om per 1 januari 2014 een nieuwe letter aan de Wet toe te voegen die verwijst naar de toerekeningsstop. De vangnetbepaling is in mijn ogen voldoende om welke vervreemding dan ook te dekken. Naar mijn mening heeft de wetgever dit slechts gedaan omdat de wetgever zelf onzeker is over de interpretatie van artikel 4.16 Wet IB 2001. De wetgever twijfelt of de constructies, beschreven in mijn casus onder de Wet IB 2001 tot en met 2013 kunnen worden bestreden en voegt slechts zekerheidshalve een extra onderdeel toe aan de Wet.

6.2 Eventuele aanbeveling

Inmiddels is artikel 2.14a Wet IB 2001 flink van omvang. Het belastingsysteem wordt er niet eenvoudiger op door steeds nieuwe regels toe te voegen. Net als Auerbach denk ik dat het misschien een aanbeveling is voor de wetgever om te denken aan een credit-systeem waarin de buitenlandse VPB kan worden afgetrokken van de Nederlandse IB.

Verklarende woordenlijst

Beneficiaries	Begunstigden
Beneficiary	Begunstigde
Board	Bestuur
Civil law (Civiel recht)	Regelt de verhouding, betrekkingen der burgers onderling & conflicten tussen burgers en bedrijven
Common law	Een rechtersrecht (door rechtspraak)
Contributors	Degene die de bijdrage levert
Dividend distribution	Dividenduitkering
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
Settlor	Inbrenger (van het vermogen)
Supervisor director of the foundation	Directeur (commissaris) van de Stichting
Supervisory board	Raad van Commissarissen
Trustee	Beheerder
Tax exempt dividend	Belastingvrij dividend
Tax exempt donation	Belastingvrije schenking

Literatuurlijst

Artikelen

Albert, P.G.H., 'Het APV dat aan voldoende winstbelasting is onderworpen: geen toerekening', WPNR 2013/6995

Auerbach, X.G.R., 'Afgezonderd Particulier Vermogen: constructiefouten', WFR 2010/1172

Auerbach, X.G.R. & Hompe S.H., 'De wetgever en het APV-regime: kurieren am Symptom', WFR 2014/757

Boer, J.P., Freudenthal R.M., 'De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust'; afgezonderd of niet. WPNR, 6 juni 2009/6802

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

Bont, J.M.E. de, 'De APV-inkeergoedkeuring: valstrik voor de belastingadviseur?', NTFR 2011/2160

CCB, 'Fiscale behandeling van de APV's per 1 januari 2010', 2009

Hoogwout, T.C., 'Het pletten van de Edelweiss met een mokerslag', FTV 2012/02

Jong, J. de, 'Iets over de Nederlandse Antilliaanse Stichting Particulier Fonds, Civiel- en fiscaalrechtelijk', 24 maart 2009

Olde Bijvank, S., 'Anti-misbruikwetgeving voor de APV per 1 januari 2014', FTV 2013/55

Peters, J.J.C., 'Nog geen duidelijkheid over toerekening en transparantie APV's', VFP 2013/8

Pieterse, L.J.A., 'Vervreemding van een aanmerkelijk belang; een grensverkenning?', NDFR/NTFR2014-3

Roerink, R.J., 'Fiscale behandeling APV's per 1 januari 2010', Het Register 2010/3

Zeijden, F. van der, 'Over toerekening en transparantie. De uitkomst van een non-discussie', WPNR 2012-6949

Boeken

Aarts, G.A.C., Bakker, M.J., Beers, J., Cornelissen, P.B.J., Dubbeldam, W.H., Jippes-de Boer, T., Maffioli del Casteletto, E.L., Miert-de Wit, M.E. van, Oevering, J.R.R., Sauter, H.E.E., Suijlekom, D.T. van, Takke-Horn, I., Wiersma, J., Belastingrecht voor Bachelors en Masters, editie 2014/2015, Dordrecht, 2014

Avoird, W.J. van der, Doelvermogens in het fiscale recht (2^e editie), Rijswijk, 2012

Belastingdienst, Leerboek Stichtingen en trust, (laatst bijgewerkt 14 april 2014)

Blokland, T., Winst uit aanmerkelijk belang, Kluwer, Deventer, 1999

Cazander, A.W., Ganzeveld, J., Heithuis, E.J.W., Kesteren, H.W.M.van, Röben, J.B.H., Belastingwetten 2013, Kluwer Deventer, 2013

Boer, J.P., De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, SDU, Den Haag, Fiscaal Praktijkblad, 2007/3

Essers, P.H.J., Kempen, M.L.M. van, Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting studenteneditie 2012-2013, Deventer, 2012

Geppaart, Ch.P.A., Belastingwetten 2004, (Wettekst IB 1964), Kluwer Deventer, 2004

Gilissen, G., De express private trust, Nijmegen, 2012

Hageman, E.P., Lohuis, H., Ruijschop, M.H.C., De herziene Successiewet 1956, 2009

Rijkers, A.C., Dijck J.E.A.M. van, De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001, Deventer: FED 2000

Zwalve, W.J., Zwalve 2000

Zwemmer, J.W., Belastingwetten 2014, Kluwer Deventer, 2014

Internet

www.encyclo.nl/2013/begrip/common%20law, 13 oktober 2014

www.encyclo.nl/2013/begrip/civiel%20recht, 13 oktober 2014

www.financieel.infonu.nl/diversen/38483-trust-een-financiele-constructie.html, 22 september 2014

www.legalintelligence.com

www.licentacademy.nl, 21 oktober 2014

www.ndfr.nl

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 10 februari 1960, nr. 14.162, BNB 1960/123

HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex-arrest)

HR 30 oktober 1985, rolnr. 22 715, BNB 1986/16 (ECLI:NL:HR:1985:AC9086)

HR 28 juni 1989, nr. 25.464, BNB 1990/147

HR 23 september 1993, BNB 1993/193

HR 29 november 1996, nr. 32.468, BNB 1997/307, conclusie A-G Van Soest (ECLI:NL:HR:1997:AA2188)

HR 18 november 1998, rolnrs. 31.756, 31.757, 31.758 en 31.759, BNB 1999/35-37 (ECLI:NL:HR:1998:AA2564, AA2565, AA2566 en AA2567)

HR 14 juli 2006, nr. 39.262; V-N 2006/39.21

HR 14 juli 2006, nr. 39.201 en 39.262, BNB 2007/18

HR 26 oktober 2007, nr. 42.537, BNB 2008/122

HR 15 februari 2013, nr. 12.01040, BNB 2013/118, noot Boer

HR 1 maart 2013, nr. 11/01453, BNB 2013/94c*, noot Zwemmer

HR 15 maart 2013, nr. 12.03372, BNB 2013/119, noot Boer

Gerechtshof

Hof Amsterdam, 11 februari 2002, 00/3996, V-N 2002/18.3.6

Besluit, 15 december 2005, CPP2005/2528M, BNB 2006/139

Besluit, 10 augustus 2011, V-N 2011/42.7, nr. BLKB/1291M, Stcrt. 2011, 15048

Kamerstukken

Kamerstuk 23054-(R1464), nr. 10, Vergaderjaar 1994-1995

Kamerstuk 24 761, nr. 3, Vergaderjaar 1995-1996, MvT

Kamerstukken II 2008/09, 27 789, nr. 17
Kamerstukken II 2008/09, 31 459, nr. 23
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 8
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 11
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 54
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 55 en 56
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3 (MvT art. II, onderdeel A) V-N 2009/22.3
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 52 en 110
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 57
Kamerstukken II 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 71
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 110-111
Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr. 2 en 3
Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr. 3, p. 3
Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr. 3, p. 4
Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr. 7, onderdeel 4
Kamerstukken II 2013/14, 33 753, nr. 25 (Staatsblad 2013, nr. 566, art. 1 onderdeel c)

Kamerbrief 11-9-2013, "Brief evaluatie wettelijk systeem voor afgezonderde particuliere vermogens (apv's)", DGB/2013/2752

Overig

Haags Trustverdrag

Hofstra, J.P., commentaar NDFR art. 4.16 Wet IB 2001

Internationale uitwisseling van inlichtingen: Presentatie, R. Klein Neijenhuis en J. Roelofs

Nota van wijziging van wetsvoorstel 32 129 (overige fiscale maatregelen 2010)

Publicatieblad (Curaçao), 30 oktober 1998

Rijkswet van 4 oktober 1995, S. 507

Sheets opstapcursus APV, 23 mei 2013, Jong, J. de, Avoird, W. van der, CCB

Stb. 2009, 564 - Staatsblad - Koninkrijk der Nederlanden

Stb. 2012, 313 - Staatsblad - Koninkrijk der Nederlanden

Bijlage 1: Verklaring van authenticiteit

Verklaring van authenticiteit

Ik heb deze scriptie zelf geschreven en heb daarbij geen teksten overgenomen uit andere scripties, literatuur en overige geschriften zonder de bron op de juiste wijze te hebben vermeld. Ik verklaar derhalve dat ik geen plagiaat heb gepleegd en niet ongeoorloofd met anderen heb samengewerkt of gebruik gemaakt van het gedachtengoed van anderen.

Datum: 22 december 2014

Handtekening

A handwritten signature in blue ink, appearing to be "A.F. Graafmans".

Aukje (A. F.) Graafmans