



## 10 Samenvatting

In dit onderzoek staat de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trustfiguur in het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen centraal.

Het Nederlandse civiele recht is gebaseerd op het Romeinsrechtelijke systeem en is principieel onbekend met de trustfiguur die binnen de common law tot ontwikkeling is gekomen. De grondstructuur van een trustverhouding is dat goederen ('trust res') onder de macht van een trustee worden geplaatst die als 'legal owner' deze goederen beheert ten behoeve van één of meer begunstigten ('beneficiaries'). De onder trustverband gestelde goederen nemen binnen het vermogen van de trustee een 'separate positie' in en worden bijvoorbeeld niet tot het 'eigen vermogen' van de trustee gerekend in het geval van faillissement. De Anglo-Amerikaanse trust bezit geen rechtspersoonlijkheid. Daarentegen leidt de afgescheiden positie van de trustgoederen binnen het vermogen van de trustee wel tot de abstracte zienswijze van een op zichzelf staand 'trustvermogen'.

Ondanks dat de Anglo-Amerikaanse trust 'van nature' niet voorkomt binnen het Nederlandse rechtssysteem, wordt de Nederlandse rechtssfeer steeds vaker geconfronteerd met de trustfiguur. Hierbij komen verschillende vragen van fiscaalrechtelijke aard op. Toepassing van de regels van het Nederlandse belastingrecht op de 'wezensvreemde' Anglo-Amerikaanse trust leidt dan ook op een aantal fronten tot onduidelijkheden. In de uitvoerings-sfeer werd de Anglo-Amerikaanse trust door de fiscus met terughoudendheid tegemoet getreden, omdat 'onbelast zwevend vermogen' zou kunnen worden gecreëerd.

Allereerst komt bij de inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse fiscale stelsel de vraag op naar de fiscale kwalificatie van trustverhoudingen. In dat kader dient te worden vastgesteld of Anglo-Amerikaanse trusts voor toepassing van de Nederlandse inkomsten- en vennootschapsbelasting als fiscaal non-transparante entiteit dan wel als fiscaal transparante entiteit worden beschouwd. Vervolgens dienen de regels van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 te worden toegepast op de Anglo-Amerikaanse trust en de rechtsverhoudingen van de daarbij betrokken personen. Ook daarbij kunnen onduidelijkheden worden onderkend die voortkomen uit het feit dat in de Nederlandse (belasting)wetgeving aanvankelijk onvoldoende rekening is gehouden met doelvermogens, zoals de Anglo-Amerikaanse trust.

De wetgever heeft de onduidelijkheden alsmede de mogelijkheid van constructies met 'onbelast zwevend vermogen' willen wegnemen. Per 1 januari 2010 is een wettelijk kader voor zogeheten 'afgezonderde particuliere vermogens' (hierna: APV-regime) geïntroduceerd. De kern van het APV-regime wordt gevormd door een 'toerekeningsfictie'. Gedurende het leven van de inbrenger wordt het afgezonderde vermogen toegerekend aan de inbrenger en na diens overlijden aan zijn erfgenamen. De oplossingsrichting van het APV-regime staat haaks op de civielrechtelijke werkelijkheid en sluit evenmin aan bij de entiteitsbenadering die ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust uit het Nederlandse fiscale stelsel lijkt te volgen. Naar mijn mening kunnen op grond van het onderzoek naar de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust vraagtekens worden geplaatst bij deze oplos-

singsrichting. Ik heb dan ook onderzocht of inpassing op basis van een entiteitsbenadering niet beter aansluit bij het bestaande Nederlandse fiscale stelsel.

De vragen omtrent de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trusts en de oplossingsrichting die de wetgever heeft gekozen, hebben mij geïnspireerd bij het onderzoek naar de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen.

#### Onderzoeksdoel en onderzoeksvragen

De centrale vraag in het kader van dit onderzoek luidt:

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

Bij het onderzoek naar de inpassing van Anglo-Amerikaanse trusts is uitgegaan van het bestaande Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. In het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen wordt een onderscheid gemaakt tussen de belastingheffing die aangrijpt op het niveau van natuurlijke personen (inkomstenbelasting) en op het niveau van zelfstandige entiteiten (vennootschapsbelasting). Ter beantwoording van de centrale onderzoeksvraag zijn twee deelvragen geformuleerd.

In de eerste plaats dient te worden vastgesteld op welk niveau de belastingheffing aangrijpt in het geval vermogen is afgezonderd in een doelvermogen als de Anglo-Amerikaanse trust. Deze eerste deelvraag betreft de vaststelling van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust op basis van de criteria die worden aangelegd bij de bepaling van de zelfstandigheid van (buitenlandse) rechtsvormen in het Nederlandse fiscale stelsel. De relevante criteria zijn herleid aan de hand van de uitgangspunten die de wetgever heeft gehanteerd bij de opzet van het fiscale stelsel, zoals dat wordt gevormd door de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969. Vervolgens zijn de criteria verwerkt in een toetsingsmodel voor de fiscale kwalificatie van rechtsvormen. Op basis van het kwalificatiemodel is de fiscale kwalificatie van de fixed trust en de discretionary trust onderzocht. Ten aanzien van beide trustvormen is vastgesteld dat deze binnen het Nederlandse fiscale stelsel als non-transparante entiteit worden aangemerkt. De uitkomsten uit het kwalificatiemodel zijn vervolgens vergeleken met de opvattingen omtrent de fiscale kwalificatie van Anglo-Amerikaanse trusts in de rechtspraak en literatuur.

In de tweede plaats is onderzocht welke knelpunten zich voordoen, indien de Anglo-Amerikaanse trust opduikt binnen het Nederlandse fiscale stelsel. Uitgaande van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandige entiteit zijn de knelpunten geanalyseerd die optreden ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust en de daarbij betrokken personen, indien daarop de bepalingen van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 worden toegepast. Hierbij zijn als knelpunten gedefinieerd: (i) gevallen van niet-heffing en dubbele heffing, (ii) inconsistenties in en het ontbreken van wetteksten, (iii) alsmede een verschillende behandeling van economisch vergelijkbare gevallen.

De doelstelling van het onderzoek is om te komen tot een consistente inpassing van doelvermogens in het Nederlandse fiscale stelsel, beoordeeld aan de hand van de Anglo-Amerikaanse trust. Niet alleen kunnen daarmee de fiscale knelpunten worden weggenomen die ten aanzien van Anglo-Amerikaanse trusts zijn gesignaleerd, tevens draagt de fiscale inbedding van Anglo-Amerikaanse trusts bij aan een geaccepteerde gebruikmaking van deze rechtsfiguur. In het onderzoek wordt uiteindelijk op hoofdlijnen een inpassingsvoorstel geformuleerd op basis van een entiteitsbenadering. Daarbij wordt tevens het APV-regime besproken en geanalyseerd. Het APV-regime gaat namelijk uit van een afwijkende

toerekening aan de bij de trust betrokken personen en is daarmee op principiële andere leest geschoeid dan een inpassing op basis van een entiteitsbenadering. Ten slotte worden beide inpassingsvarianten beoordeeld aan de hand van een toetsingskader dat een concrete invulling geeft van de rechtswaarden: rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en doelmatigheid.

#### Opbouw van het onderzoek

Het onderzoek bestaat uit drie onderdelen:

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

In deel I (hoofdstukken 2 t/m 5) wordt een toetsingsmodel ontwikkeld aan de hand van de uitgangspunten die zijn gehanteerd bij de onderverdeling van rechtsfiguren in transparante en non-transparante entiteiten in het Nederlandse fiscale stelsel. Het kwalificatiemodel dient als instrument voor de beoordeling van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel (deelvraag 1). Hoofdstuk 2 bevat een beschrijving van de opzet van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. In hoofdstuk 3 wordt de theoretische achtergrond van het leerstuk van de fiscale kwalificatie ontleed. Vervolgens worden in hoofdstuk 4 de criteria voor de vaststelling van de fiscale kwalificatie van rechtsvormen als zelfstandige entiteit ontleend aan de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur met betrekking tot de vennootschapsbelasting. Deze benadering wordt de 'vennootschapsbelastingdimensie' van het kwalificatielerstuk genoemd. In hoofdstuk 5 wordt beoordeeld in welke gevallen toerekening van vermogen en inkomen aan een achterliggend subject mogelijk is, indien een rechtsvorm de oorspronkelijke relatie van het subject tot het achterliggende object doorkruist. De vraag naar de mogelijkheid van toerekening van inkomen en vermogen aan de achterliggende betrokkenen wordt de 'inkomstenbelastingdimensie' van het kwalificatievraagstuk genoemd.

In deel II (hoofdstuk 6) is een beschouwing opgenomen van het Anglo-Amerikaanse civiele trustrecht. Deze uiteenzetting is noodzakelijk voor het verdere onderzoek naar de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust als rechtsverhouding en daarmee ook voor de inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse fiscale stelsel.

In deel III (hoofdstukken 7 t/m 9) wordt aan de hand van het ontwikkelde kwalificatiemodel onderzocht of de Anglo-Amerikaanse trust als (non-)transparante entiteit dient te worden benaderd. In hoofdstuk 7 wordt daartoe eerst ingegaan op de fiscale erkenning van een trustverhouding. In dat hoofdstuk staat de vraag centraal op welke wijze binnen het Nederlandse belastingrecht rekening wordt gehouden met het bestaan van een vreemdrechtelijke rechtsfiguur als de Anglo-Amerikaanse trust. Hoofdstuk 8 bestaat uit de beoordeling van de fiscale kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust aan de hand van het toetsingsmodel. Vervolgens wordt de uitkomst daarvan vergeleken met de opvattingen uit de rechtspraak en literatuur.

In hoofdstuk 9 worden de knelpunten in de Wet IB 2001 en Wet Vpb. 1969 onderzocht bij een confrontatie van de Anglo-Amerikaanse trust met het Nederlandse fiscale stelsel. Uitgaande van de wens om de vastgestelde knelpunten op een evenwichtige wijze binnen het bestaande fiscale stelsel weg te nemen, wordt een voorstel ontwikkeld tot inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust op basis van een entiteitsbenadering. Vervolgens wordt het per 1 januari 2010 ingevoerde APV-regime geanalyseerd. Beide inpassingsvarianten zijn vervolgens ten opzichte van elkaar beoordeeld.

#### Samenvatting van het kwalificatiemodel

Het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen is vormgegeven als een subjectgericht stelsel. De hoedanigheid van het subject is met andere woorden bepalend voor de plaatsing van een inkomst in de sfeer van de inkomsten- dan wel de vennootschapsbelasting. Het subject fungeert niet alleen als aangrijpingspunt voor de belastingheffing, maar tevens als 'toerekeningscentrum' voor het vermogen en inkomen. Op deze wijze wordt de afbakening tussen de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 vormgegeven.

Anders dan in de inkomstenbelasting, is de aanwijzing van rechtssubjecten in de vennootschapsbelasting ('lichamen') niet eenduidig. Naast rechtspersonen, kunnen ook niet-rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvormen een non-transparante entiteit zijn. Hierdoor is ook de afbakening tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting niet scherp te maken. Het kan echter worden aangenomen dat de inkomsten- en vennootschapsbelasting complementair zijn ten opzichte van elkaar en bijvoorbeeld geen overlap vertonen en evenmin tot 'blank spots' leiden.

De aanwijzing van een rechtsvorm als 'zelfstandige entiteit' is als de kern van het kwalificatielerstuk te beschouwen. Het kwalificatielerstuk is nader ontleed aan de hand van het denkbeeld van 'juridische intermediaties'. Hieruit volgt dat een rechtsfiguur een onderbreking tot gevolg kan hebben op de lijn tussen het subject en object. Indien de lijn tussen het oorspronkelijke subject en het oorspronkelijke object wordt verstoord, kan sprake zijn van non-transparantie. Deze beoordeling kan plaatsvinden door de tussengekomen rechtsvorm te beoordelen (de 'vennootschapsbelastingdimensie'), dan wel door de gerechtigdheid van het subject tot het oorspronkelijke object te analyseren (de 'inkomstenbelastingdimensie').

De criteria die in het Nederlandse belastingrecht worden aangelegd om de fiscale (non-)transparantie van een rechtsvorm te bepalen, zijn primair vastgesteld aan de hand van de doelstellingen van de wetgever bij de vormgeving van het fiscale stelsel. Vervolgens is beoordeeld op welke wijze deze criteria in de beleidsbesluiten, de rechtspraak en de literatuur zijn geëvolueerd. Voorts is op basis van de inkomstenbelastingdimensie onderzocht welke gerechtigdheid van het subject tot het object meebrengt dat de inkomsten uit het vermogen aan hem worden toegerekend. Op die wijze is een controle uitgevoerd op de criteria die zijn afgeleid uit de vennootschapsbelastingdimensie.

#### Toetsingsmodel voor de kwalificatie van rechtsvormen

Op basis van de eerder beschreven analyse is een algemeen toetsingsmodel opgesteld voor de kwalificatie van rechtsvormen, waaronder doelvermogens:

(1) zonder een daartoe strekkend '*uitdelingsbesluit*' heeft geen enkel persoon een gerechtigdheid tot het achterliggende vermogen/inkomen verkregen.

Bij het ontbreken van iedere gerechtigdheid van de bij de rechtsvorm betrokken personen is de rechtsvorm als non-transparant aan te merken. Indien de achterliggende betrokkenen wel een gerechtigdheid hebben, dient te worden beoordeeld of de resultaten voor hun rekening en risico komen. De resultaten komen niet voor rekening en risico van de achterliggende betrokkenen, indien de intermediatie tot gevolg heeft dat:

(2a) niet de achterliggende gerechtigden, maar de rechtsfiguur zelve de *civielrechtelijke eigendom* van de vermogensbestanddelen bezit; en

(2b) de achterliggende gerechtigden vanwege hun betrokkenheid bij de rechtsvorm niet verder *aansprakelijk* zijn dan tot het bedrag van hun inleg.



#### Samenvatting van het kwalificatiemodel

Het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen is vormgegeven als een subjectgericht stelsel. De hoedanigheid van het subject is met andere woorden bepalend voor de plaatsing van een inkomst in de sfeer van de inkomsten- dan wel de vennootschapsbelasting. Het subject fungeert niet alleen als aangrijpingspunt voor de belastingheffing, maar tevens als 'toerekeningscentrum' voor het vermogen en inkomen. Op deze wijze wordt de afbakening tussen de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 vormgegeven.

Anders dan in de inkomstenbelasting, is de aanwijzing van rechtssubjecten in de vennootschapsbelasting ('lichamen') niet eenduidig. Naast rechtspersonen, kunnen ook niet-rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvormen een non-transparante entiteit zijn. Hierdoor is ook de afbakening tussen de inkomsten- en vennootschapsbelasting niet scherp te maken. Het kan echter worden aangenomen dat de inkomsten- en vennootschapsbelasting complementair zijn ten opzichte van elkaar en bijvoorbeeld geen overlap vertonen en evenmin tot 'blank spots' leiden.

De aanwijzing van een rechtsvorm als 'zelfstandige entiteit' is als de kern van het kwalificatielerstuk te beschouwen. Het kwalificatielerstuk is nader ontleed aan de hand van het denkbeeld van 'juridische intermediaties'. Hieruit volgt dat een rechtsfiguur een onderbreking tot gevolg kan hebben op de lijn tussen het subject en object. Indien de lijn tussen het oorspronkelijke subject en het oorspronkelijke object wordt verstoord, kan sprake zijn van non-transparantie. Deze beoordeling kan plaatsvinden door de tussgekomen rechtsvorm te beoordelen (de 'vennootschapsbelastingdimensie'), dan wel door de gerechtigdheid van het subject tot het oorspronkelijke object te analyseren (de 'inkomstenbelastingdimensie').

De criteria die in het Nederlandse belastingrecht worden aangelegd om de fiscale (non-)transparantie van een rechtsvorm te bepalen, zijn primair vastgesteld aan de hand van de doelstellingen van de wetgever bij de vormgeving van het fiscale stelsel. Vervolgens is beoordeeld op welke wijze deze criteria in de beleidsbeshuiten, de rechtspraak en de literatuur zijn geëvolueerd. Voorts is op basis van de inkomstenbelastingdimensie onderzocht welke gerechtigdheid van het subject tot het object meebrengt dat de inkomsten uit het vermogen aan hem worden toegerekend. Op die wijze is een controle uitgevoerd op de criteria die zijn afgeleid uit de vennootschapsbelastingdimensie.

#### Toetsingsmodel voor de kwalificatie van rechtsvormen

Op basis van de eerder beschreven analyse is een algemeen toetsingsmodel opgesteld voor de kwalificatie van rechtsvormen, waaronder doelvermogens:

(1) zonder een daartoe strekkend *'uitdelingsbesluit'* heeft geen enkel persoon een gerechtigdheid tot het achterliggende vermogen/inkomen verkregen.

Bij het ontbreken van iedere gerechtigdheid van de bij de rechtsvorm betrokken personen is de rechtsvorm als non-transparant aan te merken. Indien de achterliggende betrokkenen wel een gerechtigdheid hebben, dient te worden beoordeeld of de resultaten voor hun rekening en risico komen. De resultaten komen niet voor rekening en risico van de achterliggende betrokkenen, indien de intermediatie tot gevolg heeft dat:

(2a) niet de achterliggende gerechtigden, maar de rechtsfiguur zelve de *civilrechtelijke eigendom* van de vermogensbestanddelen bezit; en

(2b) de achterliggende gerechtigden vanwege hun betrokkenheid bij de rechtsvorm niet verder *aansprakelijk* zijn dan tot het bedrag van hun inleg.

De voorwaarden geven het idee van 'klassieke rechtspersoonlijkheid' weer. De rechtsfiguur die tot gevolg heeft dat de eigendom op naam staat van de rechtsvorm, althans niet op naam van de achterliggende gerechtigden én meebrengt dat de aansprakelijkheid wordt beperkt, is een non-transparante entiteit. De aard van de entiteit als 'kapitaalvenootschap' is hierbij van ondergeschikt belang.

In het geval de resultaten wel voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen, is de rechtsfiguur in beginsel fiscaal transparant. In dat geval is alsnog sprake van non-transparantie, indien:

(3) *vrije toe- en uitbreiding* ten aanzien van deze rechtsfiguur mogelijk is in de zin van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR.

In dat geval is sprake van een 'open rechtsvorm' die als een zelfstandige entiteit kan worden aangemerkt. De gerechtigdheid van andere subjecten tot de open rechtsvorm heeft doorgaans de kenmerken van een 'aandeel', dan wel wordt daarmee bij wijze van wetsfictie met een aandeel gelijk gesteld.

Indien de Anglo-Amerikaanse trust – aan de hand van diens civielrechtelijke kenmerken – wordt getoetst aan het kwalificatiemodel, kan worden vastgesteld dat de discretionary trust en de fixed trust voor toepassing van het Nederlandse fiscale stelsel in beginsel een non-transparante entiteit vormen. De rechtspraak en literatuur bevestigen deze conclusie ten aanzien van de discretionary trust. Ook voor fixed trusts kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat een gerechtigdheid is ontstaan ten opzichte van 'de trust' als non-transparante entiteit. De opvattingen in de literatuur zijn niet volledig eensgezind. Ten aanzien van de 'revocable trust', die door de settlor kan worden herroepen, is geconcludeerd dat het herroepingsrecht niet meebrengt dat de trust als transparant wordt beschouwd. Ook in de jurisprudentie is de 'fiscale transparantie' van een revocable trust nog niet aangenomen. Daarentegen is in de literatuur wel opgemerkt dat het in een revocable trust afgezonderde vermogen moet worden geacht deel uit te blijven maken van het vermogen van de settlor.

#### **Knelpunten bij confrontatie met de Anglo-Amerikaanse trust**

Bij een confrontatie van het Nederlandse belastingstelsel met de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandige entiteit, kunnen verschillende knelpunten worden onderkend ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust als rechtssubject enerzijds en ten aanzien van de daarbij betrokken personen anderzijds. De volgende knelpunten zijn gesignaleerd:

#### *Knelpunten ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust in de Wet Vpb 1969*

##### **Binnenlandse belastingplicht**

- Voor de categorie 'doelvermogens', waartoe de Anglo-Amerikaanse trust kan worden gerekend, ontbreekt binnenlandse belastingplicht. Hierdoor kunnen in Nederland gevestigde Anglo-Amerikaanse trusts niet in de belastingheffing worden betrokken en ontstaat een heffingsvacuüm.
- Indien binnenlandse belastingplicht van trusts zou worden aangenomen, is niet duidelijk waartoe de objectieve belastingplicht zich dient uit te strekken. Dient in dat geval uitsluitend belasting te worden geheven, indien de Anglo-Amerikaanse trust een onderneming drijft, of dient ook bij de aanwezigheid van uitsluitend beleggingsinkomsten belastingheffing plaats te vinden?

##### **Buitenlandse belastingplicht**

- Als gevolg van het ontbreken van binnenlandse belastingplicht voor doelvermogens is de buitenlandse belastingplicht van Anglo-Amerikaanse trusts niet gegarandeerd. In dat geval zouden buitenlandse trusts immers ongelijk worden behandeld ten opzichte van 'Nederlandse trusts'.

- Het object van heffing voor de buitenlandse belastingplicht van Anglo-Amerikaanse trusts is aanmerkelijk ruimer geformuleerd dan de objectieve belastingplicht in binnenlandse verhoudingen van rechtsvormen die voor wat betreft de civielrechtelijke structuur het meest op doelvermogens lijken ('stichtingen'). Ook hier bestaat een ongelijke behandeling van in het binnenland en in het buitenland gevestigde doelvermogens.

#### *Knelpunten ten aanzien van de bij de trust betrokken personen in de Wet IB 2001*

##### *Knelpunten ten aanzien van de settlor*

- Indien aanmerkelijkbelangaandelen onder trustverband worden geplaatst door middel van een 'declaration of trust' is niet duidelijk of een (fictieve) vervreemding kan worden aangenomen. Naar mijn mening dient art. 4.16, lid 1, onderdeel g, Wet IB 2001 evenwel van toepassing te zijn, maar de tekst is niet volledig duidelijk.
- Bij het onder trustverband stellen van een aanmerkelijkbelangpakket sluit de bestaande wettekst van art. 4.22, lid 1, Wet IB 2001 ('overeenkomst') onvoldoende aan bij trustgevallen om de correctieregel zonder meer toe te kunnen passen. Hiertoe zou een overdracht die niet tegen een waarde in het economische verkeer plaatsvindt niet kunnen worden gecorrigeerd.
- Het is niet duidelijk of ten aanzien van een settlor die zich mengt in het door de trustee gevoerde beleid een 'vermogensrecht' kan worden aangenomen in de zin van art. 5.3, lid 2, onderdeel f, Wet IB 2001. De veronderstelde beschikkingsmacht van de settlor leidt tot veel discussies in de rechtspraak.
- Onduidelijk is welke waarde in het economische verkeer aan een 'power to revoke' dient te worden toegekend, indien de power to revoke als 'herroepingsrecht' wordt aangemerkt.

##### *Knelpunten ten aanzien van de trustee/protector*

- Ten aanzien van de trustee en protector doen zich eigenlijk geen knelpunten voor. De trustee en protector hebben geen economisch belang bij de trustgoederen en ontvangen uitsluitend voor hun werkzaamheden een vergoeding die als winst uit onderneming of als resultaat uit overige werkzaamheden kan worden belast.

##### *Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een fixed trust (box 1)*

- Onduidelijk is in welke gevallen een recht op uitkeringen uit een trust leidt tot een periodieke uitkering in verband met de toepassing van het overgangsrecht (art. I, onderdeel O, Inv. Wet IB 2001). Als het overgangsrecht van toepassing zou zijn, wordt de uitkering in box 1 belast.
- Indien een 'p.u.' kan worden aangenomen, lijkt toepassing van het overgangsrecht niet zonder meer mogelijk. De wettekst sluit niet aan op de uitkeringen uit een trust ('premie' en 'overeenkomst') en is bij letterlijke lezing niet van toepassing.
- Naar de ratio van de regeling beoordeeld, lijkt toepassing van het overgangsrecht ten aanzien van uitkeringen uit een trust evenmin aan de orde. De saldomethode die geldt ten aanzien van periodieke uitkeringen is immers een rekenmethode en zegt eigenlijk niets over het karakter van de uitkeringen als inkomen.
- Mocht het overgangsrecht van toepassing zijn, dan kan de waarde van de 'prestatie' niet altijd worden bepaald. Hierdoor is niet duidelijk welk gedeelte van de uitkeringen in box 1 dient te worden belast.

##### *Knelpunten ten aanzien van beneficiaries van een fixed trust (box 2)*

- De gerechtigdheid van een beneficiary kan niet worden aangemerkt als 'aandeel', waardoor de aanmerkelijkbelangregeling niet van toepassing is op trustaanspraken.
- De definitie van het begrip 'genotsrecht' in art. 4.3 Wet IB 2001 is onduidelijk en ten aanzien van de rechten van een beneficiary niet goed toepasbaar.
- Inpassing van 'future interests' van een beneficiary is binnen de opzet van het aanmerkelijkbelangregime niet goed mogelijk.

Knelpunten ten aanzien van beneficiarissen van een fixed trust (box 3)

- De indeling van de rechten *sui generis* die beneficiarissen aan een fixed trust kunnen ontleenen, is doorgaans niet goed te maken. Hierdoor kan niet worden vastgesteld of voor de waardering van trustaanspraken in box 3 de waarderingsregels dienen te worden gehanteerd ten aanzien van: (i) een vermogensrechtelijke p.u., (ii) een genotsrecht of (iii) een overig vermogensrecht.
- Als vaststaat dat de waardering dient plaats te vinden naar de waarde in het economische verkeer ex art. 5.19, lid 1 en 2, Wet IB 2001 kan onduidelijkheid bestaan omtrent de eventuele waarde die aan 'formele bevoegdheden' kan worden toegekend. Hierdoor kan de waardering van trustaanspraken tot discussies leiden.
- De waardering van trustaanspraken kan zeer complex zijn, mede als gevolg van de voorwaarden die aan een recht *sui generis* kunnen zijn verbonden. In dat geval dienen hulpmethoden, zoals de inbreukregel, te worden ingeroepen om tot een waardebepaling te komen.

Knelpunten ten aanzien van beneficiarissen van een discretionary trust (box 1)

- Indien een p.u. afkomstig is van een discretionary trust kan art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001 niet worden toegepast, omdat een discretionary trust geen rechtspersoon is. Naar de achtergrond lijkt deze bepaling daarentegen wel bedoeld te zijn voor uitkeringen uit doelvermogens.

Knelpunten ten aanzien van beneficiarissen van een discretionary trust (box 3)

- In theorie vormt de afwezigheid van een 'kanaal' bij discretionary trusts op zichzelf geen knelpunt. De afwezigheid van een gerechtigdheid brengt mee dat de beneficiarissen niet in de belastingheffing kunnen worden begrepen. Het in de discretionary trust ondergebrachte vermogen wordt dan ook niet (indirect) in Nederland in de heffing betrokken. De wetgever spreekt in deze gevallen evenwel van een 'onbelast zwevend vermogen' en acht deze situatie onwenselijk.
- Het belangrijkste knelpunt met betrekking tot de discretionary trust is in wezen van bewijstechnische aard en betreft de vraag of een beneficiary niettegenstaande de juridische vormgeving een afdwingbaar 'vermogensrecht' kan ontlenen aan de trustverhouding. Als gevolg hiervan ontstaan veelvuldig discussies in de rechtspraak.

De genoemde knelpunten kennen drie oorzaken. In de eerste plaats is bij de redactie van wetteksten onvoldoende rekening gehouden met de specifieke civielrechtelijke structuur van Anglo-Amerikaanse trusts. In de tweede plaats ontstaan binnen het Nederlandse fiscale stelsel knelpunten als gevolg van het ontbreken van een 'kanaal' tussen de Anglo-Amerikaanse trust en de daarbij betrokken personen. Aangezien de Anglo-Amerikaanse trust zelf niet in de (Nederlandse) heffing wordt begrepen, kan het afgezonderde vermogen niet in de heffing worden begrepen. In de derde plaats kan de beoordeling van de rechten *sui generis* tot knelpunten leiden. Zowel de inhoudelijke beoordeling van de aard van de gerechtigdheid als de vaststelling van de waarde van de gerechtigdheid is niet goed te bepalen.

#### Inpassingsvoorstel van de Anglo-Amerikaanse trust

##### *Inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering*

De Anglo-Amerikaanse trust wordt binnen het Nederlandse fiscale stelsel als non-transparante entiteit aangemerkt. Uitgaande van deze entiteitsbenadering is onderzocht welke alternatieven bestaan om de gesignaleerde knelpunten ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust op evenwichtige wijze weg te nemen. Hierbij zijn drie verschillende inpassingsvoorstellen op hoofdlijnen beschreven en beoordeeld. In de eerste plaats is een inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust als zelfstandig doelvermogen in de Wet Vpb 1969 onderzocht. Vervolgens is nagegaan of de trust kan worden ingepast binnen de kaders van de Wet IB 2001. Ten derde is een geheel eigen regime voor doelvermogens besproken.

Vervolgens is geconcludeerd dat een entiteitsbenadering ten aanzien van de Anglo-Amerikaanse trust tot gevolg heeft dat vestigingsplaatsficties dienen te worden opgenomen om de Nederlandse fiscale jurisdictie uit te breiden. De feitelijke leiding van de trust is doorgaans immers in het buitenland gelegen. In dat geval zijn vestigingsplaatsficties noodzakelijk om een Nederlands heffingsrecht te creëren. Aan de hand van buitenlandse equivalenten en voorstellen in de literatuur is een aantal vestigingsplaatsficties voorgesteld. Voor de vestigingsplaatsficties is aangeknoopt bij de woonplaats van de inbrenger gedurende diens leven. Na diens overlijden wordt het doelvermogen geacht nog dertig jaren in Nederland te zijn gevestigd. Daarnaast is een generieke vangnetbepaling voorgesteld die aanknoopt bij de woonplaats van de erfgenamen/potentiële begunstigten.

Uiteindelijk is een inpassingsvoorstel opgesteld op basis van een entiteitsbenadering dat neerkomt op een combinatie van de drie eerder besproken inpassingsvarianten. Het voorgestelde regime gaat uit van een eigen regime voor doelvermogens binnen de Wet Vpb 1969, waarbij de grondslagen overeenkomstig de Wet IB 2001 worden vastgesteld. Voordeel van deze benadering is dat de belangrijkste knelpunten kunnen worden weggenomen en belasting terechtkomt op het niveau van de entiteit. De belastinglast komt daarmee indirect ten laste van de beneficiaries die ook een uitkering verkrijgen. Het inpassingsvoorstel heeft niet alleen als voordeel dat wordt aangesloten bij de kwalificatie die binnen het Nederlandse fiscale stelsel wordt toegekend aan de Anglo-Amerikaanse trust, maar tevens wordt op deze wijze een gelijke behandeling tussen afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen bereikt. Belangrijkste nadeel is evenwel dat complexe(re) wetgeving is vereist en dat een toevlucht moet worden genomen tot verschillende vestigingsplaatsficties.

#### *Het APV-regime*

Op 1 januari 2010 is het APV-regime ingevoerd met als doelstelling de knelpunten met betrekking tot de aanwezigheid van 'onbelast zwevend vermogen' weg te nemen. De systematiek van het APV-regime is gebaseerd op een afwijkende toerekening van het onder trustverband gestelde vermogen. Anders dan volgt uit de kwalificatieregels van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen, wordt het APV als 'entiteit' geëigend en niet als 'toerekeningscentrum' aangemerkt ten aanzien van het onder trustverband gestelde vermogen en het daaruit afkomstige inkomen. In plaats daarvan wordt het onder trustverband gestelde vermogen en het daaruit afkomstige inkomen gedurende zijn leven toegerekend aan de inbrenger. Het APV-regime gaat daarmee volledig voorbij aan de civielrechtelijke werkelijkheid en brengt een belastingheffing tot stand die tot gevolg heeft dat personen worden belast voor inkomen en vermogen dat zij niet bezitten en misschien wel nooit zullen bezitten.

Het APV-regime is geanalyseerd en beoordeeld ten opzichte van de doelstellingen van de wetgever. De doelstelling om 'onbelast zwevend vermogen' tegen te gaan is bereikt door middel van de zogeheten 'toerekeningsfictie'. Daarentegen is de doelstelling om afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen zo veel mogelijk gelijk te behandelen niet bereikt. Belangrijkste oorzaak daarbij is dat de toerekeningsfictie niet geldt indien het APV aan reële heffing is onderworpen. In dat geval wordt het APV wel als entiteit benaderd en ontstaan aanzienlijke verschillen ten opzichte van niet-afgezonderd vermogen. Uit de analyse van het APV-regime kunnen de volgende conclusies worden getrokken ten aanzien van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969:

#### *Wet IB 2001*

- De toerekeningsfictie heeft tot gevolg dat het bestaan van de Anglo-Amerikaanse trust feitelijk wordt weggedacht.
- De 'toerekeningsfictie' van art. 2.14a Wet IB 2001 leidt tot een uitbreiding van de Nederlandse fiscale jurisdictie.

- De toerekening van het afgezonderde vermogen aan de inbrenger en erfgenamen vindt 'unsonst' plaats en komt in strijd met het draagkrachtbeginsel.
- De wettekst bevat veel open omschrijvingen die de rechtszekerheid niet bevorderen.
- Het onderscheid tussen onderworpen en niet-onderworpen APV's leidt tot een 'duale benadering', waarbij een ongelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen het gevolg is van de toerekeningsstop bij onderworpen APV's.
- De toepassing van het APV-regime op fixed trusts leidt tot verschillende onduidelijkheden.
- De toerekening aan de inbrenger/erfgenamen is niet gelijk te stellen met fiscale transparantie van de trust, waardoor binnen het APV-regime de non-transparantie van de trust als entiteit op diverse punten complicaties oplevert.
- De knelpunten met betrekking tot de inhoudelijke beoordeling van het recht *sui generis* van beneficiaries zijn niet weggenomen.

#### Wet Vpb 1969

- De fiscale non-transparantie van en toerekening aan het APV blijven het uitgangspunt voor toepassing van de Wet Vpb 1969.
- De doorwerking van het APV-regime naar de Wet Vpb 1969 is zeer beperkt ten aanzien van niet-onderworpen APV's.
- Bij het onderworpen APV kan een ongelijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen ontstaan als gevolg van de verschillende grondslagen in de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 en het ontbreken van een 'kanaal' ten aanzien van de bij het APV betrokken personen.

#### Beoordeling inpassingsvoorstellen en aanbevelingen

Het inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering en het APV-regime zijn met elkaar vergeleken op basis van het toetsingskader dat is opgesteld aan de hand van de beginselen rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en doelmatigheid. Deze beginselen zijn 'geoperationaliseerd' ten behoeve van het onderzoek. Aan de hand van deze beoordeling zijn de volgende conclusies getrokken.

Bij een inpassing op basis van een entiteitsbenadering, waarbij de heffingsgrondslag van het doelvermogen wordt bepaald overeenkomstig de bepalingen van de Wet IB 2001 kan worden bereikt dat de fiscale behandeling van afgezonderd particulier vermogen zo veel mogelijk overeenkomt met die van niet-afgezonderd particulier vermogen. Deze gelijkstelling is ook met het APV-regime nagestreefd, maar deze doelstelling wordt in verschillende gevallen niet bereikt.

Belangrijk voordeel van een inpassing op basis van een entiteitsbenadering is dat de belasting die door de Anglo-Amerikaanse trust verschuldigd is in economische zin ook ten laste van de uiteindelijke begunstigde komt. Hiermee wordt een belangrijke verbetering aangebracht ten opzichte van het APV-regime. Binnen het APV-regime is gekozen voor een andere benadering, te weten toerekening aan de inbrenger gedurende leven en na zijn overlijden aan diens erfgenamen. Het APV-regime heeft daarmee als belangrijk nadeel dat volledig wordt geabstraheerd van de civielrechtelijke werkelijkheid en de economische realiteit. Degenen die de belasting dienen te betalen beschikken niet over het vermogen waarvoor zij worden aangeslagen.

Tegelijkertijd heeft het abstraheren van de civielrechtelijke werkelijkheid binnen het APV-regime ook belangrijke voordelen. Het stelt de wetgever in staat om het probleem van het 'onbelast zwevend vermogen' op robuuste wijze op te lossen met behulp van relatief eenvoudige wetgeving. Het is echter een oplossing die ontstaat door het probleem te negeren, waarbij een aanzienlijke mate van 'overkill' wordt geaccepteerd. De Anglo-Amerikaanse trust bestaat immers nog steeds in civielrechtelijke zin, zodat de heffing op het verkeerde niveau terecht komt en ook voor de invordering van de belasting vaak zal moe-

ten worden uitgeweken naar het doelvermogen. Hiermee wordt dan in wezen hetzelfde bereikt als bij een entiteitsbenadering, hetgeen de juistheid van die benadering onderstreept.

Het APV-regime bevat veel open normen en slecht afgebakende begrippen die tot rechts-onzekerheid leiden. Gedeeltelijk is het gebruik daarvan niet te voorkomen en zou ook binnen een entiteitsbenadering noodzakelijk zijn. Daarentegen kan worden geconcludeerd dat de wergever op deze wijze in veel gevallen de bewijstechnische problemen in de richting van de belastingplichtige heeft verschoven.

Voorts kan worden opgemerkt dat de toerekening binnen het APV-regime niet gelijk te stellen is met 'fiscale transparantie'. De vermogensbestanddelen en inkomsten worden als zodanig toegerekend aan de inbrenger/erfgenamen. De beneficiaries houden daarentegen een juridisch afdwingbaar recht jegens de trust(ee). Als gevolg daarvan ontbreekt de fiscale transparantie in de richting van de beneficiary, zodat de aard, omvang en het genietingsmoment kunnen afwijken ten opzichte van oorspronkelijke inkomsten. Op dat punt is de principiële non-transparantie van de Anglo-Amerikaanse trust nog steeds voelbaar.

Daarentegen kunnen ook enkele nadelen worden onderkend bij een inpassing op basis van de door mij voorgestelde entiteitsbenadering. Als belangrijkste nadelen van een entiteitsbenadering zijn te noemen: (i) dat meer gedetailleerde wetgeving noodzakelijk is en (ii) dat het aangrijpingspunt voor de belastingheffing op basis van vestigingsplaatsficties dient te worden vastgesteld. Tevens dienen enkele politieke keuzes te worden gemaakt ten aanzien van de tarieven en faciliteiten voor particuliere doelvermogens.

De noodzaak van meer gedetailleerde wetgeving betekent weliswaar een verslechtering in termen van eenvoud en efficiency, maar kan wel leiden tot een verbetering ten opzichte van het huidige APV-regime.

Ten aanzien van de vestigingsplaatsficties, die overigens ook in andere landen worden gehanteerd, kan worden opgemerkt dat deze zo nodig nog ruimer kunnen worden gereedgemaakt om de band met de Nederlandse fiscale jurisdictie tot uitdrukking te brengen. Indien buitenlandse belasting wordt voorkomen en buitenlands vermogen buiten de grondslag wordt gehouden, ontstaat een evenwichtig systeem. Voorts dient Nederland een voorbehoud te maken bij art. 4, lid 1, van het OESO-Modelverdrag ten aanzien van particuliere doelvermogens.

Op grond van voorgaande beschouwing kom ik tot de conclusie dat een inpassing op basis van een entiteitsbenadering het meest in overeenstemming zou zijn met het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van winst en inkomen. Hierbij zouden de grondslagen overeenkomstig de Wet IB 2001 dienen te worden bepaald en zou een separaat regime voor de SW 1956 dienen te worden ontwikkeld.

Aangezien het niet aannemelijk is dat het per 1 januari 2010 ingevoerde APV-regime op korte termijn wordt vervangen door een heffing op basis van een entiteitsbenadering, heb ik enkele suggesties gedaan die in het kader van het bestaande APV-regime kunnen worden meegenomen. Een selectie van de belangrijkste aanbevelingen heb ik hierna opgenomen.

#### *Aanbevelingen ter verbetering van het APV-regime*

Ten aanzien van de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969

1. De verschuldigde belasting die op basis van het APV-regime is vastgesteld, dient in eerste instantie te worden ingevorderd bij het doelvermogen. Hiertoe dient de aanslag die is vastgesteld op grond van het APV-regime ten aanzien van de inbrenger/erfgenamen ten name van de trust(ee) te worden gesteld.

2. Ten aanzien van erfgenamen kan een teruggaafregeling worden ontwikkeld ten aanzien van die gevallen waarin uiteindelijk geen of een lagere verkrijging heeft plaatsgevonden bij de erfgenamen dan waarvoor zij zijn belast.
3. De gevolgen van het ontbreken van 'fiscale transparantie' binnen het APV-regime dienen te worden verduidelijkt in een besluit. Hierbij dient in het bijzonder te worden ingegaan op de positie van de fixed trust.
4. Ten aanzien van de vaststelling van de aard en omvang van de rechten *sui generis* van beneficiaries dienen bewijsregels te worden opgesteld.
5. De restcategorie 'doelvermogens' dient ook voor de binnenlandse belastingplicht te worden opgenomen in art. 2 Wet Vpb 1969.
6. Het APV-regime dient in de sfeer van de Wet Vpb 1969 integraal te worden doorgevoerd, waarbij rekening dient te worden gehouden met het verschil tussen 'fiscale transparantie' en 'toerekening'.
7. De regeling voor het onderworpen APV dient te worden vervangen door een systeem waarbij een volledige credit wordt verleend.

Ten aanzien van de SW 1956

8. De verschuldigde belasting dient eerst te worden ingevorderd bij het doelvermogen. Hiertoe dient de aanslag die is vastgesteld op grond van het APV-regime ten aanzien van de erfgenamen ten name van de trust(ee) te worden gesteld.
9. De aanslagen erfbelasting kunnen worden vervangen door conserverende aanslagen, waarbij rentedragend uitstel van betaling wordt verleend onder het stellen van zekerheid.
10. Ten aanzien van de erfbelasting kan een teruggaafregeling worden ontwikkeld ten aanzien van die gevallen waarin uiteindelijk geen of een lagere verkrijging heeft plaatsgevonden bij de erfgenamen.
11. Bij overlijden van de inbrenger kan een belaste verkrijging door het doelvermogen worden aangenomen tegen het tarief voor niet-verwanten. De verschuldigde heffing zou in dat geval ten laste van het doelvermogen kunnen worden ingevorderd, zonder dat de erfgenamen eerst aangesproken zouden worden.
12. Voorts kan - naar buitenlands voorbeeld - een aanvullende periodieke heffing worden ontworpen ten laste van het doelvermogen ter compensatie van gemiste erfbelasting.

Ten slotte is - meer in zijn algemeenheid - geconcludeerd dat na de invoering van het APV-regime de civielrechtelijke mogelijkheden voor de introductie van een 'Nederlandse familiestichting' opnieuw behoren te worden onderzocht. Indien het APV-regime wordt verbeterd aan de hand van de genoemde suggesties en een evenwichtig systeem ontstaat voor de inpassing van doelvermogens, behoeft het fiscale recht niet langer als belemmering te worden ervaren voor de introductie van een Nederlandse familiestichting.