

De APV-regeling en haar verhouding tot het draagkrachtbeginsel

Een onderzoek naar de in 2010 ingevoerde wettelijke bepalingen in de Wet IB 2001 en de SW 1956 die het ontstaan van zwevend, onbelast vermogen door middel van doelvermogens dienen te voorkomen

Naam:	F.J. Heeren
Studentnummer:	2045772
Opleiding:	Master Fiscale Economie
Opleidingsinstituut:	Tilburg School of Economics and Management, Tilburg University
Onderwerp:	Strijdigheden met het draagkrachtbeginsel die volgen uit de APV-regeling
Datum:	7 februari 2022
Leden Examencommissie:	mr. M.L. Neve prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie 'De APV-regeling en haar verhouding tot het draagkrachtbeginsel'. Deze scriptie heb ik geschreven ter afronding van mijn master Fiscale Economie aan Tilburg University. Het schrijven van deze thesis is een intensiever proces gebleken dan ik in eerste instantie dacht.

Graag wil ik mijn vader, moeder, zusjes en vriendin Pam bedanken voor de geboden steun en getoonde interesse gedurende deze scriptieperiode. Ondanks dat doelvermogens, laat staan APV's, een ver-van-hun-bed-show zijn, hebben zij het afgelopen jaar telkens belangstelling getoond voor de vorderingen rondom mijn scriptie. Gelijktijdig hebben zij mij de ruimte geboden die ik nodig had voor het afronden van deze scriptie.

Een bijzonder woord van dank gaat uit naar de heer Neve. Tijdens onze eerste (digitale) bespreking begin 2021 heb ik aangegeven dat ik voornemens was mijn masterthesis snel af te ronden. Na die bespreking is het vanuit mij lang stil geweest. Na me eind september opnieuw gemeld te hebben, dit maal met een aanzet voor de eerste hoofdstukken, heeft de heer Neve mij voorzien van goede input. Daarnaast was hij telkens in staat op korte termijn ruimte in zijn agenda te creëren om mij te voorzien van advies.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Frans Heeren

Eindhoven, 27 januari 2022.

Inhoudsopgave

Voorwoord 2
Lijst met gebruikte afkortingen 5
Hoofdstuk 1: Inleiding 6
1.1 Aanleiding van het onderzoek 6
1.2 Probleemstelling en deelvragen 7
1.3 Theoretisch kader en methodologie 7
1.4 Relevantie 7
1.5 Afbakening 8
1.6 Verantwoording van de opzet 8
Hoofdstuk 2: Wat is een APV? 9
2.1 Inleiding 9
2.2 Het APV 9
2.2.1 Doelvermogens 9
2.2.2 Revocable of irrevocable doelvermogen 10
2.2.3 Fixed of discretionair doelvermogen 11
2.3 Kwalificatie doelvermogen als APV 11
2.3.1 Het afzonderen van vermogen 11
2.3.2 Particulier belang 13
2.3.3 Afzonderen tegen uitreiking van winstbewijzen 14
2.4 Fiscale behandeling doelvermogens voor 1 januari 2010 14
2.4.1 Erkenning doelvermogens 14
2.4.2 Belastingheffing doelvermogens voor invoering APV-regime 15
2.5 Conclusie 16
Hoofdstuk 3: De APV-regeling in de Wet IB 2001 sinds 1 januari 2010 17
3.1 Inleiding 17
3.2 APV-regeling, toerekening of transparantie 17
3.3 Toerekening: Fixed of discretionair? 18
3.4 Discretionair doelvermogen met een beperkte groep begunstigden 19
3.5 Toerekening aan inbrenger en diens erfgenamen 20
3.5.1 Onterving of verwerping 20
3.5.2 Toerekening aan begunstigden 22
3.5.3 Inbreng door een B.V. 22
3.5.4 Meerdere inbrengers 22
3.6 Toerekeningsstop 23
3.7 Waarde vermogensbestanddelen 25

3.8 Het doelbewust creëren van een situatie waarbij onbelast vermogen ontstaat 25
3.9 Conclusie 26
Hoofdstuk 4: De APV-regeling in de SW 1956 sinds 1 januari 2010 28
4.1 Inleiding 28
4.2 APV-regeling en de heffing van erfbelasting 28
4.2.1 Toerekeningsstop in de SW 1956 29
4.2.2 Toerekening aan erfgenamen 29
4.2.3 Toepassing artikel 16 SW 1956 30
4.3 APV-regeling en de heffing van schenkbelasting 31
4.3.1 Werking fictieve verkrijging schenkbelasting 31
4.3.2 Inbreng in APV vormt geen schenking 32
4.3.3 Verkrijging door persoon aan wie geen vermogen wordt toegerekend 33
4.4 Heffingsvacuüm bij inbreng 33
4.5 Conclusie 33
Hoofdstuk 5: Het draagkrachtbeginsel 35
5.1 Inleiding 35
5.2 Draagkrachtbeginsel volgens Adam Smith 35
5.3 Het draagkrachtbeginsel in de Wet IB 2001 35
5.4 Strijdigheden met het draagkrachtbeginsel 37
5.4.1 Draagkrachtbeginsel, de APV-regeling en de Wet IB 2001 37
5.4.2 Draagkrachtbeginsel, de APV-regeling en de heffing van schenkbelasting 38
5.4.3 Draagkrachtbeginsel, de APV-regeling en de heffing van erfbelasting 40
5.4.4 Draagkrachtbeginsel en de APV-regeling in het algemeen 42
5.5 Conclusie 44
Hoofdstuk 6: Alternatieven 45
6.1 Inleiding 45
6.2 Visie Auerbach 45
6.3 Visie De Leeuw 46
6.4 Eigen visie 48
6.5 Conclusie 49
Hoofdstuk 7: Conclusie 50
7.1 Inleiding 50
7.2 Samenvatting onderzoek en conclusie 50
7.3 Aanbevelingen 51
Lijst van geraadpleegde bronnen 52

Lijst met gebruikte afkortingen

AB	–	aanmerkelijk belang
A-G	–	Advocaat Generaal
ANBI	–	Algemeen nut beogende instelling
APV	–	Afgezonderd Particulier Vermogen
Art.	–	artikel
BNB	–	Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belastingrechtspraak
Bvdb 2001	–	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	–	Burgerlijk Wetboek
FED	–	FED Fiscaal Weekblad
FTV	–	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
HR	–	Hoge Raad der Nederlanden
HTV	–	Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts
KWEP	–	Kwartaalbericht Estate Planning
MBB	–	Maandblad belastingbeschouwingen
NLF-W	–	NL Fiscaal Wetenschappelijk
Rb	–	rechtbank
r.o.	–	rechtsoverweging
SBBI	–	Sociaal behartigende instelling
Stb.	–	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
Stcrt.	–	Staatscourant
SW 1956	–	Successiewet 1956
TFO	–	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
Trb	–	Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden
Uitv.reg	–	Uitvoeringsregeling
V-N	–	Vakstudie Nieuws
Wet IB 2001	–	Wet op de inkomstenbelasting 2001
WFR	–	Weekblad voor Fiscaal Recht
WPNR	–	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding van het onderzoek

Vermogensstructurering en estate planning zijn van groot belang voor vermogende particulieren. Afhankelijk van de situatie kunnen verschillende instrumenten helpen het (familie-)vermogen te bundelen en te beschermen. Veelvoorkomende instrumenten zijn het testament of het certificeren van vermogen. Een veelgebruikt alternatief is het doelvermogen. Vooral in Angelsaksische landen maakt men gebruik van doelvermogens. Het bekendste voorbeeld van een doelvermogen is de Anglo-Amerikaanse trust. Andere voorbeelden zijn Stiftungen, Anstalts, Antiliaanse Stichtingen Particulier Fonds, Foundations en Treuhands.

Een Nederlandse tegenhanger van het doelvermogen ontbreekt. De meest vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm is de stichting. Een stichting mag echter geen uitkeringen doen aan haar oprichters en personen die deel uitmaken van de organen van de stichting. Daarnaast mag een stichting in beginsel geen vermogen uitkeren aan anderen.[1]

Het staat inwoners van Nederland vrij een buitenlandse rechtsvorm te gebruiken voor hun vermogensstructurering. Na de inbreng van vermogen in een doelvermogen, behoort dit vermogen niet langer juridisch tot de eigendom van de inbrenger. Daarnaast vindt bij doelvermogens geen uitgifte van eigendomsbewijzen of aandelen plaats. Hierdoor is het vermogen ook niet indirect in eigendom van de inbrenger.

Sinds 1 januari 2010 is de APV-regeling in de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956 van kracht. Deze wetgeving beoogt onbelast vermogen in de dode hand te voorkomen. Het plaatsen van vermogen in de dode hand dient vaak de wens de effectieve belastingdruk op zowel inkomen uit vermogen als op schenkingen en erfenissen te verlagen.

De aanleiding voor het invoeren van de APV-regeling was het potentiële heffingsvacuüm dat kon ontstaan door gebruik te maken van een doelvermogen. Dit heffingsvacuüm ontstond door de jurisprudentie van de Hoge Raad.[2] De Hoge Raad oordeelde dat het afzonderen van vermogen in een doelvermogen resulteerde in een schenking van de inbrenger aan het doelvermogen. Wanneer het doelvermogen uitkeringen deed aan haar begunstigde, werd enkel belasting geheven indien het doelvermogen fiscaal inwoner was van Nederland.[3] Dit resulteerde in de situatie dat zowel de inbreng van vermogen in een doelvermogen als het uitkeren van vermogen aan de begunstigden zonder (Nederlandse) belastingheffing kon geschieden. Bij de inbreng was geen sprake van een belaste schenking aan het doelvermogen indien de inbrenger niet als inwoner van Nederland werd gezien voor toepassing van de Nederlandse Successiewet.[4] Daarnaast vond de uitkering uit het doelvermogen, vanuit Nederlands perspectief, onbelast plaats bij vestiging van het doelvermogen in het buitenland. De uitkering kon onbelast plaatsvinden doordat de Successiewet 1956 ook in verleden aanknoopte bij de vestigingsplaats van het doelvermogen voor het vaststellen van een belastbare schenking.[5]

De APV-regeling poogt te resulteren in een belastingdruk die gelijk is aan de situatie waarin geen sprake is van het tussenschuiven van een doelvermogen.[6] Om dit te bereiken, is een groot aantal ficties

[1] Art. 2:285 lid 3 BW.
[2] HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819; HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2567; HR 18 november 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AA2566, *BNB* 1999/35-37.
[3] Art. 1 lid 1 SW 1956.
[4] Art. 1 lid 1 SW 1956 jo. art. 3 SW 1956.
[5] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 9-11.
[6] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 48.

ingevoerd. Deze ficties kunnen desondanks ook leiden tot een onbedoelde verzwaring van de belastingdruk. Verschillende auteurs hebben gewezen op onevenredige uitwerkingen van de APV-regeling.[7]

1.2 Probleemstelling en deelvragen

De voorgaande aanleiding leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

"In hoeverre is de APV-wetgeving in de Wet IB 2001 en de Successiewet 1956 strijdig met het draagkrachtbeginsel en hoe kan eventuele strijdigheid worden weggenomen?"

Om de onderzoeksvraag volledig te kunnen beantwoorden, heb ik de volgende deelvragen opgesteld:

- Wat is een APV?
- Hoe werd een APV fiscaal behandeld voorafgaand aan de invoering van de APV-regeling op 1 januari 2010?
- Op welke wijze wordt een APV fiscaal behandeld sinds 1 januari 2010?
- Welke knelpunten voor vermogensstructurering volgen uit de APV-regeling?
- Wat is het draagkrachtbeginsel?
- In hoeverre is de APV-regeling in lijn met het draagkrachtbeginsel?
- Op welke wijze kan de APV-regeling in lijn gebracht worden met het draagkrachtbeginsel?

1.3 Theoretisch kader en methodologie

Deze thesis heeft het karakter van een literatuur- en jurisprudentieonderzoek waarbij ik een rechtshistorische en theoretische benadering hanteer. Nu sprake is van een rechtswetenschappelijk onderzoek, is het theoretisch kader de facto het juridisch kader. Dit kader bestaat uit rechtsbronnen zoals wetten, parlementaire geschiedenis, verdragen, jurisprudentie, beleid en opvattingen in de literatuur.

Concreet betekent dit dat ik voor de beantwoording van mijn onderzoeksvraag gebruik maak van het wettelijk kader omtrent de APV-regeling uit de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956. De APV-regeling is een reactie op het mogelijke ontstaan van een heffingsvacuüm door de arresten van de Hoge Raad uit 1998.[8] De fiscale behandeling van doelvermogens voor de invoering van de APV-regeling is dan ook relevant. Verder betrek ik jurisprudentie en vakliteratuur over de huidige APV-regeling in mijn analyse.

1.4 Relevantie

Belastingheffing is, naast een economische en juridische aangelegenheid, hedendaags een heet hangijzer in het publieke en politieke debat. Zowel multinationals als vermogende particulieren liggen veelvuldig onder de loep en een alsmaar sterkere roep tot het betalen van de zogeheten "fair share" klinkt.[9] Agressieve structuren die enkel het doel hebben de effectieve belastingdruk te verlagen, zijn ongewenst.[10]

In het verleden was het vermijden van belastingheffing juist een belangrijk argument om te kiezen voor een doelvermogen in het kader van de vermogensstructurering.

---

[7] De Leeuw 2020, p. 467; Auerbach, *WFR* 2009/122; Boer, *FTV* 2017/2-7.
[8] HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819; HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2567; HR 18 november 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AA2566, *BNB* 1999/35-37.
[9] 'G7-landen bereiken akkoord over minimumbelasting bedrijven', *Het Financieele Dagblad* 5 juni 2021.
[10] De Groot & Leupen, *Het Financieele Dagblad* 8 oktober 2021.

Sinds 1 januari 2010 kent de Nederlandse belastingwet regelgeving die zwevend vermogen poogt te voorkomen. Voorafgaand aan, en na, de invoering van het APV-regime hebben diverse auteurs kritiek geuit op de mogelijke uitkomsten van de wettelijke bepalingen. Nu, bijna twaalf jaar na invoering van de wetgeving, zou ik deze graag evalueren.

1.5 Afbakening

In dit onderzoek staat de Nederlandse fiscale behandeling van doelvermogens die volgens artikel 2.14a Wet IB 2001 kwalificeren als APV centraal. Het gaat hierbij over de gevolgen voor de inkomstenbelasting alsmede de schenk- en erfbelasting. Hoewel de APV-regeling ook consequenties heeft voor de Wet Vpb 1969 en de Wet DB 1965, blijven deze buiten beschouwing bij deze masterscriptie. Daarnaast ga ik niet in op de fiscale behandeling van doelvermogens in andere landen. Dit is geen vergelijkend onderzoek. Ten slotte maakt de verenigbaarheid van de APV-regeling met het EU-recht en de door Nederland gesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing geen deel uit van dit onderzoek.

1.6 Verantwoording van de opzet

In hoofdstuk 2 zet ik uiteen wat een APV is en welke kenmerken een dergelijk doelvermogen heeft. Hierbij ga ik in op de civiele erkenning van doelvermogens en de fiscale gevolgen die volgden uit rechtshandelingen met doelvermogens voorafgaand aan de invoering van het APV-regime.

In hoofdstuk 3 analyseer ik de werking van de APV-regeling in de Wet IB 2001 zoals deze sinds 1 januari 2010 ingevoerd is. Hierbij sta ik tevens stil bij wijzigingen ten aanzien van het APV-regime sinds de invoering. In hoofdstuk 4 ga ik in op de wettelijke bepalingen uit de SW 1956 die voortkomen uit de APV-regeling.

In hoofdstuk 5 behandel ik het draagkrachtbeginsel. Na een analyse van het draagkrachtbeginsel toets ik in hoeverre het APV-regime strijdigheden met dit beginsel veroorzaakt. In de literatuur hebben auteurs aandacht gevraagd voor onevenredigheden die voortvloeien uit de APV-regeling. Auerbach en De Leeuw hebben niet enkel geageerd tegen de uitwerkingen van de APV-regeling maar hebben ook suggesties gedaan ten aanzien van de belastingheffing van (de betrokkenen bij) doelvermogens. Deze alternatieven en aanvullingen behandel ik in hoofdstuk 6.

Ten slotte geef ik in hoofdstuk 7 antwoord op de onderzoeksvraag en doe ik enkele aanbevelingen.

Hoofdstuk 2: Wat is een APV?

2.1 Inleiding

In deze thesis staat de fiscale behandeling van het "Afgezonderd Particulier Vermogen" centraal. In dit hoofdstuk ga ik in op de kwalificatie van een entiteit met of zonder rechtspersoonlijkheid als APV. Hiertoe geef ik allereerst een omschrijving van de term APV, zoals gehanteerd door de wetgever. Een APV is de fiscale kwalificatie van een doelvermogen. Vervolgens behandel ik de karakteristieken van doelvermogens. Aangezien niet ieder doelvermogen hetzelfde is, ga ik in op een aantal fundamentele verschillen. Ten slotte behandel ik de wijze waarop belasting werd geheven van een doelvermogen, dat hedendaags kwalificeert als APV, voorafgaand aan de invoering van het APV-regime.

2.2 Het APV

Een APV is de fiscale duiding van een doelvermogen. Deze verzamelnaam is afkomstig van de wetgever die hiermee de fiscale behandeling van verschillende soorten doelvermogens wilde vernieuwen.[11] In de wetsgeschiedenis is het doelvermogen omschreven als een tot een bepaald doel afgezonderd vermogen dat door buitenlands recht wordt beheerst, dat niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een (rechts)persoon, geen aandeelhouders of participanten kent en wordt behandeld als een zelfstandige fiscale entiteit.[12]

Voorbeelden van doelvermogens zijn rechtsfiguren zoals de Anglo-Amerikaanse trust, de Liechtensteinse Stiftung en de Antiliaanse Stichting Particulier Fonds. De belangrijkste gemene deler van deze rechtsfiguren is dat onderscheid bestaat tussen de juridische eigenaar, de begunstigde en de insteller. Het Nederlandse civiele recht kent geen vergelijkbare rechtsvorm met een dergelijk onderscheid van functies. Het fiscale recht zoekt veelal aansluiting bij het civiele recht. Het is, door het ontbreken van een vergelijkbare rechtsvorm, in beginsel lastig het doelvermogen civiel te duiden. Deze duiding is echter noodzakelijk voor de bepaling van de fiscale gevolgen van het doelvermogen.

2.2.1 Doelvermogens

De statutaire bepalingen van doelvermogens zijn zeer flexibel en het is mogelijk deze naar wens vorm te geven. Een bekend citaat van Hayton over de Anglo-Amerikaanse trust is dan ook: "Like an elephant, a trust is difficult to describe, but easy to recognize".[13]

Voordat de civiele en fiscale erkenning en kwalificatie volgt, is het van belang de rechtsverhoudingen bij een doelvermogen te begrijpen. Veel auteurs beschouwen de Anglo-Amerikaanse trust als de basis van vele fiscale doelvermogens. Voor een toelichting op de werking van doelvermogens gebruik ik dan ook het voorbeeld van een dergelijke trust. Het is hierbij van belang te begrijpen dat de trust een *rechtsverhouding* is en geen *rechtspersoon*.

De Anglo-Amerikaanse trust is volgens het buitenlandse uniforme rechtstelsel "common law" ontwikkeld. Zoals Hayton beschreef bestaan vele variaties op de trust. De gemene deler is de verhouding tussen insteller (*grantor*), beheerder (*trustee*) en begunstigde (*beneficiary*).

Bij een trust voor particuliere doeleinden is veelal sprake van een *private express trust.* De insteller draagt hierbij vermogen over aan de trust. Op haar beurt beheert de beheerder het vermogen ten behoeve van de begunstigden. De insteller van een doelvermogen heeft voor de inbreng van vermogen

[11] *Kamerstukken II* 2008/09, 27 789, nr. 17, p. 6.
[12] *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, p. 17; HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, *BNB* 1999/35.
[13] Hayton 1996, p. 3.

in een doelvermogen vaak motieven zoals het beschermen van vermogen tegen schuldeisers en het bundelen van familievermogen.

Het instellen van een trust beschermt het vermogen aangezien de insteller de juridische titel van de vermogensbestanddelen overdraagt aan de trust. Voor de volledigheid merk ik op dat de geschiktheid van een specifieke trust voor de bescherming van vermogen afhankelijk is van de kenmerken van deze trust. Vermogensbescherming is bijvoorbeeld niet mogelijk bij een *bare trust*. Bij een dergelijke trust heeft de insteller, dan wel de begunstigde, te allen tijde het recht het volledige vermogen van de trust te onttrekken. De functie van de beheerder bestaat enkel uit het beheer van het trustvermogen. Bij het faillissement van de inbrenger of begunstigde maken de schuldeisers aanspraak op het trustvermogen.

De trust is na inbreng de houder van de juridische titel van de ingebrachte vermogensbestanddelen. Dit betekent echter niet dat de economische eigendom ook bij de trust berust. De economische dimensie van het vermogen splitst zich af van de juridische titel. De vermogensbestanddelen behoren immers ten goede te komen aan de begunstigden. De trust beheert het vermogen enkel voor de begunstigden en heeft zelf geen enkel economisch belang bij de vermogensbestanddelen.

Ook het Nederlandse rechtstelsel biedt opties het economisch en juridisch belang bij een vermogensbestanddeel te splitsen. Voorbeelden hiervan zijn het overdragen van de economische eigendom, optie- en winstrechten en het certificeren van vermogen. Bij het certificeren van vermogen ontstaat een scheiding tussen de beschikkingsmacht en de economische gerechtigdheid. Het bestuur van het stichting administratiekantoor beschikt in juridische zin over het gecertificeerde goed. De certificaathouder heeft een economisch belang. Hierbij is echter reeds bepaald aan wie de economische gerechtigdheid toekomt. De Nederlandse mogelijkheden juridisch en economisch belang te splitsen zijn echter niet gelijk aan de trustverhouding. Zo heeft een trust geen rechtspersoonlijkheid en is ook geen sprake van een overeenkomst. Niet de trust zelf maar de trustee houdt de juridische titel van het trustvermogen. Deze trustee treedt in rechte op en sluit overeenkomsten met derden. Daarnaast is bij een trustverhouding geen sprake van een sluitend vergelijk met de splitsing van economisch en juridisch eigendom zoals bij een beperkt recht. De begunstigden bij een trust hebben immers recht op zaaksvervanging.[14] Het trustvermogen vormt een afgescheiden vermogen, het behoort juridisch niet tot het privévermogen van de trustee. Daarnaast heeft de beperkt gerechtigde bij een vermogensbestanddeel een economisch belang bij dat vermogensbestanddeel. Bij een trustverhouding is dat voor de trustee niet het geval.[15]

Bij de trustverhouding is de gerechtigdheid van de begunstigden afhankelijk van de trustakte. De trustakte bevat de bevoegdheden van de trustee (discretionair of non-discretionair), in hoeverre een begunstigde aanspraken jegens de trust heeft en in hoeverre de insteller van de trust invloed blijft houden ten aanzien van de bepalingen omtrent de trust (revocable of irrevocable).

Hierna ga ik in op de kwalificatie van een doelvermogen als revocable of irrevocable en het verschil tussen een fixed of discretionair doelvermogen.

2.2.2 Revocable of irrevocable doelvermogen

Bij een revocable doelvermogen kan de insteller de statuten van het doelvermogen aanpassen, begunstigden benoemen of schrappen en het doelvermogen ontbinden. De macht van de insteller ten aanzien van het trustvermogen. Zoals ik in paragraaf 3.3 toelicht, is het APV-regime niet van toepassing ten aanzien van een revocable doelvermogen. Dit doelvermogen is voor Nederlandse fiscale

[14] Gilissen 2012, p. 71.
[15] De Leeuw 2020, p. 163.

doeleinden transparant. De bezittingen, schulden en inkomsten worden bij de insteller in aanmerking genomen.

Bij een irrevocable doelvermogen is het niet mogelijk voor de insteller van het doelvermogen zeggenschap ten aanzien van het doelvermogen uit te oefenen. De juridische beslissingsbevoegdheid berust bij het bestuur.

2.2.3 Fixed of discretionair doelvermogen

Wanneer een begunstigde afdwingbare rechten jegens de trust heeft, is dit deel van het doelvermogen *fixed*. De kwalificatie als *fixed* betekent niet dat een dergelijk doelvermogen ongeschikt is voor vermogensbescherming. De statuten van de trust kunnen bijvoorbeeld de jaarlijkse uitkeringen beperken. Dit biedt de insteller van het doelvermogen flexibiliteit. Zo is het mogelijk te voorkomen dat het vermogen na het overlijden van de insteller ineens ter beschikking van de erfgenamen komt. Instellers van dergelijke doelvermogens doen dit vaak teneinde de spilzucht van hun erfgenamen te beperken.[16]

Bij een juridische afdwingbare aanspraak is het mogelijk dat deze aanspraak recht geeft op tegenwoordig genot, toekomstig genot of dat de aanspraak aan opschortende of ontbindende voorwaarden is onderworpen.[17] Een voorbeeld is een vooraf vastgestelde uitkering bij het bereiken van een bepaalde leeftijd. Het feit dat deze uitkeringen voor het bereiken van de specifieke leeftijd nog niet vorderbaar en inbaar zijn, doet niet af aan het feit dat hier voor Nederlandse fiscale doeleinden sprake is van een (gedeeltelijke) *fixed* trust.[18]

Bij een discretionair doelvermogen is de beheerder bevoegd te handelen zoals deze wenst. In de praktijk conformeert de beheerder zich veelal aan de letter of wishes.[19] Hierbij merk ik op dat de letter of wishes formeel niet bindend is voor de beheerder.[20] Bij een volledig discretionair doelvermogen ontbreken rechtens afdwingbare aanspraken jegens het doelvermogen.

2.3 Kwalificatie doelvermogen als APV

Het is niet zo dat alle doelvermogens als APV kwalificeren. Indien een doelvermogen aan de specifieke criteria van artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001 voldoet, is de APV-regeling van toepassing. Er is sprake van een APV indien:

- er een afgezonderd vermogen is; en
- het doelvermogen met dit vermogen een meer dan bijkomstig particulier belang beoogt; en
- geen sprake is van uitgegeven aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten of een economische deelgerechtigdheid is ontstaan.

2.3.1 Het afzonderen van vermogen

Het APV-regime heeft het karakter van een anti-misbruikmaatregel en rekent de vermogensbestanddelen van een APV toe aan degene die het vermogen hebben afgezonderd.[21] In de parlementaire geschiedenis van het APV-regime komt de term “inbrenger” vaak terug. Deze term komt

[16] Boer 2011, p. 224.
[17] Boer & IJsselmuiden, *KWEP* 2021/11.
[18] HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, m.nt. J.P. Boer, *BNB* 2015/152.
[19] Boer & IJsselmuiden, *KWEP* 2021/11.
[20] Boer 2011, p. 208.
[21] Art. 2.14a lid 1 Wet IB 2001.

niet terug in artikel 2.14a Wet IB 2001. In de wettelijke bepaling is enkel gesproken over degene die vermogen afzondert. De inbrenger en degene die het vermogen afzondert, zijn dezelfde.

Het afzonderen van vermogen is:

"a) het om niet of onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden rechtens dan wel in feite, direct of indirect afzonderen van vermogensbestanddelen in een afgezonderd particulier vermogen;

b) het rechtens dan wel in feite, direct of indirect, vervreemden van vermogensbestanddelen aan een afgezonderd particulier vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd van de vervreemder, van zijn partner of van een of meer van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tot en met de vierde graad van de zijlijn."[22]

Het begrip afzonderen is bewust zeer ruim gedefinieerd.[23] Daarnaast geldt een dynamische interpretatie voor het begrip afzonderen.[24] In de Uitvoeringsregeling IB 2001 is een aantal situaties opgenomen waarbij in ieder geval sprake is van het afzonderen van vermogen:

"a) het vervreemden van vermogensbestanddelen aan een afgezonderd particulier vermogen tegen een prijs die afwijkt van de waarde in het economische verkeer;

b) het bedingen van voorwaarden bij het vervreemden van vermogensbestanddelen aan een afgezonderd particulier vermogen die niet overeenkomen met voorwaarden die in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk zijn;

c) het inbrengen van vermogensbestanddelen in een afgezonderd particulier vermogen waarbij de inbreng en daarmee samenhangende rechtshandelingen gericht zijn op of direct of indirect verband houden met het ontgaan of uitstellen van de toerekening, bedoeld in artikel 2.14a, eerste lid, van de wet."[25]

Het overdragen van vermogen tegen zakelijke voorwaarden vormt een afzondering, mits sprake is van een doelvermogen dat een meer dan bijkomstig particulier belang heeft bij de overdrager, diens partner of hun bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tot en met de vierde graad van de zijlijn.[26]

Naar aanleiding van het wetsvoorstel waarin de APV-regeling werd geïntroduceerd, heeft Auerbach aangegeven dat met de formulering van het begrip afzonderen nog steeds een heffingsvacuüm kan ontstaan.[27] Er zou geen sprake zijn van het afzonderen van vermogen indien het doelvermogen financiering aantrekt van een derde, de begunstigden of de insteller en het doelvermogen hier vervolgens vermogensbestanddelen mee verwerft. Hierbij zou geen afzondering plaatsvinden. Zonder afzondering is toerekening op grond van artikel 2.14 lid 1 Wet IB 2001 niet mogelijk.[28]

Als reactie op het artikel van Auerbach heeft de wetgever expliciet aangegeven dat ook in de door Auerbach geschetste situatie sprake is van de afzondering van vermogen zoals bedoeld in artikel 2.14a

[22] Art 2.14a lid 3 Wet IB 2001.
[23] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 55–56.
[24] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 55.
[25] Art. 4a lid 4 Uitv regeling IB 2001.
[26] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 55–56.
[27] Auerbach, *WPNR* 2009/6802.
[28] Uiteraard behoudens de in artikel 4a lid 4 Uitvoeringsregeling IB 2001 genoemde situaties en andere manieren van afzondering.

lid 3 Wet IB 2001.[29] De aankoop van de vermogensbestanddelen vindt op initiatief van de inbrenger plaats. Artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001 spreekt van het "rechtens dan wel in feite" afzonderen van vermogen. De wetgever betoogt dat hier ook in de door Auerbach geschetste situatie sprake van is.

In een naschrift heeft Auerbach aangegeven dat hij de redenering van de Staatssecretaris van Financiën tegenstrijdig vindt en diens conclusies niet deelt. Hoewel hij de argumenten van de Staatssecretaris van Financiën kan volgen, biedt de wettekst geen volledige duidelijkheid.[30] Auerbach besluit zijn betoog met de constatering dat de Hoge Raad uiteindelijk een oordeel moet vellen over het verschil tussen de wettekst en de bijbehorende toelichting. Auerbach had graag gezien dat de wettekst opzichzelfstaand duidelijk genoeg zou zijn en dat zowel belastingplichtigen als de belastingdienst niet afhankelijk zijn van de uiteindelijke interpretatie van de rechterlijke macht. Deze conclusie van Auerbach kan ik enkel onderschrijven. Juist gedurende de totstandkoming van de wettelijke bepaling is zorgvuldigheid geboden teneinde onzekerheid over de fiscale positie van een belastingplichtige te voorkomen.

De Leeuw geeft aan dat zij, vanuit een redelijke wetsinterpretatie, van mening is dat bij verwerving van vermogensbestanddelen door het APV met externe financiering sprake is van het afzonderen van vermogen.[31] Gelet op de expliciete toelichting bij de invoering van de wet, ligt het voor de hand dat ook het aantrekken van vermogensbestanddelen door een doelvermogen een afzondering vormt. Dit leidt tot toerekening aan de inbrenger. Het is immers de bedoeling van de wetgever alle vermogensbestanddelen en inkomsten van een APV toe te rekenen aan de inbrenger. Auerbach heeft bij de aankondiging van het APV-regime een suggestie gedaan die onduidelijkheden rondom de inbreng van vermogen in een APV weg dient te nemen. Auerbach stelt voor belastingplichtigen de mogelijkheid te bieden een verzoek in te dienen bij de belastingdienst over het al dan niet aanwezig zijn van een afzondering van vermogen. Dit verzoek zou gevolgd worden door een voor bezwaar vatbare beslissing.[32] Met Auerbach ben ik van mening dat een dergelijke "toerekeningsbeschikking" de rechtszekerheid van de betrokken belastingplichtigen verbetert. De wetgever heeft deze suggestie van Auerbach niet overgenomen. Ik kan me voorstellen dat de wetgever hier vanaf heeft gezien uit angst voor grensverkennend gedrag door belastingplichtigen.

2.3.2 Particulier belang

Een doelvermogen kwalificeert enkel als APV indien het doelvermogen een *"meer dan bijkomstig particulier belang"* nastreeft. In de praktijk is sprake van *"meer dan bijkomstig"* bij een belang van ten minste 10% tot 15%.[33] De juridische doelstelling van het doelvermogen vormt de basis voor de beoordeling of sprake is van een meer dan bijkomstig particulier belang. Hierbij zijn de oprichtingsakte, reglementen en dergelijke documenten van belang. Daarnaast is het mogelijk aannemelijk te maken dat sprake is van een particulier belang op basis van de feitelijke handelingen indien deze afwijken van de juridische doelstelling.[34] Dit is mogelijk op basis van de activiteiten (activiteitentoets) en op basis van de omvang van het vermogen (vermogenstoets). Door naar deze factoren te kijken, kan men vaststellen of sprake is van een *"meer dan bijkomstig particulier belang"*.[35] Het *"particulier belang"* ziet op een belang dat slechts een beperkte groep personen, veelal familie, aangaat. Een voorbeeld is de ouder die zijn partner en (klein-)kinderen niet onverzorgd wil achterlaten of een kinderloze oom die

[29] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, p. 30.
[30] Auerbach, *WFR* 2010/1172.
[31] De Leeuw 2020, p. 320.
[32] Auerbach, *WFR* 2009/122.
[33] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 56.
[34] Hof Den Haag 20 oktober 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2071, *VN* 2021/2616.
[35] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 55.

zijn neven en nichten wenst te ondersteunen.[36] Het is overigens niet vereist dat de kring van begunstigden uit familieleden bestaat, een open norm is van toepassing op de kwalificatie als particulier belang.[37]

Een ANBI of SBBI kwalificeert nimmer als APV nu een ANBI een algemeen belang na dienen te streven en een SBBI niet als APV kwalificeert op grond van de wettekst.[38]

2.3.3 Afzonderen tegen uitreiking van winstbewijzen

Zoals hiervoor opgemerkt, kwalificeert een doelvermogen niet als APV indien de afzondering van vermogen gepaard gaat met het uitreiken van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of vergelijkbare rechten. Deze uitzondering is eenvoudig verklaarbaar: de APV-regeling is in het leven geroepen met als doel zwevend vermogen tegen te gaan. Bij een uitgifte van aandelen (of vergelijkbare rechten) tegenover de afzondering van vermogen, ontstaat een heffingsmogelijkheid op basis van de Nederlandse Wet IB 2001.[39]

Indien de APV-regeling een doelvermogen niet zou uitsluiten van de kwalificatie als APV indien zij winstbewijzen uitreikt, ontstaat een ongewenste situatie. De rangorderegeling bepaalt dan dat de APV-regeling de winstbewijzen in de heffing van inkomstenbelasting betrekt. Dit is ongewenst. De Nederlandse Wet IB 2001 bevat immers al bepalingen die de winstbewijzen in de heffing van de inkomstenbelasting betrekken. Bij winstbewijzen ontstaat dan ook geen zwevend vermogen. In een situatie zonder heffingslek is reparatie immers overbodig. Daarnaast is het met het oog op het rechtsgelijkheidsprincipe het meest zuiver dat situaties die economisch hetzelfde uitwerken, te laten beheersen door dezelfde wettelijke bepalingen.

2.4 Fiscale behandeling doelvermogens voor 1 januari 2010

De eerder in dit hoofdstuk genoemde doelvermogens kennen geen Nederlandse identieke tegenhanger die voorkomt uit de Nederlandse civiele wet. Een civiele en fiscale erkenning en kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen is noodzakelijk voor het bepalen van de Nederlandse nationale fiscale gevolgen.[40]

2.4.1 Erkenning doelvermogens

De Nederlandse civiele erkenning van doelvermogens is niet vanzelfsprekend. Deze erkenning volgt uit het Haags Trustverdrag.[41] Dit verdrag is mede ondertekend door Nederland. Het verdrag ziet enkel op de civielrechtelijke erkenning, een fiscale kwalificatie blijft achterwege. De leden van het HTV mogen zelfstandig bepalen op welke wijze zij doelvermogens in de belastingheffing betrekken.[42] Veelgebruikte doelvermogens, die mogelijk een APV vormen, vallen onder de reikwijdte van dit verdrag. Zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 2 HTV. Volgens dit artikel is een “trust” een juridische verbintenis waarbij een insteller vermogensbestanddelen onder de controle van een trustee plaatst ten behoeve van een begunstigde.

[36] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 55.
[37] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 56.
[38] Art. 2.14a lid 2 Wet IB 2001.
[39] Art. 4.12 Wet IB 2001 jo art. 7.7 Wet IB 2001.
[40] Art. 2 Wet Vpb 1969 jo *Stcrt*. 2009, 1949.
[41] *Trb*. 1985, 141.
[42] Art. 19 HTV.

Een trust beschikt over de volgende kenmerken:

a. de vermogensbestanddelen behoren niet tot het vermogen van de trustee maar vormen een afgescheiden vermogen; en
b. de juridische titel van het trustvermogen staat op naam van de trustee; en
c. de trustee heeft, binnen de grenzen van de trustakte en de wet, de plicht en de macht te beschikken over het trustvermogen.

Het feit dat de insteller van een doelvermogen zich bepaalde rechten voorbehoudt, doet niet af aan de kwalificatie van het doelvermogen als trust voor toepassing van het HTV.[43]

De civielrechtelijke erkenning van het doelvermogen vormt de basis voor een fiscale kwalificatie. Deze kwalificatie is afhankelijk van de rechten en verplichtingen die voortkomen uit de door het buitenlandse recht beheerste rechtsfiguur.[44] Vervolgens dient het samenstel van kenmerken vergeleken te worden met de opvattingen uit het Nederlandse fiscale recht. In de praktijk is dit veelal een ingewikkelde exercitie. Buitenlandse rechtsvormen zijn nooit volledig gelijk of vergelijkbaar aan een Nederlandse rechtsvorm. Het Ministerie van Financiën heeft in dit kader een kwalificatiebesluit gepubliceerd met het doel belastingplichtigen zekerheid te geven over de fiscale kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen.[45] Dit besluit is van toepassing op de Wet IB 2001, Wet Vpb 1969 en de Wet DB 1965.[46]

Het kan voorkomen dat een beroep op het kwalificatiebesluit niet mogelijk is. Doelvermogens zijn volgens het kwalificatiebesluit vaak geen samenwerkingsverbanden maar 'stichtingen- of doelvermogenachtige rechtsvormen'. In dit geval is de reguliere kwalificatieleer leidend.[47] Samengevat komt deze leer neer op een fiscale kwalificatie als transparant indien de inbrenger verregaande beslissingsmacht heeft ten aanzien van het vermogen. Hoewel civielrechtelijk geen sprake is van een transparante benadering, negeren we de tussenliggende entiteit voor fiscale toepassingen. Deze leer voorkomt de gekunstelde verlaging van de belastingdruk door het tussenschuiven van een non-transparante entiteit.[48] A contrario betrekt de belastingwet een zelfstandige entiteit in heffing van inkomsten- of vennootschapsbelasting bij onvoldoende beslissingsmacht van de achterliggers. De Hoge Raad onderschrijft dat een doelvermogen als fiscaal zelfstandige entiteit kan kwalificeren.[49]

2.4.2 Belastingheffing doelvermogens voor invoering APV-regime

Door de ondertekening en inwerkingtreding van het Haags Trustverdrag dient Nederland doelvermogens als zodanig te erkennen. De Hoge Raad heeft in haar Trustarresten aangegeven welke fiscale gevolgen verbonden zijn aan transacties met doelvermogens.[50]

In deze arresten stonden de fiscale consequenties van de inbreng van vermogen in een doelvermogen centraal. Bij deze arresten was de inbrenger op het moment van inbreng (al dan niet fictief) inwoner van Nederland voor toepassing van de SW 1956.

---

[43] Art. 2 HTV.
[44] J.P. Boer, p. 239.
[45] *Stcrt*. 2009, 19749.
[46] *Stcrt.* 2009, 19749.
[47] HR 12 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:212, *BNB* 2021/99, m.nt. J.P. Boer.
[48] HR 22 juli 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9380, *BNB* 1982/42; HR 30 oktober 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AC9086, *BNB* 1986/16.
[49] HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819; HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2567; HR 18 november 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AA2566, *BNB* 1999/35-37.
[50] HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819; HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2567; HR 18 november 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AA2566, *BNB* 1999/35-37.

De doelvermogens hadden een irrevocable en discretionair karakter waardoor de inbrenger de inbreng niet ongedaan kon maken en het bestuur van het doelvermogen na inbreng beslissingsbevoegd was ten aanzien van de vermogensbestanddelen van het doelvermogen.

De inbreng werd gezien als een schenking van de inbrenger aan het doelvermogen.[51] Deze schenking werd belast tegen het (hoge) derden tarief van de SW 1956. Bij een uitkering uit het doelvermogen zou opnieuw sprake zijn van een schenking, belast tegen het derden tarief. De heffing van schenkbelasting bij uitkering bleef veelal achterwege nu enkel schenkbelasting werd geheven van doelvermogens die voor toepassing van de SW 1956 in Nederland gevestigd waren.[52]

De arresten van de Hoge Raad lijken in beginsel een overwinning voor het Ministerie van Financiën. Desondanks bood de wetsuitleg mogelijkheden voor vermogende particulieren die niet kwalificeerden als inwoner van Nederland voor toepassing van de SW 1956. Indien zij hun vermogen naar de fiscale wetgeving van hun woonland onbelast konden onderbrengen in een onherroepelijk en discretionair doelvermogen, bleef latere heffing van schenk- of erfbelasting achterwege. Bij een zakelijke tegenprestatie bij de inbreng was evenmin geen sprake van een belaste schenking aan het doelvermogen bij inbreng. Hiermee bleef de toekomstige waardeaangroei buiten de heffingssfeer.

2.5 Conclusie

Bij het instellen van een doelvermogen ontstaat een bijzondere rechtsverhouding. De inbrenger draagt de juridische titel van de vermogensbestanddelen over aan het doelvermogen. De beheerder beschikt namens het doelvermogen over dit vermogen. Voorafgaand aan of bij de inbreng van de vermogensbestanddelen, legt de inbrenger diens wensen vast in de statuten of alternatieve documenten. Het bestuur van het doelvermogen beheert het vermogen ten gunste van de begunstigden. Aldus ontstaat een splitsing tussen de juridische en economische dimensie van het eigendomsrecht. Nederland erkent doelvermogens door haar deelname aan het HTV.

Voorafgaand aan de invoering van het APV-regime vormde de inbreng van vermogen in een doelvermogen een schenking van de inbrenger aan het doelvermogen. Bij een uitkering van het doelvermogen aan haar begunstigden was opnieuw sprake van een schenking. Tussen het moment van inbreng en uitkering, bevond het vermogen zich in de dode hand. Aangezien de SW 1956 aanknoopt bij de fiscale woonplaats van de schenker, was het mogelijk vermogen onbelast in te brengen in het doelvermogen. Dit was mogelijk indien de inbrenger niet (fictief) woonachtig was in Nederland op het moment van inbreng.

Sinds de invoering van het APV-regime verloopt de belastingheffing ten aanzien van bepaalde doelvermogens anders. Dit geldt enkel voor doelvermogens die kwalificeren als APV. Dit is enkel zo indien sprake is van afgezonderd vermogen dat een meer dan bijkomstig belang beoogt en geen sprake is van de uitgifte van aandelen, winstbewijzen of daarmee vergelijkbare rechten.

[51] HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2567, *BNB* 1999/37 r.o. 3.12.
[52] Art. 2 lid 3 SW 1956.

Hoofdstuk 3: De APV-regeling in de Wet IB 2001 sinds 1 januari 2010

3.1 Inleiding

Sinds de invoering van de APV-regeling kent de Wet IB 2001 meerdere uitwerkingen indien sprake is van een doelvermogen. Voorbeelden zijn toerekening aan de inbrenger, diens erfgenamen of de begunstigden. Centraal staat de toerekening van het vermogen aan de inbrenger en na diens overlijden aan de erfgenamen. Voor de toerekening is het van belang of, en in hoeverre, sprake is van een discretionair doelvermogen. In dit hoofdstuk zet ik uiteen wanneer en in welke mate toerekening van vermogensbestanddelen van een doelvermogen aan de betrokkenen plaatsvindt.

3.2 APV-regeling, toerekening of transparantie

Ten aanzien van de APV-regeling kan men zich afvragen of sprake is van transparantie of van de toerekening van vermogen. De wetgever spreekt in de parlementaire geschiedenis over transparantie: "Het afgezonderd particulier vermogen wordt zodoende als transparant behandeld."[53] Deze bepaling strookt niet met de wettekst, artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 luidt:

"Voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen worden de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in het tweede lid, geacht bij degene die dat vermogen bij leven of bij overlijden heeft afgezonderd tot zijn bezit te behoren, onderscheidenlijk op te komen (toerekening). Na het overlijden van de persoon, bedoeld in de eerste volzin, worden de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in het tweede lid, toegerekend aan diens erfgenamen, per erfgenaam in dezelfde verhouding als hij verkrijger krachtens erfrecht is van de overledene."

Zoals Auerbach terecht opmerkt, is deze bepaling overbodig indien sprake is van fiscale transparantie.[54] Bij transparantie negeert men fiscaal de juridische huls. De vermogensbestanddelen, inkomsten en uitgaven behoren dan tot het vermogen van de achterliggende persoon. Nu deze bepaling overbodig is indien wel sprake is van transparantie, lijkt dit de opvatting dat een APV een zelfstandige fiscale entiteit is juist te versterken. Toerekening van bezittingen en inkomsten aan een ander kan enkel plaatsvinden bij een zelfstandige entiteit. Bij non-transparantie behoren de vermogensbestanddelen fiscaal niet tot het vermogen van de achterliggende natuurlijk persoon of lichaam. Het APV-regime zorgt in die situatie voor de toerekening van inkomsten en vermogensbestanddelen aan een natuurlijk persoon.

De wetgever geeft zelf ook expliciet aan dat de APV-regeling het karakter van een toerekeningsbepaling heeft. De wetgever geeft aan deze fundamentele keuze bewust te hebben gemaakt, hetgeen zich uit in de positionering van de APV-regeling binnen de Wet IB 2001.[55] De APV-regeling is opgenomen in artikel 2.14a Wet IB 2001, onderdeel van hoofdstuk 2 van de Wet IB 2001 (raamwerk). De bepaling maakt deel uit van afdeling 4 "toerekeningsregels".

Het belang van het onderscheid tussen toerekening enerzijds en transparantie anderzijds is gelegen in het fiscaal vervallen van vorderingen en schulden. Indien een fiscaal transparante stichting een lening verstrekt aan degene die de beschikkingsmacht heeft over het in de stichting aanwezige vermogen, neemt de Wet IB 2001 deze vordering niet in aanmerking. Bij de toerekeningsgedachte erkennen we de rechtsverhoudingen wel. Indien sprake is van een APV waarbij toerekening van de vermogensbestanddelen plaatsvindt, behoren zowel de vordering als de schuld die voortkomen uit de

[53] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr 3, p. 11–12.
[54] Auerbach, *WFR* 2010/1172.
[55] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr 3, p. 50.

lening derhalve tot de rendementsgrondslag van de inbrenger. Het verschil met de transparantiegedachte manifesteert zich bijvoorbeeld indien de schuld een eigenwoningschuld als bedoeld in artikel 3.119a Wet IB 2001 vormt. De rente vormt een aftrekpost bij het bepalen van het inkomen uit werk en woning.[56] Daarnaast elimineert de transparantiegedachte transacties tussen de entiteiten waartussen de transparantie bestaat. Indien een inbrenger aandelen behorende tot een AB inbrengt in een entiteit, is bij de transparantiegedachte geen sprake van een vervreemding. Bij een toerekeningsgedachte is dit mogelijk anders. Uit voorbeelden uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever de inbreng van aandelen behorende tot een AB in een APV niet ziet als vervreemding. Dit is enkel zo indien de APV-regeling alle aandelen na de inbreng toerekent aan de inbreng. Bij partiële toerekening aan een ander, is sprake van een afrekenmoment.[57] De gevolgen van de inbreng van aandelen behorende tot een AB gevolgd door toerekening aan verschillende personen behandel ik in paragraaf 5.4.1. De toelichting van de Staatssecretaris van Financiën is juist indien de APV-regeling uitgaat van transparantie. De transparantiegedachte strookt echter niet met de wettekst, de overige opmerkingen en de uiteengezette uitwerkingen uit de parlementaire geschiedenis.[58]

3.3 Toerekening: Fixed of discretionair?

Het APV-regime vindt geen toepassing indien en voor zover sprake is van een *fixed* trust. Dit is het geval indien iemand een rechtens afdwingbare aanspraak jegens het doelvermogen heeft. De Wet IB 2001 betrekt de houder van de aanspraak in de heffing van inkomstenbelasting.[59] Deze rechten behoren veelal tot de rendementsgrondslag voor het inkomen uit sparen en beleggen of tot het inkomen uit AB. Daarnaast is het mogelijk een IB-onderneming, eigen woning of resultaatsvermogen in te brengen in een APV.[60] Belastingheffing over dergelijke inkomsten en vermogensbestanddelen vindt plaats conform de bepalingen omtrent Box 1 van de Nederlandse Wet IB 2001. Boer merkt op dat het niet nodig een anti-ontgaansbepaling van toepassing te verklaren indien sprake is van een rechtens afdwingbare aanspraak. In dat geval is geen sprake van een heffingslek.[61] Bij een revocable doelvermogen heeft de insteller een verregaande beslissingsmacht ten opzichte van het doelvermogen. Fiscaal behoren de vermogensbestanddelen van het doelvermogen toe aan de houder van de verregaande beslissingsmacht. Hier is derhalve sprake van transparantie. De APV-regeling blijft in die situatie buiten toepassing.

Indien ten opzichte van de afzondering een rechtens afdwingbare aanspraak jegens het doelvermogen ontstaat, betekent dit niet dat het doelvermogen niet langer als APV kan kwalificeren. Een aanspraak jegens het doelvermogen vormt immers geen “economische deelgerechtigdheid”. Het ontstaan van een economische deelgerechtigdheid voorkomt de kwalificatie als APV op grond van artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001. Het ontstaan van de economische deelgerechtigdheid ziet op het aangaan van samenwerkingsverbanden en niet op het verkrijgen van een aanspraak jegens het doelvermogen.[62]

Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt niet ten opzichte van wie de aanspraak wordt gehouden en toegerekend dient te worden. Theoretisch kan men het vermogen toerekenen aan de inbrenger, het doelvermogen of de begunstigde. Boer en IJsselmuiden hebben gesteld dat de rechtspraak niet gelijk loopt aan de wetsgeschiedenis. De wetsgeschiedenis duidt op de verkrijging van het recht jegens de inbrenger. De rechtspraak geeft echter blijk van de gedachte dat de APV-regeling bij een fixed trust

[56] Hoogwout, *FTV* 2012/2-10.
[57] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 53.
[58] Auerbach, *WFR* 2010/1172.
[59] Art. 4a lid 1 Uitv reg IB 2001.
[60] Rb. Den Haag 4 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2428, *V-N* 2021/33.2.2.
[61] J.P. Boer in zijn noot bij HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, *BNB* 2015/152, m.nt. J.P. Boer.
[62] HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, *FED* 2015/50, m.nt. G.C.D. Grauss.

niet van toepassing is. Nu de bezittingen en schulden niet langer behoren tot het vermogen van de insteller maar tot het vermogen van het doelvermogen, ligt het volgens hen voor de hand het vermogen en de bijbehorende schuld toe te rekenen aan het doelvermogen.[63]

Een onderscheid in naam als 'irrevocable' of 'revocable', 'discretionary' of 'fixed' of een ander onderscheid is voor de toepassing van artikel 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001 niet van belang. Van belang zijn steeds de feiten en omstandigheden.[64] Indien het bestuur van het doelvermogen formeel de beschikkingsbevoegdheid heeft maar de inbrenger of diens adviseurs de daadwerkelijke leiding verzorgen en daarmee beschikken over het vermogen als ware het hun eigen vermogen, is geen sprake van een APV.[65]

3.4 Discretionair doelvermogen met een beperkte groep begunstigden

Een discretionair, irrevocable doelvermogen vormt in beginsel een APV op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001. Het is de vraag in hoeverre een dergelijk doelvermogen kwalificeert als doelvermogen indien slechts één natuurlijk persoon tot de kring van begunstigden behoort. Uit jurisprudentie blijkt dat in het geval van slechts één mogelijke begunstigde, sprake is van een volledig fixed doelvermogen.[66]

Boer merkt in zijn annotatie bij dit arrest op dat de kring van begunstigden in de onderhavige casus niet uit slechts één persoon bestaat.[67] De trustakte bepaalt dat het trustvermogen bestemd is voor anderen indien de oorspronkelijke begunstigde komt te overlijden en geen uiterste wilsbeschikking opmaakt met bepalingen ten aanzien van het trustvermogen. De Hoge Raad acht deze bepaling, zonder nadere motivering, onvoldoende om af te wijken van haar stelling dat slechts sprake is van één mogelijk begunstigde.[68] Hoogstwaarschijnlijk speelt de leeftijd van de begunstigde in deze casus daarbij een grote rol. De belanghebbende is geboren in 1999 en was ten tijde van het arrest van de Hoge Raad dan ook nog erg jong. Desondanks is het in mijn optiek onzuiver dat de Hoge Raad de belanghebbende op het moment dat haar aanspraak nog niet opeisbaar is en een grotere kring van begunstigden mogelijk is, als enige mogelijke begunstigde aanmerkt.

In een andere procedure is een beroep gedaan op het bovenstaande arrest.[69] Hierbij was het vermogen in het doelvermogen voor een periode van 100 of 150 jaar bestemd voor de nazaten van de inbrenger. Deze, in de statuten opgenomen, doelstelling zou het discretionaire karakter van het doelvermogen aantasten. De Hoge Raad oordeelde dat het opnemen van een groep van begunstigden het discretionaire karakter van het doelvermogen niet belemmert. De beperking van de groep van begunstigden leidt niet tot een toewijzing van concrete rechten jegens het doelvermogen aan die begunstigden.[70] Het feit dat de insteller van het doelvermogen in zijn wensen kenbaar maakt dat het vermogen besteed dient te worden, met behoud van discretionaire bevoegdheid van het bestuur, voor zijn nazaten, kruist het discretionaire karakter van het doelvermogen niet. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de inbrenger in zijn wensen een uitkeringenschema opneemt.

[63] Boer & IJsselmuiden, *KWEP* 2021/11.
[64] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 52.
[65] Hof Amsterdam 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3596.
[66] HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, *BNB* 2015/152.
[67] HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, *BNB* 2015/152, m.nt. J.P. Boer.
[68] HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, *BNB* 2015/152, r.o. 2.4.5.
[69] HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:367, *BNB* 2021/111.
[70] HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:367, r.o. 4.1.3.

3.5 Toerekening aan inbrenger en diens erfgenamen

Toerekening van de vermogensbestanddelen, schulden, inkomsten en uitgaven van een APV vindt plaats aan de inbrenger. Na het overlijden van de inbrenger, rekent artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001 de vermogensbestanddelen toe aan de erfgenamen van de inbrenger. Het gaat hierbij om de erfgenamen op basis van de bepalingen uit het BW.[71]

De toerekening van de vermogensbestanddelen aan de erfgenamen is gebaseerd op het erfdeel krachtens erfrecht van de erfgenamen. Na het overlijden van de erfgenamen treden diens erfgenamen, en de daarop volgende erfgenamen, in de plaats van de overleden erfgenaam.[72] In artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 is een tegenbewijsmogelijkheid opgenomen. Indien een erfgenaam aannemelijk maakt dat geen mogelijkheid bestaat waarbinnen de erfgenaam en/of diens partner begunstigde van het doelvermogen is of kan worden, vindt toerekening aan die erfgenaam niet plaats. De overige erfgenamen (die dus geen tegenbewijs leveren) krijgen het vermogen toegerekend dat initieel werd toegerekend aan de tegenbewijs-leverende erfgenaam. Deze toerekening vindt plaats in dezelfde verhouding als naar de verhouding van de verkrijging krachtens erfrecht bij uitsluiting van de tegenbewijs-leverende erfgenaam.[73]

De bewijslast aan te tonen dat een erfgenaam nimmer als begunstigde kan kwalificeren, rust op de erfgenaam. Deze erfgenaam dient een groot aantal documenten en details ten aanzien van het APV te overleggen. Hieronder valt een beschrijving van het APV inclusief het land van vestiging, de relevante stukken zoals de oprichtingsakte inclusief bijlagen, de jaarstukken, de NAW gegevens van de overige betrokkenen en stukken waaruit blijkt dat de erfgenaam nimmer als begunstigde zal kwalificeren.[74] In hoofdstuk 5, waarin ik de onevenredige uitwerkingen van de APV-regeling bespreek, sta ik hier nader bij stil.

3.5.1 Onterving of verwerping

Nu toerekening na het overlijden van de inbrenger plaatsvindt aan diens erfgenamen, opent dit in beginsel de deur voor het ontwijken van de toerekening door het frustreren van de status als erfgenaam. Bij de gelijktijdige onterving en benoeming als begunstigde van een erfgenaam of bij de verwerping van diens erfdeel door de erfgenaam/begunstigde, blijft toerekening in beginsel achterwege. De oorspronkelijke erfgenamen zijn in die situatie immers niet langer erfgenamen conform de bepalingen uit het BW.[75]

De wetgever heeft deze twee ontgaansmogelijkheden gesignaleerd. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat toerekening in deze situaties toch plaatsvindt. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat ook een verwerpende erfgenaam een erfgenaam is voor toepassing van artikel 2.14a Wet IB 2001.[76] Het is daarnaast niet mogelijk toerekening aan de erfgenamen te frustreren door deze te onterven en gelijktijdig te benoemen als begunstigde van het APV. Indien onterfde erfgenamen, hun partner of bloed- en aanverwanten, kwalificeren als begunstigden, zijn zij erfgenamen voor het APV-regime.[77]

[71] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, nr. D, p. 60.
[72] Art. 2.14a lid 1 Wet IB 2001.
[73] Art. 2.14a lid 6 Wet IB 2001.
[74] Art. 4a Uitv reg IB 2001.
[75] Art. 4:190 BW.
[76] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, nr. D, p. 30.
[77] Art. 2.14a lid 4 Wet IB 2001.

Zowel de NOB als Verstijnen wijzen op het feit dat het aanmerken van onterfde begunstigden niet sluitend is.[78] Stiefkinderen en samenwonende ongehuwde partners zijn geen erfgenamen volgens het BW terwijl zij gevoelsmatig wel als zodanig een gelijkwaardige positie kunnen aannemen.[79]

Het verwerpen van de nalatenschap voorkomt de werking van de APV-regeling niet. De verwerpende erfgenaam vormt een erfgenaam zoals bedoeld in artikel 2.14a Wet IB 2001.[80] De wetgever heeft hiervoor gekozen aangezien de verwerpende erfgenaam zelf beslist over het al dan niet aanvaarden van de nalatenschap. De aard en inhoud van de nalatenschap, inclusief de wetenschap over de eventuele aanwezigheid van een doelvermogen, beïnvloedt de erfgenaam in zijn beslissing de erfenis al dan niet te verwerpen.[81]

Het is de vraag of deze opmerking juist is. Enige wettelijke basis ontbreekt. Artikel 2.14a Wet IB 2001 bevat geen artikel dat ingaat op de situatie van de verwerpende erfgenaam. Deze verwerpende erfgenaam is volgens de bepalingen van het BW géén erfgenaam en daarmee valt deze in beginsel dus niet onder de hoofdregel van artikel 2.14a Wet IB 2001. De bepaling van artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001, toerekening aan de begunstigden indien de inbrenger onbekend is, is niet van toepassing nu de inbrenger bekend is. Indien een erfgenaam slaagt in het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 vindt toerekening niet plaats aan die erfgenaam maar aan de overige erfgenamen. Hierbij geldt een uitzondering voor anti-fiscale erfopvolgingen krachtens uiterste wilsbeschikking. Deze uitzondering is echter niet van toepassing op de verwerpende erfgenaam, er is geen sprake van een anti-fiscaal testament maar van een regulier testament. De verwerpende erfgenaam aanvaardt het erfdeel niet dat volgt uit dit testament. Dit betekent niet dat sprake is van een anti-fiscale erfopvolging krachtens uiterste wilsbeschikking. [82] Zoals in deze thesis vaker naar voren komt, heeft de wetgever bepaalde gewenste uitwerkingen niet gecodificeerd in de wettelijke bepalingen van de APV-regeling. Dit speelt niet enkel bij de verwerpende erfgenaam maar ook bij het al dan niet “afzonderen” van vermogen indien het APV zelf vermogensbestanddelen verwerft en bij het nader in paragraaf 5.4.2 te behandelen vraagstuk over kruislingse schenkingen. Ik vind het teleurstellend is dat de wetgever heeft nagelaten een specifieke bepaling over de verwerpende erfgenamen op te nemen in artikel 2.14a Wet IB 2001. Door deze bepaling weg te laten, blijft de verwerpende erfgenaam in onzekerheid over de fiscale consequenties van de aanwezigheid van het doelvermogen. Op grond van de wettekst rekent artikel 2.14a Wet IB 2001 het vermogen immers niet toe aan de verwerpende erfgenaam. De wetgever geeft echter aan dat dit wel het geval is. Mijn verwachting is dat dit zou leiden tot jurisprudentie. Door het ontbreken van dergelijke jurisprudentie vraag ik me af of de belastingdienst in de praktijk in dergelijke gevallen daadwerkelijk overgaat tot toerekening aan verwerpende erfgenamen.

[78] Verstijnen, *MBB* 2010/05-02; Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de nota naar aanleiding van het verslag en de nota van wijziging op het wetsvoorstel (31 930) ‘Wijziging van de Successiewet 1956 en enig andere belastingwetten (vereenvoudigde bedrijfsopvolgingsregeling en herziening tariefstructuur in de Successiewet 1956, alsmede introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen in de Wet Inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956)’ d.d. 4 september 2009.
[79] Art. 4:10 BW.
[80] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 8.
[81] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. 3, p. 30.
[82] Auerbach, *WFR* 2010/1172.

3.5.2 Toerekening aan begunstigden

Het is denkbaar dat het onmogelijk is de inbrenger en diens eventuele partner en hun eventuele erfgenamen in kaart te brengen.[83] Voor deze gevallen heeft de wetgever een vangnetbepaling opgenomen om te voorkomen dat alsnog zwevend vermogen ontstaat. Deze vangnetbepaling rekent de vermogensbestanddelen van het APV toe aan de begunstigden.[84]

De vangnetbepaling van artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001 staat haaks op de bedoeling van de wetgever de vermogensbestanddelen van het APV niet toe te rekenen aan de begunstigden. De APV-regeling draait om discretionaire doelvermogens. Bij een discretionair doelvermogen is het onduidelijk of de begunstigde ooit daadwerkelijk een uitkering zal ontvangen. Daarnaast is het voorstelbaar dat de kring van begunstigden verandert, bijvoorbeeld door overlijden of geboorte. Ten slotte is het onzeker of een begunstigde op de hoogte is van de status als begunstigde.[85] Gelet op het voorgaande is besloten in beginsel niet toe te rekenen aan de begunstigden.[86] Desondanks is sprake van voorwaardelijke toerekening aan de begunstigden indien het niet mogelijk blijkt te zijn te achterhalen wie de inbrengers zijn. Hoewel deze vangnetbepaling niet in overeenstemming is met de uitgangspunten van de wetgever, vind ik het begrijpelijk dat gekozen is voor deze vangnetbepaling. Op deze wijze voorkomt de wetgever dat toerekening van het vermogen alsnog niet plaatsvindt. Dit heffingsvacuüm vormde de basis voor het invoeren van de APV-regeling.

3.5.3 Inbreng door een B.V.

Indien een B.V. vermogen inbrengt in een doelvermogen, is de Staatssecretaris van Financiën van mening dat zij dit doet vanuit aandeelhoudersmotieven. De inbreng vormt een verkapte dividenduitkering door de B.V. aan haar aandeelhouder, gevolgd door een inbreng van de uiteindelijke aandeelhouder in een doelvermogen. Indien het doelvermogen als APV kwalificeert, rekent de APV-regeling de vermogensbestanddelen en inkomsten van het doelvermogen toe aan de uiteindelijke aandeelhouder, tevens de veronderstelde inbrenger.[87]

De Leeuw merkt op dat de inbreng van vermogen in een APV inderdaad veelal op instigatie van de aandeelhouder plaats zal vinden. Desondanks is zij van mening dat het van belang is te toetsen of zakelijke gronden voor de inbreng bestaan.[88] Van een dergelijke zakelijke grond is bijvoorbeeld sprake indien een beursgenoteerde onderneming de aandelen van een dochtermaatschappij onderbrengt in een doelvermogen in het kader van bescherming tegen crediteuren. De betwisting van De Leeuw lijkt mij slechts technisch van aard. Indien we kijken naar de motivatie voor het inbrengen van vermogen in een doelvermogen, met name voor het beschermen van (familie-)vermogen en het afschermen van vermogen voor schuldeisers, kunnen we concluderen dat de inbreng voorziet in de behoeften van de aandeelhouder.

3.5.4 Meerdere inbrengers

Indien meerdere inbrengers gelijktijdig vermogen inbrengen in een APV, rekent de APV-regeling de vermogensbestanddelen en inkomsten toe naar de verhouding van de ingebrachte waarde.[89] Indien de inbreng niet op hetzelfde moment plaatsvindt, is de toerekening gebaseerd op het op de verhouding tussen het in te brengen vermogen en het totale vermogen van het APV op het moment

[83] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 56.
[84] Art 2.14a lid 5 Wet IB 2001.
[85] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 52; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930. nr. 3, p. 14.
[86] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 15.
[87] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 12 – 13; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 50.
[88] De Leeuw 2020, p. 325.
[89] Art. 4a lid 2 Uitv reg IB 2001.

van inbreng.[90] Voor deze wijze van toerekening is vereist dat bekend is welke inbrenger op welk moment welke vermogensbestanddelen heeft ingebracht en wat het reeds aanwezige vermogen van het APV op dat moment was. Indien deze gegevens niet langer te achterhalen zijn, vindt toerekening evenredig plaats naar rato van het aantal inbrengers.[91]

Bij meerdere inbrengers vindt toerekening van de vermogensbestanddelen aan alle inbrengers plaats. Hierbij is sprake van een onverdeeld aandeel in de toegerekende vermogensbestanddelen. Bij een APV met drie inbrengers en een drietal onroerende zaken, vindt toerekening van iedere onroerende zaak voor een derde onverdeeld aandeel plaats aan iedere inbrenger.[92]

3.6 Toerekeningsstop

De doelstelling van het APV-regime is het voorkomen van onbelast, zwevend vermogen.[93] Zwevend vermogen ontstaat indien de belastingregels het vermogen niet toerekenen aan de betrokkenen: niet bij de inbrenger, niet bij het afgezonderde vermogen zelf en niet bij de begunstigden.

Door de hoofdregel van de APV-regeling, toerekening van het vermogen aan de inbrenger of diens erfgenamen, kan dubbele heffing ontstaan. Hiervan is sprake indien de APV-regeling personen betrekt in de heffing van inkomstenbelasting en het doelvermogen gelijktijdig wordt belast voor haar winsten. Onder voorwaarden acht de wetgever deze dubbele heffing dusdanig onwenselijk dat toerekening aan de inbrenger of diens erfgenamen achterwege blijft. Deze uitzondering, de “toerekeningsstop”, is opgenomen in artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001.

In deze paragraaf zet ik de werking van de toerekeningsstop uiteen. Hierbij ga ik in op de wettelijke bepaling zoals deze gold tot 20 september 2016 en de daaropvolgende regeling die sinds 20 september 2016 werking heeft. Ten slotte behandel ik de kritiek uit de literatuur en mijn visie op de toerekeningsstop.

Oorspronkelijke toerekeningsstop

Tot 20 september 2016 was de toerekeningsstop van toepassing indien het APV werd onderworpen aan een reële heffing naar de winst bij een statutair tarief van tenminste 10%, in combinatie met een grondslag die vergelijkbaar is met de grondslag van de Nederlandse Wet Vpb 1969.[94] De aard en omvang van de vermogensbestanddelen van het APV waren hierbij irrelevant.

In de praktijk werd de toerekeningsstop opgezocht door het APV te vestigen in een jurisdicties waar het doelvermogen kon opteren voor onderworpenheid naar een winstbelasting met een tarief van 10%. Daarnaast werd gebruik gemaakt van jurisdicties waarin formeel sprake was van onderworpenheid aan een belasting naar de winst met een tarief van ten minste 10% maar waar het uiteindelijke effectieve tarief lager lag. Voorbeelden hiervan zijn de teruggaaf van betaalde belasting of situaties waarbij sprake was van een naar Nederlandse begrippen reële heffing doordat in een Nederlandse situatie de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou zijn. Bij deze laatste situatie is het oneigenlijk gebruik gelegen in de vergelijking met de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Zonder inbreng van het AB-pakket zijn de inkomsten belast in Box 2 van de Wet IB 2001.[95]

[90] *Stcrt*. 2009, 20549.
[91] Art. 4a lid 3 Uitv reg IB 2001.
[92] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 53.
[93] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 11.
[94] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 57.
[95] *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 3, p. 45.

Huidige toerekeningsstop

Het gebruik van de toerekeningsstop terwijl effectief geen of nauwelijks sprake was van daadwerkelijke belastingdruk, werd door de Staatssecretaris van Financiën als ongewenst ervaren.[96] Als reactie heeft de Staatssecretaris van Financiën bij het Belastingplan 2017 een wetsvoorstel ingediend. Vanaf 20 september 2016 is de toerekeningsstop enkel van toepassing op materiële ondernemingen die onderworpen zijn aan belastingheffing naar de winst. Voor de toets of sprake is van een materiële onderneming, is de toets van artikel 3.2 Wet IB 2001 leidend. De toerekeningsstop is dan ook niet van toepassing indien de activa van het doelvermogen enkel bestaan uit effecten, vorderingen en liquiditeiten. Dit verandert niet indien het doelvermogen onderworpen is aan belastingheffing ten aanzien van haar resultaat.[97] Dit voorkomt oneigenlijk gebruik van de toerekeningsstop, waarbij toerekening staakt terwijl effectief geen sprake is van substantiële belastingheffing.

Kritiek toerekeningsstop

Bij de invoering van de oorspronkelijke toerekeningsstop is veel kritiek geuit. Dit komt doordat sprake was van een “alles of niets” benadering. Veel criticasters kwamen met een alternatief in de vorm van het bieden van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting.[98] Ook de Raad van State heeft aangegeven dat zij een voorkoming van dubbele belastingheffing prefereert boven de volledige, oorspronkelijke toerekeningsstop.[99]

Bij de aanpassing van de toerekeningsstop zijn flankerende bepalingen opgenomen in het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 waarbij deze suggesties zijn overgenomen.[100] Indien in de situatie zonder doelvermogen recht bestaat op een voorkoming van dubbele belasting op grond van een belastingverdrag of het Besluit voorkoming dubbele belasting, is dit sinds 20 september 2016 ook zo in de situatie waarbij een APV diezelfde vermogensbestanddelen houdt. De rechthebbende voor de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting is degene aan wie de APV-regeling de vermogensbestanddelen en inkomsten toerekent. De wetgever heeft deze voorkoming gemotiveerd door te wijzen op het feit dat dubbele heffing ontstaat doordat Nederland het APV als transparant kwalificeert.[101] Het handhaven van de toerekeningsstop bij reële, actieve ondernemingen komt voort uit het Nederlandse uitgangspunt ten aanzien van de verdeling van heffingsbevoegdheden. Volgens Nederland komt het recht ondernemingswinsten te belasten toe aan de bronstaat.[102]

Boer heeft erop gewezen dat de huidige toerekeningsstop praktisch gezien een dode letter is. Bij een APV is zelden sprake is van een materiële onderneming.[103] Desondanks ben ik van mening dat een gebalanceerde regeling is ontstaan die rekening houdt met reële en actieve ondernemingen en gelijktijdig arbitrage voorkomt. Het voorkomen van dubbele belasting op grond van het Bvdb 2001 is naar mijn mening een verbetering ten opzichte van de oorspronkelijke toerekeningsstop. Bij de oorspronkelijke toerekeningsstop ontbrak de mogelijkheid buitenlandse belasting te verrekenen indien het doelvermogen werd onderworpen aan een buitenlandse belasting naar de winst.

---

[96] *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 12–15.
[97] *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 3, p. 13–46; *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 14, p. 30–31; *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 70, p. 126.
[98] Auerbach & Hompe, *WFR* 2014/757; De Leeuw, *WPNR* 2013/6995.
[99] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390 nr. 4, p. 13.
[100] Art. 25b Bvdb 2001.
[101] *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 12–15. “transparant” is overigens niet juist, zie paragraaf 3.2.
[102] *Kamerstukken II* 2016/17, 34552, nr. 3, p. 12–15.
[103] Boer, *WFR* 2017/229.

De toerekeningsstop heeft geen doorwerking naar de Successiewet 1956.[104]

3.7 Waarde vermogensbestanddelen

De toegerekende vermogensbestanddelen van het APV behoren veelal tot het Box 2 of Box 3 vermogen van de inbrenger of diens erfgenamen. De bepaling van het belastbaar inkomen uit sparen en beleggen is gebaseerd op de waarde in het economisch verkeer van de onderliggende vermogensbestanddelen.[105] Dit geldt ook voor de op basis van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 toegerekende vermogensbestanddelen. Bepaling van de waarde in het economisch verkeer vindt plaats ná de toerekening. Dit resulteert in dezelfde belastingdruk, ondanks het gebruik van een APV.[106]

Het is de vraag in hoeverre deze benadering juist is. De gedeeltelijke overdracht van vermogensbestanddelen aan een doelvermogen met een discretionair bestuur, leidt mogelijk tot een verlaging van de waarde van deze vermogensbestanddelen.

Sommige vermogensbestanddelen, zoals verzamelingen, ontlenen hun waarde immers deels aan hun omvang of volledigheid. De inbreng in een doelvermogen kan resulteren in een lagere daadwerkelijke waarde. Het totale bezit splitst zich dan immers over minimaal twee eigenaren, de oorspronkelijke inbrenger en het APV. De wet houdt geen rekening met het feit dat het splitsen van de collectie de waarde mogelijk drukt. De bezittingen van het APV rekent de APV-regeling toe aan de inbrenger. De in aanmerking te nemen waarde is de waarde die geldt wanneer het vermogensbestanddeel deel zou uitmaken van het vermogen van de persoon aan wie toerekening op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 plaatsvindt.[107] Dit is op grond van de toerekeningsgedachte overigens zuiver.

Het gebruik van een APV als beschermingsfiguur voor kunst biedt een voordeel ten opzichte van het certificeren van diezelfde kunst. Bij het certificeren van de kunst is de objectvrijstelling van artikel 5.8 Wet IB 2001 niet van toepassing. De persoon die de kunst certificeert is immers certificaathouder. Het is niet mogelijk de juridische eigendom van de gecertificeerde goederen en de certificaten te vereenzelvigen. De certificaten vormen zelfstandige vermogensrechten. Na inbreng in een APV vindt toerekening van de kunstobjecten plaats aan de inbrenger of dienst erfgenamen. Artikel 5.8 Wet IB 2001 is dan regulier van toepassing.[108]

Wanneer een juridisch afdwingbaar recht jegens het APV bestaat, is voor dat gedeelte geen sprake van een discretionair vermogensbestanddeel. Uit de toelichting op artikel 4a Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 blijkt dat de Staatssecretaris van Financiën van mening is dat schulden van het APV niet hoeven te worden toegerekend. De juridisch afdwingbare aanspraken verlagen het toe te rekenen vermogen.[109] Monsma merkt op dat dit standpunt van de Staatssecretaris van Financiën opmerkelijk is. De APV-regeling is immers een toerekeningsregeling terwijl de zienswijze van de Staatssecretaris van Financiën blijk geeft van een transparantiegedachte.[110]

3.8 Het doelbewust creëren van een situatie waarbij onbelast vermogen ontstaat

In haar arrest van 26 maart 2021 heeft de Hoge Raad de deur open gezet voor een discussie over de toepassing van het APV-regime in gevallen waarbij geen sprake is van bewust misbruik.[111] In de

[104] Art. 16 lid 1 SW 1956 jo art. 17 lid 1 SW 1956.
[105] Art. 5.19 Wet IB 2001.
[106] Art. 4a lid 5 Uitv reg IB 2001.
[107] Art. 4a lid 5 Uitv reg IB 2001.
[108] Van Gelderen, *Vp-bulletin* 2021/43.
[109] *Stcrt*. 2009, 20549.
[110] Monsma, *MBB* 2013-4.
[111] HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:367, *BNB* 2021/111, m.nt. J.P. Boer.

onderhavige casus, ontleedde de Hoge Raad de APV-regeling. Zij oordeelde hierbij dat de APV-regeling van toepassing is in een situatie waarbij de inbrenger ***doelbewust*** een situatie creëert waarbij zwevend vermogen ontstaat.[112]

Boer stelt dat het op basis van deze passage mogelijk is dat de APV-regeling geen toepassing vindt indien de inbrenger het oogmerk niet heeft gehad, of gehad kon hebben, onbelast zwevend vermogen te creëren. In dat geval is immers geen sprake van beoogd misbruik. Boer wijst op de afzondering van vermogen vele decennia geleden, waarbij enig fiscaal motief ontbrak doordat alle betrokkenen buiten Nederland woonde. Boer geeft hierbij aan dat deze overweging van de Hoge Raad ruimte biedt voor maatwerk.[113] Het is de vraag of Boer hier, gevoed door zijn meermaals geuite weerzin voor de APV-regeling,[114] niet te optimistisch is. Toekomstige jurisprudentie, waarbij belanghebbenden verwijzen naar deze rechtsoverweging, moet dit uitwijzen. Mijn inziens is het overigens onwenselijk dat de APV-regeling niet van toepassing zou zijn indien geen sprake is van het doelbewust creëren van zwevend vermogen. Gelijke situaties verdienen een gelijke fiscale behandeling, ongeacht het motief. Enkel bij kunstmatige constructies en misbruik dient de rechterlijke macht in te kunnen grijpen, deze mogelijkheid bestaat reeds via het leerstuk Fraus Legis.

3.9 Conclusie

De gedachte achter de APV-regeling is het toerekenen van vermogensbestanddelen aan personen teneinde zwevend onbelast vermogen te voorkomen. De toerekeningsgedachte verschilt van de transparantiegedachte, waarbij de wet de juridische huls van het doelvermogen negeert. De transparantiegedachte is van toepassing op non-discretionaire doelvermogens. Hierbij behoudt de inbrenger de beslissingsmacht ten aanzien van het doelvermogen. De APV-regeling is in die situatie niet van toepassing. Dit geldt ook voor het deel van het doelvermogen waartoe juridisch afdwingbare aanspraken bestaan. De Wet IB 2001 betrekt de houders van deze aanspraken reeds zonder toepassing van het APV-regime in de heffing van inkomstenbelasting.

Het lijkt mij juist dat enkel het discretionaire deel van een doelvermogen onder de reikwijdte van de APV-regeling valt. Deze overtuiging heb ik aangezien de Nederlandse Wet IB 2001 reeds de mogelijkheid biedt de betrokkenen in de heffing van inkomstenbelasting te betrekken indien het doelvermogen non-discretionair is of ten aanzien van eventuele afdwingbare aanspraken die zij jegens het doelvermogen houden. De antimisbruikbepaling dient alleen te zien op misbruiksituaties en hoeft bestaande heffingsmogelijkheden niet te vervangen.

Het APV-regime rekent de vermogensbestanddelen van een APV in eerste instantie toe aan de inbrengers en na het overlijden van de inbrenger aan de erfgenamen. Indien meerdere personen vermogensbestanddelen afzonderen in een APV, rekent de APV-regeling de ingebrachte vermogensbestanddelen naar rato van de waarde bij inbreng toe aan de inbrengers. Indien het niet mogelijk is de waarde van de ingebrachte vermogensbestanddelen aan te tonen, rekent de wet de vermogensbestanddelen toe naar rato van het aantal inbrengers.

De wet veronderstelt dat de inbreng van vermogensbestanddelen in een APV door een B.V. (of een daarmee vergelijkbare entiteit) voortkomt uit aandeelhoudersmotieven. Derhalve rekent de APV-regeling de vermogensbestanddelen van het APV in dat geval niet toe aan de inbrengende entiteit maar aan haar achterliggende aandeelhouder.

---

[112] HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:367, *BNB* 2021/111*,* m.nt. J.P. Boer.
[113] HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:367, *BNB* 2021/111*,* m.nt. J.P. Boer.
[114] Boer, *WPNR* 2013/6995; Boer, *FTV* 2017/2-7.

Na het overlijden van de inbrenger rekent de APV-regeling het APV-vermogen toe aan de erfgenamen van de inbrenger, naar rato van hun erfdeel. Voor de bepaling van de erfgenamen zoekt de APV-regeling aansluiting bij de civielrechtelijke bepalingen omtrent de kwalificatie als erfgenaam.

Het APV-regime rekent het vermogen niet toe aan de erfgenamen die aantonen nimmer als begunstigde van het doelvermogen te kwalificeren. Dit lijkt mij juist, het is immers onrechtvaardig personen in de belastingheffing te betrekken voor vermogen dat hen nooit ter beschikking zal komen. Desondanks dient een erfgenaam/niet-begunstigde veel documenten te overleggen waaruit blijkt dat hij of zij nimmer als begunstigde kan kwalificeren. Het is de vraag of deze erfgenaam/niet-begunstigde over deze documenten beschikt of kan beschikken.

Het uitgangspunt van de APV-regeling is het voorkomen van toerekening aan de begunstigden. Desondanks wijkt de wet hier vanaf indien de inbrenger of diens erfgenamen onmogelijk te achterhalen zijn. In dat geval rekent de APV-regeling het APV-vermogen toe aan de begunstigden. Deze vangnetbepaling heeft tot op heden nog niet tot jurisprudentie geleid.

Met een passage uit een recent arrest van de Hoge Raad heeft zij de deur opengezet voor belastingplichtigen te stellen dat de APV-regeling geen toepassing vindt indien de belastingplichtige, of de oorspronkelijke inbrenger, niet *doelbewust* onbelast en zwevend vermogen heeft gecreëerd.[115] Het is echter de vraag in hoeverre de Hoge Raad de lezing van Boer, waarbij toepassing van de APV-regeling in dergelijke situaties achterwege blijft, volgt.

Indien het APV een materiële onderneming drijft en voor haar resultaten wordt onderworpen aan een belasting naar de winst, kan de inbrenger, of diens erfgenamen, zich beroepen op de toerekeningsstop. De toerekeningsstop voorkomt dubbele belastingheffing, enerzijds op het niveau van de inbrenger en anderzijds bij het doelvermogen, doordat de APV-regeling het APV-vermogen niet langer toerekent aan de inbrenger. Deze bepaling voegt weinig toe aan de APV-regeling nu het hoogst onwaarschijnlijk is dat een APV een materiële onderneming drijft.

[115] HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:367, *BNB* 2021/111*,* m.nt. J.P. Boer.

Hoofdstuk 4: De APV-regeling in de SW 1956 sinds 1 januari 2010

4.1 Inleiding

De wettelijke bepalingen omtrent de heffing van erf- en schenkbelasting zijn vastgelegd in de SW 1956. De SW 1956 knoopt aan bij de fiscale woon- of vestigingsplaats van de schenker of erflater voor de toets of sprake is van een belastbare schenking of erfrechtelijke verkrijging. Heffing van erf- of schenkbelasting vindt enkel plaats indien de schenker of erflater ten tijde van de schenking of het overlijden inwoner van Nederland is. Voorafgaand aan de invoering van de APV-regeling kon het gebruik van een doelvermogen de verschuldigde erf- en schenkbelasting verminderen. Door het vermogen in te brengen in een doelvermogen op het moment dat de fiscale woonplaats buiten Nederland lag, bleef de heffing van schenkbelasting achterwege. Bij vestiging van het doelvermogen buiten Nederland constateerde de SW 1956 geen belastbare schenking bij uitkeringen aan de begunstigden. Zoals ik hierna in paragraaf 4.2 behandel, kon het gebruik van een doelvermogen ook de verschuldigde erfbelasting verlagen.

De APV-regeling heeft doorwerking gekregen naar de SW 1956 teneinde dit te voorkomen. Onder voorwaarden is sprake van een fictieve verkrijging bij betrokkenheid bij een APV. Er sprake is van een fictieve verkrijging bij (a) het overlijden van iemand aan wie vermogen wordt toegerekend op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 of (b) bij uitkeringen uit een APV waarbij het vermogen is toegerekend aan iemand die, voor toepassing van de SW 1956, kwalificeert als inwoner van Nederland.[116]

In dit hoofdstuk behandel ik de bepalingen met betrekkingen tot fictieve schenkingen en erfrechtelijke verkrijgingen op basis van de APV-regeling.

4.2 APV-regeling en de heffing van erfbelasting

Het vermogen van een doelvermogen behoort civielrechtelijk niet tot de nalatenschap van een erflater. Na de afzondering behoren de afgezonderde vermogensbestanddelen immers tot het eigendom van het doelvermogen. Indien een erflater een doelvermogen instelt en vermogen afzondert, is het de vraag wat de consequenties zijn voor de heffing van erfbelasting met betrekking tot het afgezonderde vermogen bij het overlijden van de inbrenger.

Het discretionaire deel van het doelvermogen maakt geen deel uit van de erfrechtelijke verkrijging. Dit vermogen vererft immers niet. Hier ontstond een potentieel heffingsvacuüm voor de erfbelasting. Teneinde dit heffingsvacuüm te ondervangen is een wettelijke bepaling geïntroduceerd die een fictieve erfrechtelijke verkrijging veronderstelt.[117] Bij het overlijden van een erflater aan wie artikel 2.14a Wet IB 2001 vermogen toerekent, maakt dit toegerekende vermogen deel uit van de fictieve verkrijging. De omvang van de fictieve verkrijging is afhankelijk van het erfdeel van de erfgenamen. Het aan de erflater toegerekende APV-vermogen vormt een fictieve verkrijging naar rato van het erfdeel van de erfgenamen. Voor de heffing van erfbelasting ten aanzien van het APV-vermogen knoopt de SW 1956 derhalve aan bij de erfgenamen en niet bij de begunstigden van het APV.

De fictieve erfrechtelijke verkrijging staat haaks op de economische en juridische realiteit. De erfgenamen verkrijgen immers niets, niet krachtens erfrecht maar ook niet via een andere wijze.[118] In hoofdstuk 5 geef ik aan in hoeverre ik dit passend acht.

[116] Art. 16 SW 1956 jo art. 17 SW 1956.
[117] Artikel 16 SW 1956.
[118] Behoudens de blote verwachting op toekomstige uitkeringen maar dit valt niet binnen de term “verkrijging”.

4.2.1 Toerekeningsstop in de SW 1956

In paragraaf 3.6 heb ik de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 toegelicht. Onder voorwaarden blijft de toerekening van APV-vermogen achterwege. Deze uitzondering geldt enkel voor de Wet IB 2001 en niet voor de SW 1956.[119] De bezittingen en schulden van het doelvermogen behoren dan ook tot de grondslag voor de erfbelasting, ongeacht of de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 van toepassing is.[120]

4.2.2 Toerekening aan erfgenamen

De fictieve erfrechtelijke verkrijging ziet op de erfgenamen krachtens erfrecht en niet op eventuele lastbevoordeelden en legatarissen. Deze laatste groep blijft buiten de reikwijdte van artikel 16 SW. Toerekening aan een lastbevoordeelde of legataris vindt niet plaats omdat dit tot onredelijke gevolgen zou kunnen leiden.[121] Zo verkrijgt een legataris een specifiek goed maar is het zeer onzeker of deze ook tot de kring van begunstigden behoort of zal behoren. Mijn inziens geldt dit ook voor de erfgenamen. Volgens de wetgever is dit echter een theoretisch verschil dat in de praktijk niet optreedt.[122] In hoofdstuk 5 ga ik in op onevenredige gevolgen die desondanks kunnen ontstaan.

De APV-regeling knoopt voor de bepaling van de erfgenamen aan bij de erfgenamen op basis van het civiele recht.[123] Hiervoor is gekozen aangezien het lastig is te manipuleren wie de erfgenamen zijn nu deze voortvloeien uit het BW.[124] Het is eenvoudiger een stroman aan te wijzen in het buitenland dan het onterven van de wettelijke erfgenamen en het vervolgens aanwijzen van diezelfde stroman als erfgenaam.[125]

De wetgever heeft willen voorkomen dat het mogelijk is te anticiperen op – en het frustreren van – de fictieve erfrechtelijke verkrijging. In beginsel is het mogelijk de fictieve erfrechtelijke verkrijging te voorkomen door het vermogen voor overlijden in te brengen in een doelvermogen en de oorspronkelijke erfgenamen te onterven. De onterfde personen kwalificeren immers niet als erfgenaam volgens de bepalingen van het BW. Aangezien de fictieve erfrechtelijke verkrijging aanknoopt bij de erfgenamen conform het BW frustreert de onterving in beginsel de fictieve erfrechtelijke verkrijging ten aanzien van het APV-vermogen. Dit geldt ook indien de onterfde erfgenaam weldegelijk tot de kring van begunstigden behoort.

Teneinde dit te voorkomen kwalificeert een persoon die geheel of gedeeltelijk is onterfd, diens partner of bloed- en aanverwanten in de rechte lijn, die rechtens dan wel in feite, direct of indirect begunstigde van het APV kan zijn, mede als erfgenaam.[126] Hiermee voorkomt de APV-regeling het ontwijken van erfbelasting door middel van het onterven van de oorspronkelijke erfgenamen, tevens begunstigden.

---

[119] Art. 16 lid 1 SW 1956.
[120] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 11.
[121] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 52-53.
[122] *Kamerstukken II* 2009/09, 31 930, nr. 9, p. 53–54.
[123] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, D, p. 30.
[124] Voor de volledigheid merk ik op dat sprake is van het civiele recht, dit is niet per definitie het BW. Denk hierbij aan buitenlandse rechtstelsels. Voor de eenvoud spreek ik echter over het BW.
[125] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 52.
[126] Art. 2.14a lid 4 Wet IB 2001.

4.2.3 Toepassing artikel 16 SW 1956

Voor toepassing van artikel 16 SW 1956 geldt een dubbele eis: de APV-regeling rekent de bezittingen en schulden op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 tot het overlijden van de erflater ten minste gedeeltelijk toe aan die erflater én de APV-regeling moet de bezittingen en schulden op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 ten minste gedeeltelijk toerekenen aan de erfgenamen na het overlijden van de erflater.

Indien een erfgenaam aantoont nimmer begunstigde van het APV te kunnen zijn, rekent artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 het APV-vermogen niet toe aan die erfgenaam.[127] Hiermee is niet voldaan aan de tweede eis voor de fictieve verkrijging en blijft de heffing van erfbelasting ten aanzien van het APV-vermogen bij die erfgenaam achterwege. Artikel 2.14a Wet IB 2001 rekent het APV-vermogen in dat geval toe aan de erfgenamen die wel tot de kring van begunstigden (kunnen) behoren. De fictieve verkrijging is afhankelijk van het erfdeel met uitsluiting van het erfdeel van de erfgenaam/niet-begunstigde.[128] De omvang van hun erfrechtelijke verkrijging is dan ook groter ten opzichte van de situatie waarin de andere erfgenaam/niet-begunstigde geen tegenbewijs levert.

In beginsel lijkt deze fictie niet onredelijk, het vermogen van het APV werd voor het overlijden van de erflater immers aan die erflater toegerekend. Na het overlijden rekent artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen toe aan de erfgenamen. In de literatuur is gewezen op onverenigbare uitkomsten. De Leeuw wijst op de bewijslast van de erfgenaam indien deze nimmer begunstigde van het doelvermogen kan zijn.[129] Daarnaast geeft zij aan dat een kwaadwillende insteller het APV-regime kan gebruiken ten nadele van personen, naar haar voorbeeld kinderen, waarmee de insteller in onmin is geraakt. Auerbach wijst tevens op het gegeven dat het moeilijk is aan te tonen nimmer als begunstigde te kwalificeren.[130] Daarnaast vraagt hij aandacht voor de situatie van de onterfde erfgenaam, die de wetgever ondanks de onterving aanmerkt als erfgenaam en derhalve in de heffing van inkomstenbelasting en erfbelasting betrekt.

De bewijslast aan te tonen niet als begunstigde te kunnen kwalificeren, rust op de erfgenaam. De erfgenaam dient door middel van verscheidene documenten aan te tonen geen begunstigde te zijn en dit ook nooit te kunnen worden.[131] Voor het beroep op de tegenbewijsregeling dient degene die zich op het tegenbewijs beroept onder andere de oprichtingsakte inclusief bijlagen, recente jaarstukken, naam- en adresgegevens van de overige betrokkenen en een beschrijving van het doelvermogen te overleggen. Het is de vraag of de erfgenaam over deze stukken beschikt. Freudenthal heeft gewezen op de tegenstrijdige belangen tussen de erfgenamen indien een van hen tegenbewijs wenst te leveren.[132] De belastinglast van de begunstigden/erfgenamen stijgt immers indien een van de niet-begunstigden/erfgenamen slaagt in het leveren van tegenbewijs.

Gezien de ontwikkelingen in buitenlandse rechtsstelsels, is het niet waarschijnlijk dat erfgenamen in het geheel geen informatie over het doelvermogen hebben of kunnen krijgen. Jurisprudentie in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer bepaalt dat “beneficiaries en andere begunstigden een verregaand recht op informatie hebben”.[133] Hierbij merk ik op dat het de begunstigden zijn die een recht op

[127] Art. 2.14a lid 6 Wet IB 2001.
[128] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 89.
[129] De Leeuw, *FED* 2012/108.
[130] Auerbach, *WFR* 2010/1172.
[131] Art. 4a lid 6 Uitv reg IB 2001.
[132] Freudenthal, *TFO* 2010/40.
[133] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 13, p. 6.

informatie omtrent het doelvermogen hebben. Het is de vraag in hoeverre dit ook geldt voor een persoon die geen begunstigde is en ook nimmer kan worden.

Daarnaast dient de erfgenaam expliciet uitgesloten te zijn van de kring van mogelijke begunstigden. In de literatuur is veelvuldig, zelfs voor de invoering van de wet,[134] gesproken over de precaire situatie waarin een erfgenaam kan geraken.[135] Indien slechts een kleine kans bestaat dat de erfgenaam een uitkering uit het doelvermogen krijgt, veronderstelt artikel 16 SW 1956 een fictieve verkrijging naar rato van het erfdeel van die erfgenaam. De kans op uitkeringen uit het APV is daarbij irrelevant.

Auerbach merkt op dat deze regeling de kans vergroot dat belastingheffing plaatsvindt bij personen vanuit een verkeerde hoedanigheid. De erfgenamen worden geconfronteerd met de belastingheffing waarbij hun status als begunstigde – en de bijbehorende blote verwachting op uitkeringen – ondergeschikt is.[136] Auerbach wijst tevens op de situatie van de onterfde erfgenaam. Deze heeft geen invloed op de onterving of op de benoeming als begunstigde. Daarnaast is het voor deze persoon niet mogelijk af te dwingen een status als uitgesloten persoon te verkrijgen. Hierdoor ontstaat een situatie waarin belasting verschuldigd is door het handelen van een ander, zonder dat de onterfde wettelijke erfgenaam hier iets aan kan doen en zonder dat deze erfgenaam zijn draagkracht ziet toenemen.

Bij een ernstig conflict, bijvoorbeeld tussen ouders en kinderen, kan men een APV gebruiken teneinde de ander een (fiscale) hak te zetten. Dit bewerkstelligen de ouders door in de statuten van het APV voorwaarden op te nemen waardoor de kans zeer klein is dat het kind ooit een uitkering ontvangt. Bij het overlijden van de ouders slaagt het kind niet in het leveren van tegenbewijs ex artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 nu de kans bestaat dat hij of zij ooit een uitkering zal ontvangen. De Wet IB 2001 en de SW 1956 betrekken het kind derhalve in de jaarlijkse heffing van inkomstenbelasting en de eenmalige heffing van erfbelasting. Het kind ziet het daadwerkelijke inkomen of vermogen echter niet stijgen. Deze uitwerking is in strijd met het draagkrachtbeginsel, zoals ik in het volgende hoofdstuk uiteenzet. Het is overigens de vraag in hoeverre situaties als de bovenstaande hypothetisch zijn. Tot op heden is geen jurisprudentie verschenen die wijst op het gebruik van het APV-regime als een treiterinstrument. Het is mij onduidelijk of dit komt doordat het niet voorkomt of doordat de belastingdienst zich flexibel opstelt in dergelijke situaties en alsnog heffing achterwege laat.

4.3 APV-regeling en de heffing van schenkbelasting

In paragraaf 4.1 heb ik uiteengezet op welke wijze het gebruik van een APV het vermijden van schenkbelasting mogelijk maakte voorafgaand aan de invoering van de APV-regeling.

De APV-regeling bevat een bepaling die uitkeringen uit een APV betrekt in de heffing van schenkbelasting.[137] Dit wetsartikel veronderstelt een fictieve schenking. Hierna zet ik de werking van deze fictie uiteen.

4.3.1 Werking fictieve verkrijging schenkbelasting

Een uitkering vanuit een APV vormt een fictieve schenking.[138] De schenker is degene aan wie artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen toerekent. De begiftigde is de ontvanger van de uitkering. De

[134] Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de nota naar aanleiding van het verslag en de nota van wijziging op het wetsvoorstel (31 930) 'Wijziging van de Successiewet 1956 en enig andere belastingwetten (vereenvoudigde bedrijfsopvolgingsregeling en herziening tariefstructuur in de Successiewet 1956, alsmede introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen in de Wet Inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956)' d.d. 4 september 2009
[135] De Leeuw, *FED* 2012/108.
[136] Auerbach, *WFR* 2010/1172.
[137] Artikel 17 SW 1956
[138] Artikel 17 SW 1956.

relatie tussen de fictieve schenker en de verkrijger is leidend voor de vaststelling van de vrijstellingen en tarieven.[139] Evenals bij de fictie voor de heffing van erfbelasting, is het irrelevant of de toerekeningstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 van toepassing is.[140]

Indien een erfgenaam slaagt in het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001, is het evenmin mogelijk een schenking vanuit die erfgenaam te veronderstellen. Mochten alle erfgenamen met succes tegenbewijs leveren, rekent artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001 het APV-vermogen toe aan de begunstigden. Indien op dat moment slechts sprake is van één begunstigde en deze een uitkering uit het APV ontvangt, is geen sprake van een belastbare schenking.

4.3.2 Inbreng in APV vormt geen schenking

Voorafgaand aan de introductie van de APV-regeling, vormde de inbreng van vermogen in een APV een belastbare schenking. Deze schenking was belast tegen het derden tarief. Belastingheffing bleef achterwege indien de inbrenger op het moment van inbreng niet kwalificeerde als inwoner van Nederland voor toepassing van de SW 1956. Bij invoering van de APV-regeling is ervoor gekozen de inbreng van vermogen in een APV niet langer aan te merken als belastbare schenking.[141]

Hoewel het initiële systeem logisch leek, was de heffing van schenkbelasting hierdoor in de praktijk te ontwijken. Indien de inbrenger niet langer kwalificeerde als inwoner van Nederland, kon deze inbrenger het vermogen belastingvrij inbrengen. Hierbij geldt dat het eventuele nieuwe woonland van de inbrenger de inbreng weldegelijk aan kon merken als belastbare schenking. Na de inbreng kon de inbrenger migreren naar Nederland. Latere uitkeringen vanuit het APV hadden dan geen Nederlandse consequenties voor de heffing van schenk- of erfbelasting bij vestiging van het doelvermogen buiten Nederland. Bij de nieuwe systematiek maakt het niet uit of de inbreng plaatsvindt gedurende de Nederlandse of de buitenlandse periode. Het is enkel relevant of de inbrenger op het moment van overlijden of bij uitkeringen uit het APV inwoner is van Nederland voor toepassing van de SW 1956.

Het is overigens de vraag of de huidige systematiek logisch is. Bij de inbreng van vermogen in een discretionair, onherroepelijk doelvermogen verliest de inbrenger zijn beschikkingsmacht over dit vermogen. Deze inbreng geschiedt zonder de heffing van Nederlandse schenkbelasting, ook indien de inbrenger ten tijde van de inbreng kwalificeert als inwoner van Nederland. Indien de inbrenger ten tijde van de inbreng niet kwalificeert als inwoner van Nederland voor toepassing van de SW 1956, kan deze de vermogensbestanddelen ook schenken aan een derde zonder de heffing van schenkbelasting. Onder toepassing van de huidige wettelijke bepalingen, volgt de APV-regeling de inbrenger ook na migratie naar Nederland. Dit geldt ook indien de inbreng plaatsvond gedurende een buitenlandse periode.[142] Bij het overlijden is erfbelasting verschuldigd en bij uitkeringen uit het APV bij leven is schenkbelasting verschuldigd.

Het is de vraag in hoeverre dit rechtvaardig is. De inbrenger heeft gedurende de buitenlandse periode immers juridisch afstand gedaan van het vermogen. De belastingdruk bij het inbrengen van vermogen gedurende de buitenlandse periode in een APV ten behoeve van de kinderen, gevolgd door migratie naar Nederland is hoger dan bij de rechtstreekse schenking gedurende de buitenlandse periode van datzelfde vermogen aan de kinderen. Deze additionele belastingdruk voorkomt men bijvoorbeeld door het vermogen in de buitenlandse periode te schenken aan de begunstigden onder de voorwaarde dat zij dit inbrengen in een discretionair en onherroepelijk doelvermogen.

---

[139] Art. 26a SW 1956.
[140] Art. 17 lid 1 SW 1956.
[141] Art. 17a SW 1956.
[142] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 55.

4.3.3 Verkrijging door persoon aan wie geen vermogen wordt toegerekend

Bij een uitkering uit een APV veronderstelt de SW 1956 een schenking aan degene die de uitkering ontvangt, van de personen aan wie de APV-regeling het vermogen toerekent.[143] De Leeuw en Folmer geven aan dat dit er toe kan leiden dat verschillende tarieven uit de SW 1956 van toepassing zijn voor één uitkering. Dit is het geval indien artikel 2.14a Wet IB 2001 het vermogen aan meerdere mensen toerekent en deze mensen een verschillende (familiaire) band hebben met degene die de uitkering ontvangt. Hierbij kan men denken aan de toerekening van het vermogen aan de moeder en tante van degene die de uitkering ontvangt.[144]

4.4 Heffingsvacuüm bij inbreng

De Leeuw stelt dat de samenloop van artikel 16 SW 1956 en artikel 17 SW 1956 bij een grammaticale interpretatie ertoe leidt dat de heffing van erfbelasting in specifieke situaties achterwege blijft.[145] Artikel 16 SW 1956 spreekt immers over het toegerekende vermogen aan de erflater *tot aan het overlijden*. De inbreng van vermogen in een doelvermogen *vanwege* het overlijden van de erflater, valt hierdoor niet binnen de grammaticale reikwijdte van artikel 16 SW 1956. Hiervan is sprake bij het benoemen van het doelvermogen als erfgenaam of door het legateren van vermogensbestanddelen aan het doelvermogen. Artikel 2.14a Wet IB 2001 rekent het vermogen toe aan de erfgenamen van de erflater maar voor de heffing van erfbelasting ontstaat geen aanknopingspunt.

De wetgever is van mening dat ook het afzonderen van vermogen krachtens erfrecht resulteert in een belastbaar feit op basis van artikel 16 SW 1956.[146] De Leeuw wijst erop dat deze opvatting niet strookt met de wettelijke bepaling en doet vervolgens een suggestie voor een aanvulling van de geldende wettekst.[147] Zij adviseert de volgende zinsnede toe te voegen waarna artikel 16 lid 1 SW als volgt luidt:

“die tot het overlijden van de erflater ingevolge dat artikel zijn toegerekend aan die erflater, of die als gevolg van het overlijden van de erflater zijn afgezonderd in de zin van artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001”

Deze, vrij recente, suggestie is tot op heden niet overgenomen.

4.5 Conclusie

De APV-regeling heeft doorwerking naar de SW 1956. Zowel bij het overlijden van een persoon aan wie de APV-regeling vermogen toerekent als bij het ontvangen van een uitkering uit een APV, kan sprake zijn van een belastbare fictieve verkrijging. De inbreng van vermogen in een APV vormt sinds de invoering van de APV-regeling niet langer een schenking van de inbrenger aan het APV.

Er is sprake van een fictieve erfrechtelijke verkrijging indien voorafgaand aan het overlijden artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen tenminste deels toerekent aan de erflater én artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen na het overlijden van de erflater tenminste deels toerekent aan de erfgenaam. De APV-regeling zoekt aansluiting bij het civiele recht voor de bepaling van de erfgenamen.

Erfgenamen die niet als begunstigde van het APV kunnen kwalificeren, ontkomen aan de fictieve erfrechtelijke verkrijging. Op hen rust een relatief zware bewijslast. Door middel van verschillende documenten dienen zij aan te tonen nimmer als begunstigde van het APV te kwalificeren.

---

[143] Verstijnen, *MBB* 2010/05-02.
[144] De Leeuw & Folmer, *WFR* 2009/1135.
[145] De Leeuw 2020, p. 412.
[146] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 33–34.
[147] De Leeuw 2020, p. 412.

Indien de erflater zijn kind civielrechtelijk onterft, kan nog steeds sprake zijn van een fictieve erfrechtelijke verkrijging. De wetgever heeft gedurende de behandeling van de APV-regeling immers opgemerkt dat onterving dusdanig eenvoudig te regelen is dat hij deze vorm van mogelijke manipulatie wens te voorkomen. De gedachte hierachter is begrijpelijk, de APV-regeling heeft ten doel onbelast zwevend vermogen te voorkomen en economisch gelijke situaties gelijk te belasten. Desondanks kunnen de ficties van de APV-regeling leiden tot een verhoging van de belastingdruk. Deze belastingdruk staat niet altijd in verhouding tot de toename van de draagkracht, zoals ik in het volgende hoofdstuk uiteenzet.

Bij een uitkering vanuit een APV constateert de SW 1956 een belastbare schenking. De fictieve schenker is degene aan wie het APV-regime het APV-vermogen toerekent op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001. Het van toepassing zijnde tarief is afhankelijk van de relatie tussen de fictieve schenker en de ontvanger van de uitkering. Het APV-regime rekent het onverdeelde eigendom toe aan de inbrengers of de erfgenamen. Indien inderdaad sprake is van meerdere inbrengers of erfgenamen en het APV vermogen uitkeert aan een van hen, ontstaan onevenredige uitkomsten. Deze uitkomsten behandel ik in het volgende hoofdstuk.

Hoofdstuk 5: Het draagkrachtbeginsel

5.1 Inleiding

Belastingwetten zijn gebaseerd op beginselen. Het draagkrachtbeginsel is een van de fundamenten waarop de inkomstenbelasting is gebaseerd.[148] Op basis van dit beginsel is de omvang van de belastingheffing afhankelijk van de financiële draagkracht van het belastingsubject.[149] Hierdoor kunnen we het draagkrachtbeginsel aanmerken als een uitdrukking van solidariteit.[150] Draagkracht is, zoals koopkracht, het vermogen goederen en diensten te kopen. Een stijging van de draagkracht is dan ook gelijk aan een stijging van de koopkracht.[151] Vanwege de nauwe verbondenheid tussen de koopkracht en het inkomen, vormt het gerealiseerde inkomen een belangrijk aanknopingspunt voor het bepalen van de draagkracht. Immers, des te hoger het inkomen, des te meer draagkracht. Van Kempen stelt dat draagkracht economisch te definiëren is als het opofferen van een gelijk relatief nutsoffer.[152] In de sociale betekenis gaat het daarbij volgens haar over de bevrediging van het rechtvaardigheidsgevoel. Zij stelt dat beide criteria moeilijk in concrete bepalingen te vatten zijn, zodat bij de uitwerking van het draagkrachtbeginsel verschillende uitwerkingen denkbaar zijn.

In dit hoofdstuk ga ik allereerst in op het draagkrachtbeginsel en belicht ik vervolgens mogelijke strijdigheden met dit beginsel die voortvloeien uit het APV-regime.

5.2 Draagkrachtbeginsel volgens Adam Smith

Een van de grondleggers van het draagkrachtbeginsel is de Schotse econoom en filosoof Adam Smith. In zijn *magnum opus* "*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations"* geeft hij aan voorstander te zijn van belastingheffing naar de mogelijkheid van het individu bij te dragen aan de kosten van de gemeenschap waarin deze leeft. Het *ability-to-pay* principe kan men ontlenen aan het volgende citaat van Smith:

"The subjects of every state ought to contribute towards the support of the government, as nearly as possible, in proportion to their respective abilities; that is, in proportion to the revenue which they respectively enjoy under the protection of the state."[153]

5.3 Het draagkrachtbeginsel in de Wet IB 2001

Als maatstaf voor draagkracht gelden het inkomen, het vermogen, de consumptie of een combinatie van deze factoren.[154]

Niet enkel het inkomen maar ook de gezinssamenstelling zijn van invloed op de draagkracht van een persoon. De Wet IB 2001 houdt hier rekening mee, bijvoorbeeld via de inkomensafhankelijke combinatiekorting van artikel 8.14a Wet IB 2001. Specifieke uitgaven, zoals (partner-)alimentatie of zorgkosten hebben een dusdanig drukkend effect op de draagkracht dat deze kosten bij de berekening van het belastbaar inkomen, onder voorwaarden, in mindering komen op het belastbaar inkomen.[155] Onder voorwaarden komen ook inkomensbestedingen ten laste van de draagkracht.[156] Bijvoorbeeld giften aan ANBI's zijn onder voorwaarden aftrekbaar van het belastbaar inkomen.[157] Stevens merkt op

[148] Dusarduijn, Stevens & Van Vijfeijken 2018, p. 102.
[149] *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 110.
[150] Gribnau 2006, p.64.
[151] *Cursus Belastingrecht (inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.0.0.1 (online, laatst bijgewerkt op 23 maart 2021).
[152] *Cursus Belastingrecht (inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.0.0.1 (online, laatst bijgewerkt op 23 maart 2021).
[153] Smith 2005, p. 676.
[154] Rijkers & Van Vijfeijken 2010, p. 253.
[155] *Kamerstukken II* 2000/01, 27 431, nr. 7, p. 45.
[156] *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. A, p. 68.
[157] Art. 6.33 Wet IB 2001.

dat voorstanders van de giftenaftrek beargumenteren dat de aftrekmogelijkheid een draagkrachtbeperkende factor erkent die van hogere orde is dan belastingheffing.[158] Daarnaast is het de vraag of we de draagkracht moeten bekijken vanuit het individu of vanuit het gezin/huishouden waartoe het individu behoort.[159] In het verlengde hiervan kunnen we ons afvragen in hoeverre bij het bestaan van een familiedoelvermogen rekening gehouden dient te worden met de draagkracht van de familie in kwestie. Op dit moment is de individuele draagkracht leidend aangezien de Wet IB 2001 individuen als belastingplichtigen in de belastingheffing betrekt.[160]

Voor het draagkrachtbeginsel geldt dat een individu pas kan bijdragen aan de lasten van de maatschappij nadat dit individu in zijn of haar eigen lasten heeft voorzien. Een brug moet immers zijn eigen gewicht kunnen dragen voordat hij verder belast kan worden.[161]

Aangezien het inkomen de draagkracht bepaalt, is het noodzakelijk te definiëren wat onder het begrip inkomen valt. Het inkomen uit werk en vermogensbestanddelen vormt een eerste aanknopingspunt. Daarnaast kan men betogen dat de totale nettovermogensmutatie de draagkracht bepaalt. Hierbij zijn alle factoren die het netto vermogen beïnvloeden, waaronder begrepen schenkingen en erfrechtelijke verkrijgingen, relevant.[162] Andere theorieën zijn de bronnentheorie[163], de periodiciteittheorie[164], de verbruikstheorie[165] en de opbrengsttheorie[166].[167] Geen enkele van deze theorie heeft, volgens de wetgever, voldoende objectieve aanknopingspunten voor de invulling van het inkomensbegrip.[168]

De Wet IB 2001, inclusief toelichting, bevat geen duidelijke omschrijving van het begrip inkomen.[169] De fiscale erkenning van inkomen als zodanig vloeit dan ook voort uit de maatschappelijke opvattingen.[170] Hoewel het draagkrachtbeginsel een belangrijk beginsel is voor de Wet IB 2001, bevat de wet bepalingen die strijdig zijn met dit beginsel. Een voorbeeld hiervan is de hypotheekrenteaftrek, die een denivellerend effect heeft. Indien twee personen een gelijk inkomen hebben en beiden een gelijk bedrag aan woonlasten in de vorm van huur of hypotheekrente hebben, is de belastingdruk voor de hurende persoon hoger dan voor de persoon die gebruik kan maken van de hypotheekrenteaftrek. Op de discrepantie in de belastingheffing na, is de draagkracht hetzelfde.

Indien belastingplichtigen wettelijke bepalingen tegen de geest van de wet toepassing, corrigeert de wetgever dit door middel van het aanpassen van de wettelijke bepalingen. Hiermee doet de wetgever recht aan het draagkrachtbeginsel.[171]

---

[158] Stevens, *WFR* 2011/1168.
[159] Stevens, *WFR* 2011/1168.
[160] Rapport van de Commissie Draagkracht, 2021, p.9.
[161] Stuart 1889, p. 39.
[162] Rijkers & Van Vijfeijken 2010, p. 252-253.
[163] Het inkomen vormt hierbij al hetgeen uit een min of meer permanente bron van inkomen vloeit, waarbij de bron in stand blijft en niet (wezenlijk) wordt aangetast in haar inkomsten genererende karakter. Waardeontwikkelingen van de "bron" blijven onbelast.
[164] inkomen is wat aan de genieter periodiek toevloeit.
[165] inkomen is hetgeen voor consumptie kan worden aangewend zonder het basisvermogen aan te tasten.
[166] inkomen is al hetgeen door het deelnemen aan de productie wordt genoten; er is dus inkomen als er een economische activiteit was.
[167] *Kamerstukken II* 1958/59, 5380, nr. 3, p. 16–17; *Cursus Belastingrecht (inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.0.0.2. (online, laatst bijgewerkt op 23 maart 2021).
[168] *Kamerstukken II* 1958/59, 5380, nr. 3, p. 17.
[169] *Cursus Belastingrecht (inkomstenbelasting)*, onderdeel IB.0.0.1. (online, laatst bijgewerkt op 23 maart 2021).
[170] *Kamerstukken II* 1958/59, 5380, nr. 19, p. 6.
[171] Gribnau 2012, p. 18.

De toerekeningsregels van artikel 2.14a Wet IB 2001 rekenen het vermogen en de bezittingen van het APV toe aan natuurlijke personen. Hiermee veronderstelt de APV-regeling dat het APV de draagkracht van deze natuurlijke personen vergroot of dat de inbreng niet leidt tot een vermindering van de draagkracht van de inbrenger. Bij de berekening van de belastingdruk, spelen de inkomsten en bezittingen van het APV dan ook een rol. Het APV-vermogen behoort tot het object van de belastingheffing. Desondanks heeft de inbrenger deze vermogensbestanddelen definitief overgedragen aan het APV. Er is dus sprake van een fictie.

Gribnau beargumenteert dat de wetgever terecht door middel van ficties belastingbesparende constructies voorkomt. Desondanks zijn deze ficties strijdig met het draagkrachtbeginsel doordat de ficties de daadwerkelijke inkomsten en bezittingen irrelevant maken.[172]

5.4 Strijdigheden met het draagkrachtbeginsel

In deze scriptie staat de werking van de APV-regeling centraal. In deze paragraaf behandel ik strijdigheden van het APV-regime met het draagkrachtbeginsel in de Wet IB 2001 en de SW 1956. Allereerst behandel ik de strijdigheden met het draagkrachtbeginsel die het APV-regime veroorzaakt in de Wet IB 2001. Vervolgens komt de SW 1956 aan bod. Ik sluit af met strijdigheden die zowel bij de Wet IB 2001 als de SW 1956 optreden.

5.4.1 Draagkrachtbeginsel, de APV-regeling en de Wet IB 2001

In deze paragraaf behandel ik de strijdigheden van artikel 2.14a Wet IB 2001 met het draagkrachtbeginsel zoals ik deze zelf of aan de hand van literatuur heb gesignaleerd.

Gezamenlijke benadering en vervreemding AB-aandelen

In paragraaf 3.5.4 is uiteengezet dat de APV-regeling een gezamenlijke benadering kent. Bij de toerekening is sprake van gemeenschappelijk eigendom en derhalve van de toerekening van een onverdeeld aandeel in de vermogensbestanddelen en inkomsten. Relevant voor de toerekening is de waarde van de ingebrachte vermogensbestanddelen en niet wie van de inbrengers welk vermogensbestanddeel inbrengt.[173] Deze gezamenlijke benadering leidt mogelijk tot een belaste vervreemding bij inbreng.

Stel dat X en Y vermogen inbrengen in een APV. X breng € 500.000 aan contanten in en Y brengt 100% van de aandelen in A B.V. in. De waarde van de aandelen A B.V. in het economisch verkeer bedraagt € 500.000. De verkrijgingsprijs ten aanzien van de aandelen A B.V. van Y bedraagt € 100.000.

De totale waarde van het APV-vermogen bedraagt € 1.000.000. Artikel 2.14a Wet IB 2001 rekent de onverdeelde eigendom in alle vermogensbestanddelen voor de helft toe aan X en voor de helft aan Y. Hierdoor vervreemdt Y de helft van haar aandelen in A B.V. aan X. Dit leidt tot belastingheffing bij Y.[174] Het vervreemdingsvoordeel bedraagt 50% x (€ 500.000 –/– € 100.000) = € 200.000.[175] De verkrijgingsprijs voor de aandelen A B.V. van X is gelijk aan de waarde in het economisch verkeer van de aandelen op het moment van inbreng.

De Leeuw merkt op dat de inbrenger van de aandelen in de bovenstaande situatie geen daadwerkelijke AB-winst realiseert en hierdoor mogelijk niet over de benodigde liquiditeiten beschikt om de verschuldigde belasting te betalen.[176] Indien Y het vermogen niet inbrengt in een APV maar schenkt, is

[172] Gribnau 2006, p. 65.
[173] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 53.
[174] Art. 4.12 Wet IB 2001.
[175] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 53.
[176] De Leeuw 2020, p. 332.

ook sprake van een belastbare vervreemding. Ook dan realiseert Y geen daadwerkelijke winst en ontstaan mogelijk liquiditeitsproblemen.[177]

Een strijdigheid met het draagkrachtbeginsel manifesteert zich indien het APV de aandelen A B.V. en mogelijke toekomstige vervreemdingswinsten administratief toerekent aan Y. Indien het bestuur van het APV besluit alle aandelen A B.V. te verkopen, rekent artikel 2.14a Wet IB 2001 deze vervreemdingswinst voor gelijke delen toe aan X en aan Y. Desondanks realiseert het APV de vervreemdingswinst, het vermogen van X en Y vermeerdert niet. Fiscaal is het irrelevant aan wie het APV de vervreemdingswinst uiteindelijk uitkeert. Indien Y de vervreemdingswinst ontvangt, is X ten aanzien van de helft van de vervreemdingswinst in de belastingheffing betrokken terwijl X niets realiseert. Hier ontstaat een definitieve discrepantie tussen de belastingheffing over het vervreemdingsvoordeel en de daadwerkelijke realisatie van de vervreemdingswinst.[178] De door De Leeuw gesuggereerde wijziging ten aanzien van de APV-regeling, die het mogelijk maakt een administratieve splitsing binnen het APV te respecteren, voorkomt dergelijke uitkomsten.[179] Het alternatief van de Leeuw behandel ik later in paragraaf 6.2.

Jaarlijkse heffing inkomstenbelasting

De inbrenger doet bij inbreng definitief afstand van de ingebrachte vermogensbestanddelen en profiteert in beginsel niet langer van eventuele vermogenswinsten die het APV behaalt. Desondanks betrekt artikel 2.14a Wet IB 2001 de inbrenger jaarlijks in de heffing van inkomstenbelasting. Boer merkt op dat de fiscaalrechtelijke aanname hier afwijkt van de civielrechtelijke werkelijkheid en dat dit leidt tot strijdigheid met het draagkrachtbeginsel.[180]

Na het overlijden van de inbrenger rekent artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen toe aan de erfgenamen zo lang deze erfgenamen niet aantonen nimmer als begunstigde te kwalificeren. De kans op begunstiging is hierbij irrelevant.[181] Gedurende het leven van de inbrenger knoopt de APV-regeling aan bij de inbrenger. De wetgever veronderstelt dat de inbrenger de beschikkingsmacht ten aanzien van het APV-vermogen behoudt. Boer merkt op dat deze rechtvaardiging zwak is ten aanzien van de toerekening aan de erfgenamen van de oorspronkelijke inbrenger.[182] Daarnaast is het, behoudens aanspraken en periodieke uitkeringen, onzeker in hoeverre de erfgenamen uitkeringen vanuit het APV ontvangen. Dit komt voort uit het discretionaire karakter van het APV.

Er is gekozen af te zien van toerekening aan de begunstigden aangezien zij de structuur niet hebben opgezet, er vaak niets van af weten, de onbelemmerde beschikkingsmacht over het afgezonderd particulier vermogen missen en verder van het vermogen afstaan dan de inbrenger.[183] Indien dit geldt voor de toerekening aan de begunstigden, lijkt mij dit zeker te gelden voor toerekening aan de erfgenamen van de inbrenger. Deze staan immers nog verder van het vermogen af dan de begunstigden.

5.4.2 Draagkrachtbeginsel, de APV-regeling en de heffing van schenkbelasting

In deze paragraaf behandel ik op welke wijze de wettelijke bepalingen voor de schenkbelasting omtrent APV's zich verhouden tot het draagkrachtbeginsel. Voor de heffing van schenkbelasting ontstaan geen nadelige fiscale gevolgen bij de toerekening van het APV aan één persoon. Indien de

[177] Behoudens de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling ex art. 4.17c Wet IB 2001.
[178] De Leeuw, *NLF-W* 2021/5.
[179] De Leeuw 2020, p. 467.
[180] Boer, *WPNR* 2011/6902.
[181] Zie in dit verband paragraaf 3.4.
[182] Boer 2011, p. 379.
[183] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 15.

inbrenger een uitkering ontvangt, is geen sprake van de heffing van schenkbelasting. Bij de uitkering vanuit een APV aan een derde of indien toerekening aan meerdere personen plaatsvindt, veronderstelt artikel 17 SW 1956 een belastbare schenking. De schenker is degene aan wie artikel 2.14a Wet IB 2001 het vermogen toerekent.[184]

Onvoorziene en onevenredige fiscale consequenties treden vooral op indien artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen aan meerdere personen toerekent. Ter illustratie geef ik het volgende voorbeeld:

Moeder X is de insteller van een doelvermogen dat kwalificeert als APV op grond van artikel 2.14a Wet IB. Haar twee kinderen, Zoon Y en Dochter Z, zijn haar enige erfgenamen. De *letter of wishes* bepaalt dat de twee kinderen de enige begunstigden van het doelvermogen zijn. Moeder X overlijdt en de kinderen erven voor gelijke delen. Bij de bepaling van de verschuldigde erfbelasting neemt ieder kind de helft van de bezittingen van het APV in aanmerking. Het ouder – kind tarief is van toepassing.[185]

De belastingdruk in het bovenstaande voorbeeld is gelijk aan de belastingdruk indien de moeder de vermogensbestanddelen zelf hield. Na het overlijden van Moeder X is het niet mogelijk voor de kinderen te beschikken over het vermogen van het APV. Desondanks besluit de beheerder van het doelvermogen al het vermogen, in twee gelijke delen, uit te keren aan de twee kinderen. De beheerder ontbindt het doelvermogen en de kinderen beschikken vervolgens over alle vermogensbestanddelen.

Hier ontstaat een onevenwichtige uitwerking van de APV-regeling; op het moment dat de kinderen bezittingen uit het APV verkrijgen, constateren we een schenking op grond van artikel 17 SW 1956. De uitkeringen uit een APV zijn afkomstig van degene aan wie de artikel 2.14a Wet IB 2001 het vermogen toerekent. In dit geval rekent artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001 het vermogen toe aan beide kinderen. Ik constateer een kruislingse schenking. Het is niet zo dat ieder kind zijn of haar “deel” onbelast uit het doelvermogen kan (laten) halen.[186] Dit komt doordat de APV-regeling een onverdeeld aandeel toerekent in plaats van separate vermogensbestanddelen.[187] De verkrijging is derhalve fictief voor de helft afkomstig van de broer of zus. De schenking is belast tegen de reguliere tarieven van de SW 1956, te weten 30% of 40%.[188]

De Staatssecretaris van Financiën spreekt deze uitwerking, die rechtstreeks voortvloeit uit de wettelijke bepalingen, tegen.[189] Uit de wetssystematiek zou voortvloeien dat het mogelijk is het toegerekende deel zonder de heffing van schenkbelasting uit het doelvermogen te halen. Hiervoor is het vereist dat ieders bezittingen en schulden goed geadministreerd zijn en de handelwijze controleerbaar is.[190] Kooiman onderschrijft deze zienswijze.[191] Artikel 17 SW 1956 bepaalt, volgens Kooiman, dat geen sprake is van een fictieve kruislingse schenking indien de uitkering kan worden toegerekend aan het eigen aandeel in het APV.[192] De opmerking van de Staatssecretaris van Financiën en de veronderstelling van Kooiman voorkomen overkill. Desondanks vinden zij geen steun in de wet.[193] Deze is duidelijk: bij toerekening aan meerdere (in Nederland woonachtige) personen, is een

[184] De Leeuw, *NLF-W* 2021/5.
[185] Art. 24 SW 1956 jo art. 26a SW 1956.
[186] Voor de volledigheid merk ik op dat geen sprake is van iemands deel. Indien er een concrete aanspraak op een specifiek vermogensbestanddeel zou zijn, is er geen sprake van een discretionair doelvermogen.
[187] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 53.
[188] Art. 24 SW 1956: Voor belaste verkrijgingen tot € 128.751 geldt een tarief van 30%, het meerdere wordt belast tegen 40%.
[189] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 93–94.
[190] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 93.
[191] Kooiman, *NLF-W* 2021/9.
[192] Kooiman, *NLF-W* 2021/9.
[193] De Leeuw & Folmer, *WFR* 2009/1135.

eventuele uitkering belast met de heffing van schenkbelasting. De wettekst wijkt op dit vlak af van de toelichting, hetgeen voor onzekerheid bij belastingplichtigen zorgt.

Verstijnen constateert in de bovenstaande situatie tevens geen belastbare schenking. Hij komt tot deze conclusie op grond van artikel 4a lid 2 Uitvoeringsregeling IB 2001. Dit artikel beheerst de toerekening van het APV-vermogen bij meerdere inbrengers. Verstijnen stelt dat de toerekening volgens dit artikel leidend is bij het bepalen van een eventuele belastbare schenking. Bij een toerekening in de verhouding 40 (A) – 60 (B) bij twee inbrengers en een uitkering aan een derde, is belastbare schenking voor 40% afkomstig van inbrenger A en voor 60% afkomstig van inbrenger B. Volgens Verstijnen is dit enkel relevant bij uitkeringen aan een derde. Bij uitkeringen aan de inbrenger of diens erfgenamen is, volgens Verstijnen, geen sprake van een belastbare schenking.[194]

Ten aanzien van de opmerking van de Staatssecretaris van Financiën in de parlementaire geschiedenis merk ik op dat geen sprake is van een beleidsbesluit. Een belastingplichtige kan bij de onderbouwing van haar standpunt, dat inderdaad geen sprake is van een kruislingse schenking, verwijzen naar de parlementaire geschiedenis. Het is echter de vraag of dit beroep succesvol zal zijn. De Leeuw merkt op dat aan een uitlating van de Staatssecretaris van Financiën tijdens het wetgevingsproces in beginsel geen vertrouwen kan worden ontleend.[195] Dit is enkel anders indien de Staatssecretaris van Financiën niet optreedt als medewetgever maar als uitvoerder.[196] De Leeuw beargumenteert dat de Staatssecretaris van Financiën in deze optreedt als medewetgever nu de passages uit de parlementaire geschiedenis reacties op de vragen van de Kamerleden zijn.[197] Daarnaast kan alleen het discretionaire deel van een doelvermogen als APV kwalificeren waardoor nooit sprake is van “iemands deel” van de bezittingen en schulden. Indien dit wel het geval is, is voor dat deel geen sprake van een discretionair doelvermogen en blijft de APV-regeling buiten beschouwing.

De toelichting van de Staatssecretaris van Financiën is mijn inziens juist vanuit de gedachte achter de APV-regeling en voorkomt overkill. Desondanks ben ik met De Leeuw van mening dat op grond van de huidige wettelijke bepalingen weldegelijk sprake is van kruislingse schenkingen. Dit lijkt mij onwenselijk. Aangezien de toelichting niet is gecodificeerd in de wet of een beleidsbesluit en een belastinginspecteur niet *contra legem* mag oordelen, is het wenselijk dat de wetgever haar standpunt alsnog vertaalt in wetgeving of dat de Staatssecretaris van Financiën in een beleidsbesluit vastlegt dat zij geen kruislingse schenking veronderstelt in het bovenstaande voorbeeld. Volledigheidshalve merk ik op dat De Leeuw de codificatie van het standpunt van de Staatssecretaris van Financiën in een beleidsbesluit onvoldoende acht vanwege de duidelijke wettekst.[198]

5.4.3 Draagkrachtbeginsel, de APV-regeling en de heffing van erfbelasting

De bepaling omtrent de fictieve erfrechtelijke verkrijging van artikel 16 SW 1956 kunnen leiden tot onredelijke uitkomsten. Dit is mogelijk bij het gebruik van een APV voor een deel van de erfgenamen. Het Hof Den Haag heeft zich in 2019 uitgesproken over een dergelijke casus.[199] Hieronder geef ik een uiteenzetting van dit arrest ter illustratie van een mogelijke onredelijke uitkomst.

Erflaatster (hierna: X) was de moeder van drie kinderen. In haar testament heeft X haar drie kinderen opgenomen als erfgenamen, ieder voor een derde deel. In haar uiterste wilsbeschikking heeft X echter opgenomen dat het erfdeel dat bestemd is voor haar dochter (hierna: Y) in een trust werd geplaatst.

[194] Verstijnen, *MBB* 2010/05-02.
[195] De Leeuw 2020, p. 404.
[196] HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9000, *BNB* 2008/92.
[197] De Leeuw 2020, p. 405.
[198] De Leeuw 2020, p. 409.
[199] Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1353, *V-N* 2019/37.5, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

In de casus is niet in geschil dat de trust kwalificeert als APV als bedoeld in artikel 2.14a Wet IB 2001. Uit de trustakte blijkt dat het ingebrachte erfdeel bestemd is voor Y en haar eventuele afstammelingen. Indien Y geen afstammelingen heeft, dient de trustee het trustvermogen te gebruiken voor de afstammelingen van X. Y, haar broer, haar zus en eventuele kleinkinderen behoren tot deze kring.

Aangezien Y kinderen heeft, is de kans dat de broer en zus van Y ooit kwalificeren als begunstigden minimaal. Het geschil spitste zich toe op de omvang van de fictieve erfrechtelijke verkrijging. Het hof oordeelde dat de broer en zus van Y niet uitgesloten zijn van eventuele begunstiging. De kans dat zij als begunstigde een uitkering ontvangen is klein, maar reëel. Derhalve dient ieder kind een derde van het in de trust ondergebrachte vermogen als fictieve erfrechtelijke verkrijging in aanmerking te nemen. Vanzelfsprekend volgt hierop dat alle kinderen ook, naar evenredigheid, het trustvermogen dienen te verantwoorden in hun aangifte inkomstenbelasting.

Voor de toerekening van het vermogen van het APV is het irrelevant hoe groot de kans is dat iemand als begunstigde aangemerkt wordt en als zodanig een uitkering uit het APV ontvangt. Bij enige potentiële mogelijkheid tot begunstiging vindt toerekening plaats.[200] In haar noot bij het hiervoor besproken arrest merkt de Redactie Vakstudienieuws op dat de bepalingen omtrent de toerekening onmogelijk toe te passen zijn indien de rechter en de belastingdienst rekening dienen te houden met de kans op potentiële begunstiging van de betrokkenen.[201]

Bij de bovenstaande casus kan men zich nog afvragen in hoeverre het mogelijk is kind Y als inbrenger van het vermogen te beschouwen. In het onderhavige geval was dit geen onderwerp van geschil, X werd gezien als de inbrenger van het vermogen. De Leeuw is van mening dat iemand enkel kwalificeert als inbrenger indien diegene op enig moment de beschikkingsmacht over het vermogen heeft en zelf de keuze maakt het vermogen al dan niet in te brengen.[202] Het moge duidelijk zijn dat dat in de bovenstaande casus niet het geval was voor Y. De interpretatie van De Leeuw lijkt mij juist. Indien Y, en met haar eenieder waarvoor het deel van de nalatenschap onder trustverband wordt gebracht, de inbrenger is, vindt toerekening nooit plaats aan de overige erfgenamen. Hierbij is de status als begunstigden van de overige erfgenamen opnieuw irrelevant. Dit lokt fiscaal gedreven testamenten uit, hetgeen de wetgever juist poogt te voorkomen via artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001.

De Staatssecretaris van Financiën heeft aandacht besteed aan de situatie waarin de kans klein is dat een erfgenaam een uitkering uit het doelvermogen verkrijgt. Hij erkent dat de wetgeving kan leiden tot uitkomsten die geen recht doen aan de civiele en economische werkelijkheid. Het is aan de insteller van een doelvermogen deze situaties vooraf te signaleren en de erfgenamen te behoeden voor onevenredige uitkomsten.[203]

Suggesties die de Staatssecretaris van Financiën hiertoe biedt zijn het opknippen van het vermogen door meerdere doelvermogens in te stellen, het toekennen van concrete rechten of via een alternatieve structurering van het vermogen.[204] Het instellen van meerdere doelvermogens is onverenigbaar met het motief het familievermogen te bundelen. Daarnaast vind ik het vreemd dat de Staatssecretaris van Financiën de verantwoordelijkheid voor het voorzien van wetswijzigingen, zoals het invoeren van de APV-regeling, bij de insteller van het doelvermogen plaatst. Zoals bijvoorbeeld

[200] Art. 2.14a lid 6 Wet IB 2001: *"Het eerste lid, tweede en derde volzin, is niet van toepassing met betrekking tot een erfgenaam, ingeval blijkt dat deze persoon en diens partner niet rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigde zijn van het afgezonderd particulier vermogen en dit ook niet kunnen worden."*
[201] Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1353, *V-N* 2019/37.5, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
[202] De Leeuw 2020, p. 407.
[203] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 13, p. 11.
[204] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 13, p. 11.

door Boer gesignaleerd, bestaan zeer oude doelvermogens die het belang van een familie dienen.[205] Bij irrevocable vermogens is het vaak zelfs niet mogelijk na verloop van tijd de statuten te veranderen. Het is in een dergelijk geval niet mogelijk te opteren voor alternatieve structurering. Desondanks realiseer ik me dat de Staatssecretaris van Financiën op wenst te treden tegen een heffingsvacuüm. Het is de vraag of een geschikt alternatief op de APV-regeling bestaat. Enkele alternatieven hiervoor behandel ik in hoofdstuk 6.

Een andere onevenredige uitwerking van het APV-regime is aangehaald door de gemachtigde van de belanghebbende in de in paragraaf 3.4 behandelde casus. De inbrenger had in zijn wensenbeschrijving opgenomen dat hij wenste te voorkomen zijn kinderen te verwennen. Daarnaast diende het ingebrachte vermogen te voorzien in het levensonderhoud van zijn afstammelingen voor een periode van 100 tot 150 jaar. Teneinde dit te bereiken was de jaarlijkse uitkering, onder voorbehoud van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur van het doelvermogen, gemaximeerd op een jaarlijks bedrag. Dit jaarlijkse bedrag vormde een fractie van het totale trustvermogen. Desondanks betrok de APV-regeling de erfgenamen ten aanzien van het volledige APV-vermogen in de heffing van erfbelasting en jaarlijks in de heffing van inkomstenbelasting.

Daarnaast is het mogelijk dat een directe cumulatie van erf- en schenkbelasting plaatsvindt door het gebruik van een APV. Stel dat in de bovenstaande casus de erflater een tweetal APV's had ingesteld. Een van deze APV's ziet op de voorziening in het levensonderhoud van de kleinkinderen. Ondanks dat het niet de bedoeling is dat de kinderen uitkeringen ontvangen, behoren zij tot de kring van begunstigden. Artikel 16 SW 1956 veronderstelt een fictieve erfrechtelijke verkrijging ten aanzien van het APV dat bestemd is voor de kleinkinderen bij de kinderen, tevens erfgenamen. Zodra het APV uitkeringen doet aan de kleinkinderen, is sprake van een schenking van de kinderen aan de kleinkinderen. Bij uitsluiting van de kinderen uit de kring van begunstigden, kunnen zij zich beroepen op de tegenbewijsregeling van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001. Nu zij tot de kring van begunstigden behoren, slagen zij niet in het leveren van tegenbewijs. Het feit dat het APV-vermogen enkel bestemd is voor de kleinkinderen, doet hier niet aan af.[206] In principe werkt deze situatie niet anders uit dan bij een rechtstreekse overdracht aan de kinderen waarna de kinderen, bij leven of bij overlijden, het resterende vermogen aan de kleinkinderen overdragen. De onevenredige uitkomst is hier gelegen in het feit dat het vermogen nooit bestemd was voor de kinderen. Het nader in paragraaf 6.3 te bespreken alternatief van De Leeuw, ondervangt dergelijke situaties.

5.4.4 Draagkrachtbeginsel en de APV-regeling in het algemeen

De APV-regeling rekent vermogen en inkomen toe. Hierbij geldt de fictie dat degene aan wie de APV-regeling het vermogen toerekent beschikt over de vermogensbestanddelen en inkomsten alsof geen sprake is van een APV. Hierbij kunnen timingsverschillen ontstaan.

Zoals uiteengezet in paragraaf 4.2, veronderstelt artikel 16 SW 1956 een fictieve verkrijging bij het overlijden van degene aan wie artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen toerekent. De SW 1956 betrekt het volledige trustvermogen in de heffing van erfbelasting. Dit leidt tot onredelijke uitwerkingen indien de erfgenamen van de inbrenger niet daadwerkelijk uitkeringen uit het doelvermogen ontvangen. De tegenbewijsregeling ondervangt deze problemen deels indien de erfgenamen nimmer als begunstigde kunnen kwalificeren. De wetgever heeft geen rekening gehouden

[205] Boer 2011, p. 395.

[206] Hof Arnhem-Leeuwarden 28 september 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9202, *NLF 2021/2117;* Hof Arnhem-Leeuwarden 28 september 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9196, *NLF 2021/2116*, m.nt. A. van Maurik.

met de erfgenaam/begunstigde die over onvoldoende liquiditeiten beschikt om de aanslag erfbelasting en de jaarlijkse aanslag inkomstenbelasting te voldoen.

Het is niet vanzelfsprekend dat het doelvermogen bepalingen omvat die voorschrijven dat de erfgenaam/begunstigde dekkende uitkeringen ontvangt voor de betaling van de jaarlijkse of incidenteel verschuldigde belastingen. Auerbach wijst in dit verband op het feit dat een trustee mogelijk in strijd met geldende (buitenlandse) wettelijke bepalingen handelt indien de trustee ten laste van het doelvermogen een uitkering doet aan begunstigden enkel zodat zij hun verschuldigde belastingen kunnen betalen. De trustee benadeelt volgens Auerbach dan mogelijk als zodanig de overige (toekomstige) begunstigden ten gunste van één begunstigde.[207]

Gelet op het karakter van discretionaire doelvermogens, waarbij de beheerder juist degene is die beslist over mogelijke uitkeringen, en aangezien een doelvermogen vaak als instrument tegen spilzucht of in het kader van governance dient, is het mogelijk dat de erfgenaam/begunstigde beperkte of zelfs geen uitkeringen ontvangt.

Verstijnen heeft dit gesignaleerd en is een voorstander van de mogelijkheid tot een betalingsregeling bij timingverschillen.[208] Timingsverschillen doen zich voor bij toerekening zonder realisatie door de erfgenamen/begunstigden. Een argument tegen de toepassing van een betalingsregeling bij timingverschillen is het ontstaan van de mogelijkheid belastingheffing uit te stellen. Dit leidt de facto tot zwevend vermogen. Hoewel de APV-regeling het vermogen formeel in de heffing van inkomsten- en erfbelasting betrekt bij de erfgenaam/begunstigde, leidt dit niet tot heffing. Tenzij het systeem van de betalingsregeling vorm krijgt zoals die van de conserverende aanslag, is het eenvoudig heffing te vermijden door te emigreren voorafgaand aan de uitkering van vermogen uit het APV. Door het invoeren van een betalingsregeling die vergelijkbaar is met het systeem van de conserverende aanslag, ontstaat een additionele administratieve last voor de belastingdienst. Desondanks vormt de onmogelijkheid de belastingaanslag te voldoen door betalingsproblemen een gegronde reden voor het verlenen van uitstel.[209]

De inbrenger doet definitief afstand van het afgezonderde vermogen. Desondanks betrekt artikel 2.14a Wet IB 2001 deze inbrenger jaarlijks in de heffing van inkomstenbelasting. Na het overlijden van de inbrenger, rekent artikel 2.14a Wet IB 2001 de vermogensbestanddelen toe aan de erfgenamen. Hieruit volgt zowel de jaarlijkse betaling van inkomstenbelasting als de eenmalige heffing van erfbelasting. Desondanks is het onzeker of de erfgenamen ooit enige uitkeringen uit het doelvermogen verkrijgen. Op basis van het voorgaande ziet Boer het APV-regime als de meest evidente schending van het draagkrachtbeginsel in de Wet IB 2001.[210] Indien artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen toerekent en de Wet IB 2001 dit vermogen bij de inbrenger of diens erfgenamen betrekt in de heffing van Box 3, vindt de heffing forfaitair plaats. Het forfaitair bepalen van inkomen is gebruikelijk binnen de Wet IB 2001. Desondanks wijst Kooiman op het feit dat het bij het APV-regime niet draait om een forfaitair bepaalde opbrengst maar om een opbrengst die door een ander wordt genoten.[211]

Het uiteenlopen van de fiscaliteit en de civielrechtelijke duiding vormen geen onvoorziene onbillijkheid. Derhalve is het niet mogelijk voor belastingplichtigen een succesvol beroep te doen op

[207] Auerbach, *WFR* 2009/122.
[208] Verstijnen, *MBB* 2010/05-02.
[209] Leidraad Invordering 2008, artikel 25.
[210] Boer, *WPNR* 6902/852.
[211] Kooiman in zijn noot bij HR 26 maart 2021 ECLI:NL:HR:2021:367, *NL-F* 2021/0727.

de hardheidsclausule van artikel 63 AWR.[212] In deze thesis bespreek ik desondanks meerdere hypothetische situaties en jurisprudentie waar sprake is van onbillijke uitwerkingen.

5.5 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik toelichting gegeven op het draagkrachtbeginsel als fundament van de Wet IB 2001. Bij het inbrengen van vermogensbestanddelen in een APV doet de inbrenger afstand van het juridische en economische eigendom van die vermogensbestanddelen. Desondanks betrekt artikel 2.14a Wet IB 2001 de inbrenger in de heffing van inkomstenbelasting. De inbrenger profiteert niet van de vruchten van het ingebrachte vermogen. Het betrekken van de inbrenger in de belastingheffing vormt een strijdigheid met het draagkrachtbeginsel.

Het APV-vermogen behoort niet tot de nalatenschap van de inbrenger bij diens overlijden. De erfgenamen/begunstigden verkrijgen derhalve niets met betrekking tot het APV, behalve een blote verwachting op toekomstige uitkeringen. Desondanks behoort het APV-vermogen fictief tot de nalatenschap bij de berekening van de totale belaste verkrijging. Deze fictieve verkrijging vormt een strijdigheid met het draagkrachtbeginsel. Slechts een erfgenaam die nimmer als begunstigde kwalificeert, ontkomt aan de fictieve erfrechtelijke verkrijging.

Toerekening van het APV-vermogen aan de erfgenamen van de overleden inbrenger vindt plaats indien de kans bestaat dat de erfgenamen ooit als begunstigden van het APV kwalificeren. Het is hierbij irrelevant hoe groot die kans is. Bij een minimale kans ooit uitkeringen uit het APV te verkrijgen, ontstaat wederom strijdigheid met het draagkrachtbeginsel.

Bij uitkeringen uit het APV is sprake van een fictieve schenking. Indien artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen aan meerdere personen toerekent, is bij uitkering aan die personen sprake van een kruislingse schenking. Aangezien de APV-regeling uitgaat van toerekening van het onverdeeld eigendom in alle vermogensbestanddelen van het APV, is het niet mogelijk het “eigen aandeel” in het APV uitgekeerd te krijgen. Derhalve is bij toerekening aan meerdere personen sprake van cumulatie van belastingheffing.[213]

Doordat de APV-regeling bestaat uit een stapeling van ficties waarbij de daadwerkelijke kans op begunstiging of uitkeringen grotendeels irrelevant zijn, is sprake van een grove strijdigheid met het draagkrachtbeginsel. De APV-regeling bevat, behoudens de tegenbewijsregeling, geen bepalingen die deze strijdigheden wegnemen. In het volgende hoofdstuk behandel ik de suggesties en alternatieven van Auerbach en De Leeuw die mogelijke strijdigheden voorkomen of wegnemen.

[212] *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 13, p. 40.

[213] Voor een uitgebreidere beschouwing van de cumulatie van erf- en schenkbelasting verwijs ik naar het proefschrift van C.G. Dijkstra, *Cumulatie van belastingen,* Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, Nr. 26, Den Haag: Sdu 2016.

Hoofdstuk 6: Alternatieven

6.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk heb ik uiteengezet welke knelpunten voortkomen uit de huidige APV-regeling. In dit hoofdstuk behandel ik mogelijke alternatieven en aanvullingen die strijdigheden met het draagkrachtbeginsel voorkomen of wegnemen.

6.2 Visie Auerbach

Auerbach heeft meermaals geageerd tegen het APV-regime en heeft een eigen regeling voor de fiscale behandeling van familiedoelvermogens voorgesteld.[214] Hij is van mening dat een heffingsregime voor binnenlands belastingplichtige familiedoelvermogens een beter alternatief vormt voor de belastingheffing van de (betrokkenen bij) doelvermogens dan de huidige regeling. Auerbach acht het passend de heffing ten aanzien van het familiedoelvermogen via de inkomstenbelasting te regelen nu hij het familiedoelvermogen ziet als een vertegenwoordiger van de familie.

Auerbach onderscheidt hierbij drie relevante gebeurtenissen: de inbreng van vermogen in een doelvermogen, de bestaansfase van het doelvermogen en uitkeringen uit het doelvermogen.

Ter zake van de inbreng heft men geen schenkbelasting. Dit is enkel zo indien latere heffing verzekerd is en het niet mogelijk is heffing onbeperkt uit te stellen.

Na inbreng is het doelvermogen belastingplichtig voor de inkomstenbelasting. Doordat Auerbach voorziet in een doorschuifregeling, is bij de inbreng van vermogensbestanddelen met stille reserves geen sprake van afrekening. Niet ieder doelvermogen kwalificeert als familiedoelvermogen en derhalve als belastingplichtige voor de inkomstenbelasting. Hiervan is enkel sprake indien deze bij voor bezwaar vatbare beschikking als zodanig is vastgesteld. Door periodiek belasting te heffen van het doelvermogen voorkomt men uitstel van belastingheffing. Gelet op moeilijkheden die voortkomen uit het belasten van het doelvermogen kiest Auerbach voor een jaarlijkse heffing van (vervangend) schenkings- casu quo successierecht.

Ten slotte is bij een uitkering uit het doelvermogen schenkbelasting verschuldigd. Het van toepassing zijnde tarief is afhankelijk van het bedrag van de uitkering en van de verwantschap tussen de begunstigde en de oorspronkelijke inbrenger.

Auerbach signaleert dat de band van het doelvermogen met Nederland kan afwijken van de band van de begunstigden of de inbrenger met Nederland. Bij vestiging van het doelvermogen buiten Nederland ontstaan mogelijk opnieuw problemen voor Nederland. Derhalve maakt een vestigingsplaatsfictie onderdeel uit van de voorgestelde regeling. Hiervoor gelden de volgende basisregels:

- Indien de inbrenger ten tijde van de inbreng woonachtig was in Nederland, is het doelvermogen fictief in Nederland gevestigd zo lang de inbrenger leeft en in Nederland woont.
- Indien de inbrenger ten tijde van de inbreng niet woonachtig was in Nederland, is het doelvermogen fictief in Nederland gevestigd zo lang de inbrenger leeft en in Nederland woont.
- Indien de inbrenger overlijdt als inwoner van Nederland, is het doelvermogen nog gedurende een periode van 30 jaar fictief in Nederland gevestigd.
- Daarnaast geldt de vangnetbepaling dat het doelvermogen fictief in Nederland gevestigd is indien minimaal 50% van de begunstigden in Nederland wonen of indien Nederland de meeste begunstigden kent in vergelijking met andere landen.

[214] Auerbach, *WFR* 2009/122.

De verkoop van vermogensbestanddelen aan een doelvermogen vormt volgens Auerbach geen inbreng. De vestigingsplaatsficties vinden in dat geval geen toepassing. Het sluitstuk van het alternatief van Auerbach is een vestigingsplaatsvermoeden indien het doelvermogen is gevestigd in een land buiten de Europese Unie waarmee Nederland geen regeling voor uitwisseling van informatie heeft getroffen in de situatie dat de inbrenger of begunstigde woonachtig is in Nederland.

Mijn visie op Auerbach

Het lijkt mij onzuiver geen schenkbelasting te heffen bij de inbreng van vermogensbestanddelen. Het doelvermogen is een zelfstandige, en daarmee non-transparante, entiteit. Het is zuiverder aan te sluiten bij de systematiek die voortvloeit uit de trustarresten van de HR. Het afzonderen van vermogensbestanddelen om niet vormt dan, zoals voorafgaand aan de invoering van de APV-regeling, een belastbare schenking van de inbrenger aan het doelvermogen.

Auerbach wenst het familiedoelvermogen te betrekken in de inkomstenbelasting. Dit lijkt mij onjuist gelet op het feit dat het doelvermogen non-transparant is. Mijn inziens is het logischer het familiedoelvermogen aan te merken als belastingplichtige voor de Wet Vpb 1969. De Wet Vpb 1969 betrekt andere non-transparante lichamen in de heffing van vennootschapsbelasting. Daarnaast zijn doelvermogens reeds op grond van artikel 3 lid 1 onderdeel c Wet Vpb 1969 buitenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Ik zie geen reden hier bij binnenlandse doelvermogens vanaf te wijken. Auerbach geeft niet uiteen op welke wijze de jaarlijkse belastingheffing vorm dient te krijgen. Mij lijkt dit, gelet op de discussies rondom forfaitaire rendementen[215], echter een belangrijk punt.

Bij uitkeringen uit het familiedoelvermogen knoopt Auerbach voor de heffing van schenkbelasting aan bij de begunstigden. Dit lijkt mij juist en een verbetering ten opzichte van het betrekken van de erfgenamen van de insteller in de heffing van inkomstenbelasting. Het is teleurstellend dat Auerbach nalaat concreet aan te geven hoe hij de heffing exact ziet verlopen. In zijn voorstel geeft hij geen invulling aan mogelijke vraagstukken over de omvang van de belastbare grondslag en de van toepassing zijnde tarieven en vrijstellingen. Auerbach rechtvaardigt de heffing van schenkbelasting bij uitkeringen doordat de inbreng van het vermogen in zijn voorstel vrij is van belastingheffing. Met Gilissen ben ik van mening dat de reeds geheven schenkbelasting bij inbreng verrekend dient te worden met de heffing bij uitkering.[216] Hiermee fungeert de schenkbelasting bij inbreng als het ware als een voorheffing.

6.3 Visie De Leeuw

De Leeuw ziet de onevenredigheden die volgen uit het toerekenen van het APV-vermogen aan meerdere personen als de voornaamste belemmering voor het gebruik van een APV.[217] Desondanks erkent zij de noodzaak en het doel van de APV-regeling. De Leeuw stelt een aantal wijzigingen voor die de eerder behandelde onevenredigheden voorkomen.

Hoewel een APV een discretionair karakter kent, stelt De Leeuw voor een administratieve verdeling van het APV-vermogen toe te staan. Hiermee ondervangt De Leeuw de problematiek omtrent kruislingse schenkingen. Het toegerekende vermogen behoort bij fiscale fictie tot het bezit van degene aan wie artikel 2.14a Wet IB 2001 het vermogen toerekent. De verdeling van het vermogen oogt strijdig met het discretionaire karakter van het APV. De verdeling roept de vraag op of niet op voorhand al duidelijk is wie welke uitkeringen verkrijgt. De Leeuw is van mening dat geen strijdigheid met het

[215] Overduin & Romyn, *WFR* 2021/12.
[216] Gilissen 2012, p. 596 – 597.
[217] De Leeuw 2020, p. 467.

discretionaire karakter ontstaat indien het bestuur enkel een administratieve verdeling maakt waar zij niet aan gebonden is.

In het verlengde van de toerekening van ieders fictieve bezit laat De Leeuw het gemeenschappelijk eigendom van het APV-vermogen los. Bezittingen en schulden rekent zij toe op basis van de oorspronkelijke inbreng en zaaksvervanging. Dit voorkomt tevens vervreemdingen bij inbreng in het APV indien sprake is van meerdere inbrengers. Na het overlijden van de inbrenger vindt toerekening onverminderd plaats aan de erfgenamen van de inbrenger. In beginsel ontstaat hier wederom een onverdeeldheid. De Leeuw wekt echter de suggestie dat een administratieve verdeling van het APV-vermogen tussen de erfgenamen mogelijk is. Ook bij een uitkering dient het mogelijk te zijn deze uitkering ten laste van een specifiek administratief aandeel te brengen.

Indien het niet mogelijk is op basis van de oorspronkelijk inbreng en eventuele zaaksvervanging de bezittingen en schulden toe te rekenen, geldt de hoofdregel dat sprake is van onverdeeld en gemeenschappelijk eigendom. In dit geval is bij toerekening van het vermogen aan meerdere personen onverminderd sprake van kruislingse schenkingen bij uitkeringen.

Op het moment dat het bestuur een begunstigde/erfgenaam schrapt uit de kring van begunstigden, vindt toerekening van het voorheen aan die begunstigde/erfgenaam toegerekende vermogen op pro rata basis plaats aan de overige erfgenamen. Hierbij ontstaat in beginsel opnieuw onverdeeld "eigendom". De Leeuw acht het passend de mogelijkheid te bieden ook dit onverdeeld eigendom administratief te verdelen. De geschrapte erfgenaam/begunstigde behoort een teruggaaf ten aanzien van de bij het overlijden van de inbrenger geheven erfbelasting te ontvangen. De erfgenaam/begunstigde die vanaf de schrapping een groter deel van het APV-vermogen krijgt toegerekend, behoort een aanvullende aanslag erfbelasting te krijgen ten aanzien van de uitbreiding. Het is niet mogelijk dat de aandelen van de verschillende erfgenamen/begunstigden voor toepassing van de APV-regeling in omvang wijzigen op aanwijzing van het bestuur.[218]

De Leeuw wijst op het feit dat de belastingdienst mogelijk de discretionaire bevoegdheid van het bestuur in twijfel trekt indien daadwerkelijk een administratieve splitsing van het APV-vermogen plaatsvindt. Bij instelling van het APV dient men aandacht te schenken aan de statuten die de discretionaire bevoegdheid van het bestuur dient te bevestigen. Hierbij is het van belang te vermelden dat het bestuur te allen tijde af mag wijken van de administratieve verdeling.

Mijn visie op De Leeuw

De Leeuw merkt zelf al op dat de door haar voorgestelde wijzigingen niet alle problemen rondom de APV-regeling wegnemen. Dit is echter inherent aan weg die de wetgever is ingeslagen ten aanzien van de fiscale behandeling van doelvermogens. Ook ik onderschrijf de noodzaak een regeling te treffen voor APV's. De suggesties van De Leeuw zie ik als een verbetering ten opzichte van de huidige regeling.

De Leeuw laat na een oplossing te presenteren voor een fundamenteel probleem van de APV-regeling, te weten het betrekken van de erfgenamen van de inbrenger in de heffing van inkomstenbelasting. De beslissingsmacht tot het doen van uitkeringen rust bij het bestuur en de inbrenger en diens erfgenamen hebben hier geen invloed op. Ook met de voorgestelde wijzigingen van De Leeuw betrekt de APV-regeling deze erfgenamen in de heffing van erf- en inkomstenbelasting zonder dat deze erfgenamen zeker zijn van uitkeringen. De Leeuw treft een regeling die ziet op de teruggaaf van schenkbelasting indien de status als begunstigde eindigt. Desondanks is op het moment van overlijden van de inbrenger sprake van heffing. Indien de erfgenamen zelf komen te overlijden voordat zij het

[218] Behoudens uitkeringen die ten laste van een specifiek aandeel worden gebracht.

vermogen hebben verkregen, is nog steeds sprake van strijdigheid met het draagkrachtbeginsel. Zij hebben dan noch de vruchten noch de beslissingsmacht over “hun” deel van de vermogensbestanddelen van het APV gehad.

Desondanks lijkt het me redelijk toe te staan dat het bestuur van het doelvermogen een administratieve scheiding van de bezittingen mag aanbrengen en dat dit doorwerking heeft naar de APV-regeling. In beginsel ben ik het met De Leeuw eens dat de administratieve scheiding geen strijdigheid met het discretionaire karakter van het APV veroorzaakt, zeker indien het bestuur van het APV deze scheiding zelf aanbrengt. De discussies over de vrije beschikkingsmacht waarop De Leeuw anticipeert, lijken mij vergelijkbaar met de geschillen die we zien over de vestigingsplaats van aan vennootschaps- en dividendbelasting onderworpen entiteiten. Hierbij gaat het veelal over de plaats van feitelijke leiding.[219] Ik kan me voorstellen dat het bestuur van een APV binnen haar discretionaire bevoegdheid overleg voert met de begunstigden over het al dan niet uitkeren van vermogen en het beleggingsbeleid ten aanzien van het “deel” van het APV-vermogen indien sprake is van een administratieve scheiding. Mogelijk leidt dit tot discussies met de belastingdienst over het discretionaire karakter van het APV.

Ten slotte vraag ik mij af in hoeverre de voorgestelde wijzigingen leiden tot grensverkennend gedrag in situaties waarbij een deel van de begunstigden/erfgenamen in het buitenland wonen. Op dit moment beschikt de belastingdienst over een fiscale stok achter de deur in de vorm van kruislingse schenkingen. De Leeuw stelt voor dat de APV-regeling de door het bestuur opgemaakte administratieve verdeling volgt. Dit lokt mogelijk fiscaal gedreven keuzes uit ten aanzien van de administratieve verdeling. Hierbij denk ik aan de casus waarbij de insteller zowel zijn in het buitenland wonende kind als zijn drie kleinkinderen als begunstigden bij het doelvermogen wenst te betrekken. Indien het woonland van het kind geen schenkbelasting kent, kan het kind het vermogen zonder belastingheffing aan de kleinkinderen schenken. Na uitkering van het gehele vermogen van het APV aan het kind, kan dit kind vervolgens zonder belastingheffing het voor de kleinkinderen bestemde deel schenken. De netto belastingdruk is in deze situatie lager dan bij het rechtstreeks toerekenen van het APV-vermogen aan de kleinkinderen. De Leeuw gaat niet in op dergelijke situaties.

6.4 Eigen visie

De toerekening van vermogen aan personen die civielrechtelijk geen beschikkingsmacht of eigendomsrechten over dit vermogen hebben, zie ik als een strijdigheid met het draagkrachtbeginsel. Desondanks begrijp ik de wens van de wetgever onbelast zwevend vermogen te voorkomen.

Ik verwacht niet dat de APV-regeling fundamenteel zal wijzigen. De Staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat de APV-regeling positieve effecten heeft op de compliance van belastingplichtigen en wijst voorts op de forse gerealiseerde opbrengst.[220] Ik hoop dat de wetgever de suggesties van De Leeuw over het toekennen van administratieve “aandelen” binnen het APV-regime overneemt.

Mijn inziens zou het goed zijn een aanvullende bepaling voor conserverende aanslagen op te nemen in de APV-regeling. De conserverende aanslag ziet op de fictieve erfrechtelijke verkrijging. Hiermee voorkomt belastingheffing zonder dat sprake is van een draagkrachtvermeerdering. Het uitstellen van belastingheffing door leningen bij het APV aan te gaan, al dan niet uit “het eigen aandeel”, kan men voorkomen door een regeling in te voeren die gelijkenissen vertoont met het wetsvoorstel excessief

[219] Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 19 januari 2018, ECLI:HR:NL:2018:47, *BNB 2018/68*, mt.nt S.C.W. Douma.
[220] Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 september 2013, nr. DGB/2013/22752, *V-N* 2-13/48.11.

lenen bij eigen vennootschap.[221] Gelet op de verzorgingsgedachte achter een familiedoelvermogen lijkt een lagere grens mij hierbij passend. Het is niet ongebruikelijk dat het APV bestuur jaarlijks relatief kleinere bedragen ter beschikking van de begunstigden stelt.[222]

Nederland behoudt haar heffingsrechten bij emigratie door een verlenging van de fictieve woonplaats binnen Nederland of door eindafrekening bij emigratie. Hierbij stel ik, naar voorbeeld van Auerbach maar ook van Boer[223], een termijn van 30 jaar voor.[224]

Bij keuze voor invordering, in plaats van voor fictief inwonerschap, van de conserverende aanslag bij emigratie ontstaat wederom strijdigheid met het draagkrachtbeginsel.

Tot het moment van uitkering vindt mogelijk geen belastingheffing plaats ten aanzien van de resultaten van het APV-vermogen. Dit acht ik niet onoverkomelijk. Een Nederlandse stichting die geen onderneming drijft is immers ook niet onderworpen aan vennootschapsbelasting.[225] Daarnaast is het voor Nederlanders mogelijk onbelast vermogen te creëren door een entiteit op te richten in een jurisdictie waar men geen belasting naar de winst of een tarief van 0% kent.

6.5 Conclusie

De huidige APV-regeling is onvolmaakt. Dit is inherent aan de keuze van de wetgever de betrokkenen bij het doelvermogen in de heffing van inkomsten-, erf- en schenkbelasting te betrekken. Bij een discretionair APV heeft het bestuur immers de beslissingsbevoegdheid ten aanzien van het doen van uitkeringen aan de begunstigden. De inbrenger, diens erfgenamen of de begunstigden hebben geen invloed op het verkrijgen van uitkeringen.[226] Auerbach biedt een alternatief voor de APV-regeling. De Leeuw doet suggesties voor aanvullende bepalingen binnen de APV-regeling.

Het is niet mijn verwachting dat de APV-regeling fundamenteel zal wijzigen. Het lijkt mij dan ook onaannemelijk dat de wetgever het voorstel van Auerbach overneemt. Ik zie meer kansen voor de door De Leeuw gedane aanbevelingen.

In de kern komt het neer op het fiscaal eerbiedigen van een administratieve verdeling die gemaakt is door het bestuur van het APV. Hierbij maakt het bestuur een verdeling van het “bezit” van de verschillende begunstigden.

[221] *Kamerstukken II* 2019/20, nr. 35 496, nr. 2.
[222] Zie in dit verband paragraaf 3.4 waarbij de kinderen/begunstigden een jaarlijkse toelage van € 30.000 ontvingen.
[223] Boer 2011, p. 357.
[224] Boer en Auerbach erkennen dat dit een arbitraire grens is. Zij betogen echter dat deze termijn niet onredelijk is.
[225] Art. 2 lid 1 sub e Wet Vpb 1969.
[226] Behoudens de mogelijkheid voor de inbrenger periodieke uitkeringen te bedingen voor hemzelf of de begunstigden.

Hoofdstuk 7: Conclusie

7.1 Inleiding

In dit onderzoek stond de APV-regeling centraal. Deze regeling is geïntroduceerd teneinde onbelast vermogen in de dode hand te voorkomen. Voor de invoering van de APV-regeling was het mogelijk door middel van een doelvermogen de heffing van inkomsten-, erf- en schenkbelasting te ontwijken. Meerdere auteurs hebben hun ongenoegen over de APV-regeling geuit. Uit in deze thesis behandelde jurisprudentie blijkt dat ook belastingplichtigen zich niet in alle situaties in de uitwerkingen van het APV-regime kunnen vinden. De Staatssecretaris van Financiën heeft in zijn evaluatie van de APV-regeling aangegeven tevreden te zijn over de huidige regeling. Ook ik heb begrip voor de wens onbelaste en zwevende vermogens te voorkomen. Desondanks is het van groot belang dat belastingplichtigen niet worden geconfronteerd met onevenredige uitkomsten. Derhalve heb ik de APV-regeling getoetst aan het draagkrachtbeginsel.

Na een analyse van de belastingheffing van doelvermogens voorafgaand en na invoering van de APV-regeling en door de uitwerkingen van de APV-regeling te toetsen aan het draagkrachtbeginsel, is het mogelijk antwoord te geven op de onderzoeksvraag:

"In hoeverre is de APV-wetgeving in de Wet IB 2001 en de Successiewet 1956 strijdig met het draagkrachtbeginsel en hoe kan eventuele strijdigheid worden weggenomen?"

7.2 Samenvatting onderzoek en conclusie

Bij de overdracht van vermogensbestanddelen aan een APV doet de inbrenger definitief afstand van de ingebrachte vermogensbestanddelen. Desondanks betrekt de APV-regeling de inbrenger in de heffing van inkomstenbelasting voor de vermogensbestanddelen en inkomsten van het APV. Bij het overlijden van de inbrenger is sprake van een fictieve erfrechtelijke verkrijging. Artikel 16 SW 1956 veronderstelt dat de erfgenamen van de inbrenger het APV-vermogen verkrijgen naar rato van hun erfdeel. Hierbij is de omvang van de fictieve erfrechtelijke verkrijging afhankelijk van het erfdeel van de erfgenamen. De kans op begunstiging is hierbij in mindere mate van belang. Enkel indien de erfgenaam nimmer begunstigde van het APV kan zijn, blijft de fictieve erfrechtelijke verkrijging achterwege. In dat geval is vervolgens ook geen sprake van toerekening aan de erfgenaam voor de Wet IB 2001.

Van een fictieve schenking volgens het APV-regime is sprake indien het APV vermogen uitkeert en artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen tenminste deels toerekent aan in Nederland woonachtige personen. De begiftigde is de ontvanger van de uitkering, de schenker is degene aan wie artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen toerekent.

Artikel 2.14a Wet IB 2001 gaat uit van een gemeenschappelijke benadering. Bij meerdere inbrengers is derhalve sprake van de toerekening van het onverdeeld eigendom van de vermogensbestanddelen. Zoals uiteengezet in paragraaf 5.4.2 leidt dit mogelijk tot kruislingse schenkingen bij uitkeringen aan personen aan wie artikel 2.14a Wet IB 2001 het APV-vermogen reeds toerekent.

In mijn optiek is het onjuist voor de toerekening aan te knopen bij de begunstigden en erfgenamen. Zij hebben immers geen invloed op de instelling van het APV en hebben enkel een blote verwachting ten aanzien van toekomstige uitkeringen. Desondanks betrekt de APV-regeling de erfgenamen van de insteller in de belastingheffing.

Met Boer ben ik van mening dat het APV-regime de meest evidente schending van het draagkrachtbeginsel binnen de Wet IB 2001 vormt.[227] Dit komt doordat het APV-regime bewust vermogen toerekent aan mensen die geen beschikkingsmacht over – of eigendom van – dit vermogen hebben en mogelijk nooit krijgen.

Nu de Staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven tevreden te zijn met de effecten van de APV-regeling, verwacht ik niet dat de Nederlandse fiscale behandeling van APV's fundamenteel zal veranderen. Derhalve lijkt het mij onwaarschijnlijk dat het in paragraaf 6.2 behandelde alternatief van Auerbach leidt tot wetswijzigingen.

De Leeuw borduurt met haar suggesties voort op de bestaande APV-regeling. Haar aanvullingen nemen mijn inziens strijdigheden met het draagkrachtbeginsel weg. De suggesties van De Leeuw zijn nog relatief nieuw, zij publiceerde haar proefschrift in 2020, dus wellicht neemt de wetgever haar ideeën over.

7.3 Aanbevelingen

De APV-regeling vormt fundamenteel een schending van het draagkrachtbeginsel. Dit is inherent aan de gekozen wijze van toerekening van de wetgever. Desondanks kan de wetgever het leed verzachten door de APV-regeling op een aantal punten te wijzigen.

1. De wetgever dient, zoals bepleit door De Leeuw, een administratieve scheiding van het APV-vermogen toe te staan.

2. Indien sprake is van een fictieve erfrechtelijke verkrijging gaat de belastingdienst pas over tot invordering zodra de erfgenaam/begunstigde daadwerkelijk uitkeringen uit het APV ontvangt. Dit bewerkstelligt men door een conserverende aanslag op te leggen.

3. De bovenstaande systematiek leidt mogelijk tot het verstrekken van leningen door het APV aan haar begunstigden teneinde belastingheffing uit te stellen. Dit voorkomt men door een uitkering te veronderstellen indien de erfgenaam/begunstigde een schuld heeft bij het APV. Ik verwijs hiervoor naar de systematiek van het wetsvoorstel excessief lenen bij eigen vennootschap. Ik acht dit rechtvaardig nu de erfgenaam/begunstigde geen invloed op zijn benoeming als begunstigde of als erfgenaam heeft maar wel op het accepteren van een geldlening vanuit het APV.

[227] Zie paragraaf 5.4.4.

Lijst van geraadpleegde bronnen

Boeken

- **J.P. Boer, 2011**
  J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting.* SDU, Den Haag 2011.
- **Cursus Belastingrecht (inkomstenbelasting)**
  P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, (online, laatst bijgewerkt op 23 maart 2021).
- **Dusarduijn, Stevens & Van Vijfeijken, 2018**
  I. Van Vijfeijken, S. Dusarduijn & T. Stevens, *Jubileumbundel FIT 50 Jaar Onderwijs en Onderzoek: Opstellen Uitgegeven ter Gelegenheid van het 50-Jarig Bestaan van het Fiscaal Instituut Tilburg,* Tilburg University 2018.
- **Gilissen, 2012**
  G.D.L.M. Gilissen, *De express private trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalitificatie en gevolgen,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP) 2012.
- **Gribnau, 2012**
  J.L.M. Gribnau, *Vertrouwen, legitimiteit en belastingen,* Tilburg: Prisma Printing Tilburg University 2012.
- **Hayton, 1996**
  D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- **A.E. de Leeuw, 2020**
  A.E. de Leeuw, *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer (Fiscale Monografieën nr 162)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.
- **Rijkers & Van Vijfeijken, 2010**
  A.C. Rijkers en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fiscaliteit en vermogensvorming in een inkomensbelasting*', Bijlage bij: Studiecommissie belastingstelsel, Continuïteit en vernieuwing, Een visie op het belastingstelsel, 's-Gravenhage: Ministerie van Financiën 2010.
- **Smith, 2005**
  Smith 2005 A. Smith, *An Inquiry into the nature and causes of The Wealth of Nations*, Hazleton: An Electronic classics series publication 2005.
- **Stuart, 1889**
  A.J. Cohen Stuart, *Bijdrage tot de theorie der progressieve belasting,* 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1889.

Wetenschappelijke tijdschriften

Auerbach, WPNR 2009/6802
X.G.R. Auerbach, 'Afgezonderd Particulier Vermogen, naar een duaal stelsel', WPNR 6802/496.

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

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

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

Boer, WPNR 2011/6902
J.P. Boer, 'Proefschrift; drie stellingen – De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting', WPNR 6902/852.

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

Boer, FTV 2017/2-7
J.P. Boer, 'Aanpassingen van het APV-regime in het Belastingplan 2017 – de nieuwe toerekeningsstop geanalyseerd', FTV 2017/2-7.

Boer, WFR 2017/229
J.P. Boer, 'De toerekeningsstop en het APV-regime: dubbel genaaid, houdt beter?', WFR 2017/229.

Boer & IJsselmuiden, KWEP 2021/11
J.P. Boer en R.O. IJsselmuiden, 'Toerekening van het vermogen van non-discretionaire doelvermogens en het APV-regime: wie van de drie?', KWEP 2021/11.

Freudenthal, TFO 2010/40
R.M. Freudenthal, 'Het nieuwe APV-regime: 'Zwarte Pieten' met familie en fiscus', TFO 2010/40.

Van Gelderen, Vp-bulletin 2021/43
P.J. van Gelderen, 'De familiestichting en het APV-regime', Vp-bulletin 2021/43.

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

Kooiman, NLF-W 2021/9
W.R. Kooiman, 'Grenzen aan het APV-regime', NLF-W 2021/9.

De Leeuw & Folmer, WFR 2009/1135
A.E. de Leeuw en T.J.P. Folmer, 'Zwevende vermogens voldoende gevangen?', WFR 2009/1135.

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

De Leeuw, WPNR 2013/6995
A.E. de Leeuw, 'Afgezonderd particulier vermogen en (voorkoming van) dubbele belasting', WPNR 2013/6995.

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

Monsma, MBB 2013-4
E.J. Monsma, 'De APV-regeling: introductie van een kameleon zonder speelruimte?', MBB 2013-4.

Overduin & Romyn, *WFR* 2021/12
C. Overduin en M. Romyn, 'Box 3: een fiscale Fyra', WFR 2021/12.

Stevens, WFR 2011/1168
L.G.M. Stevens, 'Fiscaal totaalinkomen en draagkrachtbeginsel anno 2011', WFR 2011/1168.

Verstijnen, MBB 2010/05-02
W. Verstijnen, 'Afgezonderde particuliere vermogens', MBB 2010/05-02.

Jurisprudentie

Hoge Raad der Nederlanden

- HR 22 juli 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9380, *BNB* 1982/42.
- HR 30 oktober 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AC9086, *BNB* 1986/16.
- HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, *BNB* 1999/35.
- HR 18 november 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AA2566, *BNB* 1999/36.
- HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2567, *BNB* 1999/37.
- HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9000.
- HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, *BNB* 2015/152, m.nt. J.P. Boer.
- HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, *FED* 2015/50, m.nt. G.C.D. Grauss.
- HR 19 januari 2018, ECLI:HR:NL:2018:47, BNB 2018/68, mt.nt S.C.W. Douma
- HR 12 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:212, *BNB* 2021/99, m.nt. J.P. Boer.
- HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:367, *BNB* 2021/111*,* m.nt. J.P. Boer.
- HR 26 maart 2021 ECLI:NL:HR:2021:367, *NL-F 2021/0727,* m.nt. W.R. Kooiman.

Gerechtshoven

- Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1353, *V-N* 2019/37.5, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 28 september 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9202, *NLF 2021/2117.*
- Hof Arnhem-Leeuwarden 28 september 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9196, *NLF 2021/2116*, m.nt. A. van Maurik.
- Hof Den Haag 20 oktober 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2071, *VN* 2021/2616.
- Hof Amsterdam 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3596.

Rechtbanken

- Rb. Den Haag 4 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2428, *V-N* 2021/33.2.2

Parlementaire geschiedenis

Kamerstukken en handelingen

- *Kamerstukken ll* 1958/59, 5380, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3.
- *Kamerstukken ll* 1958/59, 5380, nr. 19.
- *Kamerstukken ll* 1998/99, 26 727, nr. A.
- *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2000/01, 27 431, nr. 7.
- *Kamerstukken ll* 2008/09, 27 789, nr. 17.
- *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390 nr. 4.
- *Kamerstukken ll* 2008/09, 31 930, nr. 9.
- *Kamerstukken ll* 2008/09, 31 930, nr. 10.
- *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 13.
- *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. 3.
- *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D.
- *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16.

- *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 14.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 70.
- *Kamerstukken II* 2019/20, nr. 35 496, nr. 2.

Besluiten van de Staatssecretaris van Financiën

- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP/2009/519M, *Stcrt*. 2009, 19749.
- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 december 2009, nr. DGB/2009/735M, *Stcrt.* 2009, 20549.
- Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 september 2013, nr. DGB/2013/22752, *V-N* 2-13/48.11.

Tractatenblad

- Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden, *Trb*. 1985, 141.

Overige

- Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de nota naar aanleiding van het verslag en de nota van wijziging op het wetsvoorstel (31 930) 'Wijziging van de Successiewet 1956 en enig andere belastingwetten (vereenvoudigde bedrijfsopvolgingsregeling en herziening tariefstructuur in de Successiewet 1956, alsmede introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen in de Wet Inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956)' d.d. 4 september 2009.
- G. de Groot & J. Leupen, 'Van Panama tot Pandora: hoezo veranderde tijdgeest?', *Het Financieele Dagblad* 8 oktober 2021.