

De reikwijdte van het APV regime

Het mysterie ontrafeld?

mr. dr. I. A. Koele

De Hoge Raad heeft op 10 april 2015¹ een arrest gewezen over de reikwijdte van het APV regime, waarmee zij evenzeer vragen oproept als beantwoordt. Het belang van de met het arrest gemoeide problematiek voor de internationale estate planningspraktijk kan nauwelijks worden overschat.

De casus betreft een oudere Nederlander, gehuwd met een Amerikaanse, die in 1999 een dochter krijgt in Nederland. Hij emigreert in 2001 naar de Verenigde Staten, maar vóór zijn vertrek, in december 2000, creëert hij bij wijze van pre-immigration planning als Settlor een trust naar het recht van New York ten behoeve van zijn dochter, belanghebbende in de procedure. Enig trustee van de Trust is zijn vrouw, moeder van belanghebbende. Eveneens in december brengt de Settlor participaties in een beleggingsfonds in de Trust ter waarde van (afgerond) f2.380.000 en in januari 2001 worden nogmaals door de Settlor participaties in het beleggingsfonds in de Trust ingebracht ter waarde van (afgerond) f 116.500.000. Als de APV wetgeving in werking treedt op 1 januari 2010, is de tienjaars-termijn van artikel 3 Successiewet nog niet uitgewerkt.

De meest wezenlijke bepalingen van de Trust Deed luiden als volgt:

Article II

The Trustee shall invest and reinvest the property comprising the trust estate and shall make payments and distributions therefrom as follows:

a. Until the Settlor's daughter, [X1] shall have attained the age of twenty-one (21) years, the Trustee may pay so much of the net income of the Trust to the said [X1] as shall, in the Trustee's absolute discretion, be required for her reasonable comfort and enjoyment.

- b. After the Settlor's daughter [X1] shall have attained the age of twenty-one (21) years and until she shall have attained the age of thirty (30) years, the Trustee shall pay an amount equal to two (2) percent per annum of the principal of the Trust to the said [X1].*
- c. After the Settlor's daughter [X1] shall have attained the age of thirty (30) years, the Trustee shall pay one-half (1/2) of the principal of the Trust to the said [X1].*
- d. After the Settlor's daughter [X1] shall have attained the age of fifty (50) years, the Trustee shall pay the remaining principal of the Trust to the said [X1].*
- e. Upon the death of the Settlor's daughter [X1], the Trustee shall distribute the trust estate to such of her issue as she shall designate in her last will and testament; provided that if the said [X1] shall die intestate, the Trustee shall distribute the trust estate to the issue of the said [X1] per stirpes or if the said [X1] shall have no issue then living, then to the issue of the Settlor's son [B] per stirpes, or if neither the said [X1] nor the said [B] shall have any issue then living, then to one or more organizations that qualify as exempt organizations under Section 501 (c)(3) of the Internal Revenue Code of 1986 (or the corresponding provisions of any future United States Internal Revenue law).*

(...)

¹ ECLI:NL:HR:2015:849.



De trust wordt beheerst door het recht van New York.

Article IX

This Trust shall be irrevocable and not subject to amendment by the Settlor or any other person.

(...)

Article XIV

The terms and provisions of this Agreement shall be construed, regulated and governed as to administration and as to validity and effect by the laws of the State of New York. (...)

Verder is relevant dat vader in 2000 een vaststellingsovereenkomst heeft gesloten met de belastingdienst in Nederland op basis waarvan de inbreng in de Trust wordt beschouwd als een onherroepelijke en onvoorwaardelijke schenking vrij van recht van de vader aan zijn dochter. Als zodanig wordt er van de dochter schenkingsrecht geheven tegen de aldan geldende tarieven tussen vader en kind. De vaststellingsovereenkomst bevat onder meer de volgende zinsnede:

'Het door [X2] ingebrachte trustvermogen zal vanaf het moment van 'inbreng' zowel voor de toepassing van de regels omtrent de rechten van schenking, successie en overgang als ook voor alle andere Nederlandse belastingen, worden behandeld als (onbezwaard) vermogen van [X1].

Zij is de enige rechthebbende terzake van het trustvermogen. In de zin bestaat volledige transparantie ter zake van het in [X3] ingebracht vermogen.'

In het jaar 2010 doet de Trust uitkeringen aan de dochter. Op basis van de wetsfictie van artikel 2.14a Wet IB 2001 wordt bij die gelegenheid aangifte schenkingsrecht gedaan over de uitkering, op basis van de fictieve woonplaats van vader in Nederland op de voet van artikel 3 Successiewet. Vervolgens wordt namens de dochter, dan 11 jaar oud, een verzoek gedaan tot restitutie van het ter gelegenheid van de inbreng van het stamvermogen in de trust verschuldigde schenkingsrecht, op de voet van artikel XA van de Wet van 17 december 2009 (overgangsrecht).

Het is duidelijk dat belanghebbende in dit geval een groot belang heeft bij de kwalificatie van de Trust als een APV, nu degene die het vermogen heeft afgezonderd (en belanghebbende) duurzaam buiten Nederland woonachtig is en de APV regeling alleen nog in het jaar 2010 (het laatste jaar waarin de tienjaarsfictie nog van toepassing is) leidt tot verschuldigdheid van schenkingsrecht over de uitkering van dat jaar. Vereist voor restitutie van het schenkingsrecht uit het verleden is dat 'aan een belastingplichtige op grond van artikel 2.14a van de Wet IB 2001 de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten

en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen worden toegerekend’.

De belastingdienst weigert echter mee te gaan in deze analyse en is van mening dat belanghebbende een vermogen heeft verkregen onder opschortende voorwaarden en dat er daarom sprake is van juridisch afdwingbare rechten voor belanghebbende. Artikel 4a lid 1 Uitvoeringsregeling Inkomstenbelasting 2001 (tekst 2010) luidt:

‘Degene die als begunstigde een juridisch afdwingbaar recht heeft ten laste van een afgezonderd particulier vermogen, wordt in zoverre in de belastingheffing betrokken.’

Uiteenlopende opvattingen

Rechtbank Haarlem

De Rechtbank² is van mening dat belanghebbende een concreet juridisch afdwingbaar recht heeft op het vermogen van de Trust. Dat die aanspraken op dit moment (nu belanghebbende nog minderjarig is) niet opeisbaar zijn, doet daar niet aan af. Dat op dit moment onzekerheid bestaat over de waarde van het vermogen in de trust ten tijde van de uitkeringen (en daarmee ook over de hoogte van de uitkeringen), leidt evenmin tot een ander oordeel.

Hof Amsterdam

Hof Amsterdam³ behandelt de vraag of sprake is van een APV in de zin van artikel 2.14a Wet IB 2001. Indien de bevoegdheden van de bij de trust betrokken personen ten aanzien van de uitkeringen zo zijn geformuleerd dat duidelijk is aan wie en onder welke voorwaarden vermogen wordt uitgekeerd, dan brengt dit mee dat een economische gerechtigdheid kan zijn ontstaan. Voor dat deel is, gelet op artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001, geen sprake van een afgezonderd privaat vermogen. Het feit dat in dit geval de trustakte uitsluitend voorziet in uitkeringen ten behoeve van belanghebbende, maakt dat volgens het Hof sprake is van een economische deelgerechtigdheid en derhalve geen sprake is van een APV. Belanghebbende is de enige die een economische gerechtigdheid heeft tegenover het trustvermogen.

Advocaat-Generaal

A-G IJzerman voegt nog wat andere opvattingen toe aan de grabbelton van opvattingen rondom het APV:

‘Er wordt ook niet toegekomen aan een APV als hier bedoeld als bij de instelling van de Trust aan een begunstigde (niet alleen aan een inbrenger) een geldelijke tegenprestatie of economische (deel)gerechtigdheid wordt versprekt.’⁴

‘Het lijkt mij dat het door de wetgever uitdrukkelijk benoemen van een recht als ‘juridisch afdwingbaar’ moet worden gezien tegen de achtergrond dat het moet gaan om meer dan een ‘blote verwachting.’⁵

Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt anders: belanghebbende heeft geen ‘economische deelgerechtigdheid’ verkregen in de Trust, nu dat beperkt moet worden uitgelegd tot samenwerkingsverbanden zoals personenvennootschappen, blijkens de door de wetgever gegeven toelichtingen. Wel leidt de Hoge Raad uit de in cassatie onbestreden feiten af dat belanghebbende de enige begunstigde is, en dat daarom geen sprake is van een ‘discretionair deel’ wat voor toerekening in aanmerking komt. De Hoge Raad baseert dit op de Memorie van Toelichting⁶: *‘Als het afgezonderd particulier vermogen discretionair is, is de voorgestelde toerekening aan de orde. Als het afgezonderd particulier vermogen non-discretionair is, wordt toegerekend aan de gerechtigde in plaats van aan de inbrenger of diens erfgenamen. Is de rechtsfiguur deels discretionair en deels non-discretionair dan geldt artikel 2.14a Wet IB 2001 alleen voor het discretionaire deel.’*

Hoewel dus naar de letter wel sprake is van een APV, is geen sprake van toerekening aan de inbrenger. Daarmee valt het doek voor belanghebbende. Toerekening aan de inbrenger is immers voorwaarde voor restitutie van de aanslag schenkbelasting betreffende de inbreng van het vermogen in de Trust in resp. 2000 en 2001. Vanzelfsprekend behoeft dan geen schenkingsrecht meer te worden behaald over de uitkering aan belanghebbende in het jaar 2010.

² Rechtbank Haarlem 21 december 2011, V-N 2012/14.3.4.

³ Hof Amsterdam 12 september 2013, V-N 2013/60.1.3.

⁴ R.o. 5.17 Conclusie A-G IJzerman, 30 september 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1860.

⁵ R.o. 5.22 idem.

⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, p. 51-52.

Analyse

Allereerst verdient opmerking dat in dit bijzondere geval belanghebbende niet gehouden is aan de in het jaar 2000 gesloten vaststellingsovereenkomst, omdat de wetgever bij de overgang naar de nieuwe wetgeving een voorziening heeft getroffen. Deze voorziening strekt ertoe dat belanghebbende in beginsel niet gebonden is aan een eerdere vaststellingsovereenkomst, maar kan verzoeken om de onder het oude recht afgesloten vaststellingsovereenkomst toe te passen na 2010 (artikel 10a.7 Wet IB 2001).

Wat is nu precies een non-discretionary deel van een APV?

Bovendien is de identiteitscrisis, die sommigen voorzien voor de fixed trust in het Nederlandse belastingrecht⁷, opgelost. Ook een fixed trust is in beginsel een APV. In de onder de vóór 2010 gewezen jurisprudentie werd een recht van een belanghebbende tegenover de trust niet gekwalificeerd als een belastbare periodieke uitkering in box 1, omdat er vanuit de trust bezien sprake was van een tegenprestatie. Dit kan mijns inziens ook niet ex aequo worden geduid als een 'economische gerechtigdheid' in de zin van artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001. De Hoge Raad heeft dat naar mijn mening nu ook duidelijk gemaakt.

Non-discretionary

De grootst mogelijke onduidelijkheid echter bestaat ten aanzien van de vraag wat nu precies een 'non-discretionary' deel van een APV is, wat niet wordt toegerekend op de voet van artikel 2.14a Wet IB 2001 maar juist rechtstreeks aan een begunstigde. Volgens de Hoge Raad lijkt de regeling in de Uitvoeringsregeling, te weten dat sprake moet zijn van een 'juridisch afdwingbaar recht' niet doorslaggevend. Uit de processtukken blijkt dat naar Amerikaans recht belanghebbende geen juridisch afdwingbaar recht heeft tegenover de Trust vóór haar

21e levensjaar⁸. Aangezien de trust wordt beheerst door het recht van New York, moet de Hoge Raad de analyse van afdwingbaarheid gedurende minderjarigheid naar dat recht mijns inziens als een feit beschouwen.

Blijkens de Hoge Raad gaat het vooral om het feit dat belanghebbende de enige begunstigde is. Dat de trustakte een voorziening ten behoeve van andere begunstigten kent in geval van haar overlijden zonder dat zij een testament heeft gemaakt (wat zij uiteraard pas kan maken als zij meerderjarig is), maakt dit volgens (Hof en) Hoge Raad niet anders.

Daarmee is het feit dat moeder als Trustee discretionaire bevoegdheden heeft om te bepalen wat belanghebbende vóór haar 21e levensjaar nodig heeft voor haar 'reasonable comfort and enjoyment' evenmin van belang, hoewel bijvoorbeeld de hoogte van haar studiekosten wel degelijk de hoogte van haar toekomstige uitkeringen zal beïnvloeden – al zal het, gezien de omvang van het trustvermogen, om marginale verschillen gaan. Het feit dat de Trustee slechts uitkeringen kan doen in het belang van belanghebbende, is bepalend.

Defined interest

Er is sprake van een bepaald of bepaalbaar belang van een belanghebbende bij een trust (defined interest) indien het belang bij het trustvermogen niet afhankelijk is van inzichten van de trustee. In dit geval kan dat moeilijk anders worden gezien, omdat (a) het vermogen bij 30-jarige resp. 50-jarige leeftijd van belanghebbende integraal wordt uitgekeerd, zonder dat trustees daarbij discretionaire bevoegdheden hebben om dit tegen te houden, (b) daarmee de trust uiterlijk eindigt bij het bereiken van de 50-jarige leeftijd van belanghebbende dan wel eerder overlijden, en (c) bij haar overlijden het trustvermogen ook wordt uitgekeerd en derhalve het trustverband eindigt.

Alleen in het geval belanghebbende overlijdt zonder een testament te hebben gemaakt, wordt het vermogen uitgekeerd aan de erfgenamen van Settlor per staak en kan derhalve ook aan de broer van de belanghebbende en diens erfgenamen worden uitgekeerd. Nu belanghebbende echter als minderjarige geen testament kan maken, kan men

naar mijn mening zeggen dat het trustvermogen niet in haar vermogen is zolang zij niet minderjarig is. Bij haar overlijden zal het niet in haar nalatenschap vallen.

Zowel op basis van de tekst van de wet en de Uitvoeringsregeling als op basis van de uitleg van de Trustakte was het logischer geweest als de Hoge Raad pas een non-discretionary recht aannemelijk had geacht op het moment van meerderjarigheid van belanghebbende. In dit geval zou dat mee hebben gebracht dat de belastingdienst wél teruggaaf schenkingsrecht moest verlenen, maar ten tijde van haar meerderjarigheid niet alsnog een belastbare schenking kon worden geconstateerd omdat de familie langer dan tien jaar geleden Nederland heeft verlaten. Dat is echter de consequentie van de APV wetgeving en kan niet worden gekwalificeerd als een 'heffingslek'⁹. Als immers in het jaar 2000 de APV wetgeving al hebben bestaan, dan zou het resultaat niet anders zijn geweest.

Hof en Hoge Raad hebben de trust vooral als een construct gezien die voorziet in de temporering van de mate waarin belanghebbende de beschikking krijgt over het vermogen. De afwijkende bepaling in geval van overlijden wordt niet voldoende geacht om dit 'plaatje' te veranderen. Wat blijft hangen, is dat de Hoge Raad hier een 'doelredenering' heeft oarmd om het door de A-G geconstateerde 'heffingslek' te voorkómen. Mijns inziens had in de procedure veel meer moeten worden ingezoomd op de al dan niet aanwezigheid van dit beweerdelijke 'heffingslek'.

Consequenties voor de praktijk

Wat de praktijk dringend blijft missen, is een duidelijke definitie van een 'non-discretionary' belang. De praktijk van family trusts zoals de onderhavige is zeer veelvormig. In de meeste gevallen waarin trusts ten behoeve van verschillende kinderen worden gecreëerd, worden discretionaire elementen ingebouwd bij de bepaling van de omvang van de verschillende trusts en ook ten aanzien van de uitkeringen aan de Beneficiary (zoals de trustee goedgekent bijv. ten aanzien van maintenance, health, maar ook bijv. emergencies zoals geestelijke of lichamelijke handicaps). Vaak krijgt de beneficiary powers of

appointment (beschikkingsbevoegdheid) bij een bepaalde leeftijd, bijv. 30 of 35 jaar, maar ook dan hebben de Trustees vaak discretionaire bevoegdheden om in te grijpen en deze beschikkingsmacht op te schorten of te beëindigen, wat kan worden ingeroepen bij echtscheiding, problemen met crediteuren, ziekte, etc..

Wat vaak voorkomt is dat een Amerikaans inwoner een revocable trust in het leven heeft geroepen om bij overlijden een zogenoemde probate te voorkomen. Deze trusts bepalen meestal ook wat gaat gebeuren bij overlijden van de settlor. Bij overlijden wordt de trust onherroepelijk. Stel dat de revocable trust bepaalt dat per kind trusts moeten worden opgericht en dat de trustees discretionair bepalen hoeveel aan elk van die trusts zal worden ingebracht. Een van de kinderen studeert in Amsterdam op het moment dat de settlor overlijdt. De trust wordt onherroepelijk en kwalificeert als APV nu zij 'discretionary' is. Afhankelijk van het antwoord op de vraag of de nieuw op te richten Trusts kwalificeren als 'discretionary' of 'non-discretionary' ontstaan buitengewoon tricky vragen van toerekening en bijbehorende risico's van schenkbelasting en inkomstenbelasting.

Nu de APV wetgeving haar eerste lustrum al heeft gevierd, is het steeds lastiger om uit te leggen dat de Nederlandse wetgever en uitvoerende macht nog geen heldere praktijkregels hebben ontwikkeld over deze veelvuldig voorkomende problematiek in de internationale estate planning. Het is evident dat het hier niet gaat om trusts die met 'anti-fiscale motieven' zijn gecreëerd, maar door de interactie met onze anti-misbruikwetgeving kunnen onbedoelde complicaties optreden. Het is de verantwoordelijkheid van de wet- en uitvoerende macht om hier corrigerend in op te treden.

Ineke is advocaat en belastingadviseur bij Koele Tax & Legal Perspecta te Deventer.

7 J.P. Boer en R.M. Freudenthal, De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust: afgezonderd of niet?, WPNR 6 juni 2009, p. 507 e.v.; E.R. Roelofs, Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de fixed trust niet, WFR 2010/1632.

8 Dit blijkt uit de toelichtingen op het cassatiemiddel, zie r.o. 3.27 Conclusie A-G IJzerman.

9 Zoals A-G IJzerman wel doet, in r.o. 4.21.