

# Intensieve aandacht voor (vermeend) verhuld vermogen

De SPF als ‘trust-achtige’ onder vuur

mr. B.J.G.L. Jaeger

Nederland als ‘belastingconstructieland’ ligt internationaal onder het vergrootglas. Dat hindert het kabinet, het openbaar ministerie, en de Belastingdienst niet elke ‘constructie’ in het buitenland die is ingezet bij het afschermen van vermogen onder vuur te nemen. Maar het tij kan nog worden gekeerd volgens mr. Ludwijn Jaeger.

In het regeerakkoord *Vertrouwen in de toekomst* was te lezen dat naar aanleiding van de Panama Papers de informatiepositie en de opsporingscapaciteit van de Belastingdienst wordt versterkt en er meer transparantie komt. Hieraan heeft het kabinet een impuls gegeven met de kamerbrief van 18 september 2018 over de intensivering van de aanpak van verhuld vermogen.<sup>1</sup> Het openbaar ministerie voegt voorts de daad bij het woord met het voornemen belastingadviseurs te vervolgen voor het opzetten van structuren waarbij de Curaçaose SPF wordt ingezet.

## Ontgaan versus ontduiken

Voornoemde kamerbrief benoemt dat onder andere de Panama en Paradise Papers zichtbaar maken dat het verhullen van vermogen globaliseert. De bestrijding van belastingontduiking dient zich dus (minstens mede) uit te strekken naar het bestrijden van verhuld vermogen in het buitenland. Het aanpakken en bestrijden van internationale constructies die worden gebruikt om

belasting te ontduiken en inkomsten uit criminele activiteiten, zoals witwassen en corruptie, te verhullen is (al) een belangrijk speerpunt voor het kabinet. Nu wordt er (nog) meer geld en mankracht vrijgemaakt voor die bestrijding.

De grens tussen ontgaan en ontduiken is echter niet heel duidelijk te trekken, wat de FIOD, het openbaar ministerie en de Belastingdienst niet weerhoudt om snel de conclusie te trekken dat de inzet van een buitenlands vehikel wel ontduiking moet zijn.

Kern van de fiscale beoordeling in het geval van de aanwezigheid van ‘trust-achtigen’, zoals de SPF, is de vraag of de SPF transparant moet worden behandeld of niet. Is er geen sprake van een ‘irrevocable discretionary trust’ of

---

<sup>1</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2018/09/18/kamerbrief-intensivering-aanpak-verhuld-vermogen/kamerbrief-intensivering-aanpak-verhuld-vermogen.pdf>



De Belastingdienst trekt snel de conclusie dat het bij de inzet van een buitenlands vehikel om ontduiking gaat.



wordt daar in de praktijk niet naar gehandeld, dan blijft de oprichter de facto de beschikkingsmacht houden en wordt de SPF in de fiscaliteit als transparant behandeld. Het tegenovergestelde is evenzeer waar: zonder feitelijke beschikkingsmacht geen toerekening. Zie onder meer de wetsgeschiedenis van de IB2001.<sup>2</sup>

*De vraag of er een rechthebbende is in de zin van de vermogensrendementsheffing houdt verband met de vraag of er een of meer personen zijn aan te wijzen die een op geld waardeerbaar belang ontleen aan dat trustvermogen. Of en in hoeverre van een dergelijk belang sprake is hangt sterk af van de omstandigheden van het geval waarbij onder meer de bepalingen in de trustakte een rol spelen maar bijvoorbeeld ook de wijze waarop de trustee gebruik heeft gemaakt van zijn eventuele bevoegdheid om – al dan niet onherroepelijk – beneficiaries aan te wijzen. Zolang iemand geen enkel recht op een uitkering uit een trustvermogen heeft, juridisch noch feitelijk, ook geen voorwaardelijk recht, maar slechts een blote verwachting bestaat dat hij op enig moment een uitkering uit het trustvermogen zou kunnen ontvangen, zal deze*

*persoon (nog) niet als rechthebbende op het trustvermogen kunnen worden aangemerkt aangezien voor hem een op geld waardeerbaar belang bij dat vermogen ontbreekt. (...)*

Zonder toerekening ontstaat een heffingslek. Afgezonderd vermogen dat aan helemaal niemand wordt toege-rekend. Een doorn in het oog van velen, wat in 2010 heeft geleid tot aanpassing van de wet IB:<sup>3</sup> Dan maar toerekening aan de oprichter. Tot aan 2010 valt 'zwevend vermogen' qua heffing tussen wal en schip. Een mogelijkheid die in de estate planning dankbaar is ingezet.

### **Betrokkenheid bij zwevend vermogen**

De discussie over transparantie, betrokkenheid bij 'zwevend vermogen', hangt af van alle relevante feiten en omstandigheden en is een feitelijke en casuïstische exercitie. Het kader van de discussie is weliswaar duidelijk,<sup>4</sup> maar de invulling niet. Zo wijs ik op het redelijk recente oordeel van het Gerechtshof Arnhem-



Leeuwarden van 17 april 2018.<sup>5</sup> Had de rechtbank nog met de Belastingdienst geoordeeld dat de in de procedure bedoelde Stichting transparant is, het Hof komt tot een diametraal andere beslissing. Even daarvoor kwam rechtbank Den Haag ook tot de conclusie dat het standpunt van de Belastingdienst niet kon worden gevolgd.<sup>6</sup> Zoals blijkt uit overweging 11 was voor de rechtbank de samenstelling van het bestuur, waar belanghebbende nota bene zelf deel vanuit maakte, onvoldoende om te oordelen dat dat bestuur niet onafhankelijk zou zijn.

Een extra complicatie bij de beoordeling wie betrokken is in de hier bedoelde fiscale zin, is het beoordelingskader van de Wwft. Daar dient immers onder meer de Ultimate Beneficial Owner te worden vastgesteld, een begrip dat (enige) betrokkenheid suggereert. Het lijkt me een bank ook niet aan te raden om in dit kader, bij een 'irrevocable discretionary trust' in het geheel niemand aan te wijzen als UBO.

In de praktijk zie je dat de oprichter, of hij nou begunstigde is of niet, vaak wordt geïdentificeerd en geoormerkt als UBO. Dit gegeven pakt de Belastingdienst, en in navolging daarvan de FIOD, dan gemakshalve op ten bewijze van 'betrokkenheid'. Dat de bank iemand als UBO heeft aangemerkt, betekent niet dat je fiscaal dus betrokkene bent. Het arrest van 19 september 2014 dat de maatstaf geeft om 'voorbij te gaan' aan het irrevocable en discretionary karakter van vermogen dat anders 'zwevend' is bevat de woorden UBO, ultimate beneficial owner of 'uiteindelijk gerechtigde' ook niet, noch de aan dit arrest voorafgegane conclusie A-G of de noot.

### **De bevoegdheid van de Belastingdienst informatie te vragen**

De inspecteur heeft een ruimhartige bevoegdheid om informatie en stukken op te vragen bij belastingplichtigen en derden. In de AWR staan de verplichtingen ten dienste van de belastingheffing in een aparte afdeling opgenomen. In artikel 47 is de verplichting opgenomen om desgevraagd gegevens en inlichtingen te verstrekken welke voor de belastingheffing te zijnen aanzien van belang kunnen zijn. Vrij vertaald: er moet een belang zijn

voor de berekening van de hoogte van de te betalen belasting en het moet voor de eigen belastingheffing van belang zijn. Is de relatie niet te leggen tussen de vraag en deze belangen, dan mag de vraag wellicht nog wel gesteld worden, maar behoeft er geen antwoord te worden gegeven. De suggestie dat die verplichting wel zou bestaan mag in dat geval ook niet worden gewekt.

Artikel 53 breidt voor administratieplichtigen de verplichting uit tot het verstrekken van gegevens en inlichtingen over derden. De belastingadviseur kan dus om informatie worden gevraagd over cliënten.

Apart van de hiervoor beschreven verplichtingen is in de artikelen 7 en 8 AWR verordonneerd dat ook in aangiften om informatie kan worden gevraagd en er een gehoudenheid bestaat die vragen duidelijk, stellig en zonder voorbehoud te beantwoorden. In artikel 7 staat verwoord dat het moet gaan om gegevens waarvan de kennisneming voor de heffing van de belasting van belang kan zijn. De strekking van deze verplichting komen overeen.

### **De trustvraag in de aangifte IB**

In de jacht naar 'verhuld' vermogen, is de Belastingdienst op zoek naar informatie over buitenlandse vehikels waarin vermogen is gestald. In deze zucht naar informatie heiligt het doel de middelen. Om te kunnen beoordelen of 'zwevend vermogen' niet kan worden toegerekend wordt in de aangifte gevraagd naar betrokkenheid bij een trustvermogen.<sup>7</sup>

2 Kamerstukken II 1999-2000, 26 727, nr. 17, p. 115.

3 Art. 2.14a Wet IB.

4 Zie overweging 4.15 van die in volgende noot genoemde uitspraak: Volgens Hoge Raad 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2694, is daarvoor vereist dat eiser over de vermogensbestanddelen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Dit dient op basis van de feiten te worden beoordeeld. Welke feiten daarvoor relevant (kunnen) zijn, kan behalve uit dit arrest ook uit Hoge Raad 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4102, worden afgeleid.

5 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3621.

6 Rechtbank Den Haag 23 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4990.

7 Versie 2004



**38 Als u of uw fiscale partner of minderjarige kinderen in 2004 betrokken waren bij een trustvermogen**

Waren u of uw fiscale partner of minderjarige kinderen van u of uw fiscale partner in 2004 betrokken bij een trustvermogen of een daarmee te vergelijken doelvermogen (naar buitenlands recht, zoals de Antilliaanse Stichting Particulier Fonds)?

Bijvoorbeeld u of uw fiscale partner of uw minderjarige kinderen ontvingen uitkeringen uit een trust. Lees bij vraag 38 in de Toelichting

U heeft vraag 38 niet in te vullen, ga naar vraag 39

Nee

Ja

Wilt vraag 38 venter in

38a Als u of uw fiscale partner of minderjarige kinderen betrokken waren bij een trustvermogen of een daarmee te vergelijken doelvermogen (naar buitenlands recht, zoals de Antilliaanse Stichting Particulier Fonds). *Kruis dan het hokje aan*

De meest voor de hand liggende uitleg bij het bepalen wanneer de vraag instemmend moet worden beantwoord, oftewel de vraag wanneer er sprake is van betrokkenheid, is als volgt te lezen: 'Is uw betrokkenheid bij een trust van belang voor de vaststelling van de objectieve belastingplicht in de inkomstenbelastingheffing?'<sup>8</sup>

Uit de gegeven toelichting bij de vraag kan echter worden opgemaakt dat de strekking veel breder is. Volgens de toelichting is immers in de navolgende gevallen (al) sprake van 'betrokkenheid':

### 38 Als u of uw fiscale partner of minderjarige kinderen in 2004 betrokken waren bij een trustvermogen

**U of uw minderjarige kinderen kunnen betrokken zijn bij een trust of bij een vergelijkbaar doelvermogen naar buitenlands recht, bijvoorbeeld een Antilliaanse Stichting Particulier Fonds. Ook uw fiscale partner of zijn minderjarige kinderen kunnen hierbij betrokken zijn.**

Eris sprake van betrokkenheid als u of een van deze andere personen:

- een trust\* heeft ingesteld (settlor); of
- vermogen in een trust\* heeft ingebracht (grantor); of
- gerechtigde was of zou worden tot het vermogen van een trust\* (beneficiary); of
- toezicht hield op het beheer van een trust\* (protector); of
- beheerder was van een trustvermogen\* (trustee).

\* of een vergelijkbaar doelvermogen naar buitenlands recht.

Duidelijk is dat in een heel aantal gevallen waarin op basis van de toelichting de vraag positief zou moeten worden beantwoord, die 'betrokkenheid' irrelevant is voor de belastingheffing waar de betreffende aangifte op ziet.

Via de aangifte inkomstenbelasting informatie opvragen, omdat die informatie om andere redenen, anders dan de aanslag IB waar de aangifte op ziet, nuttig voor de Belastingdienst kan zijn, is wellicht een voorstelbaar belang van de overheid, maar niet een belang waartoe bij wet de mogelijkheid is geschapen. In deze kritiek op het op deze wijze verzamelen van gegevens schaar ik mij in het gezelschap van de in de achtste voetnoot aangehaalde professor Boer en de ook door hem geciteerde professor Zwemmer:<sup>9</sup>

*'Al deze vragen hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat zij gericht zijn op het verkrijgen van informatie (...). Zij geven geen informatie over het inkomen. (...) In mijn visie zijn dit derhalve vragen die in een aangifte inkomstenbelasting niet thuis horen en waarvan niet beantwoording niet kan leiden tot de constatering dat de vereiste aangifte niet is gedaan.'*

### Onderzoek gebruik SPF's

Het team constructiebestrijding van de Belastingdienst heeft onderzoek gedaan naar SPF's die vlak voor de invoering van de transparantiewetgeving in 2010 zijn geliquideerd. Dit onderzoek heeft een heel aantal dossiers opgeleverd waar discussie is over de vraag of de SPF wel daadwerkelijk irrevocable en discretionary is, of dat de feiten en omstandigheden uitwijzen dat een belastingplichtige toch over het vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen.

Afgezien van deze feitelijke fiscale discussie over alsnog opgelegde aanslagen is het volgens het openbaar ministerie ook tijd om belastingadviseurs duidelijk te maken dat ook informatieve vragen beantwoording behoeven. Dat ook betrokkenheid in de zin zoals omschreven in de toelichting reden is voor het positief beantwoorden van de trustvraag.



Het belang van de vervolging zit niet in het feit dat de schatkist geld is tekort gekomen in het specifieke geval. Het verwijt is dat informatie is onthouden op basis waarvan de Belastingdienst onderzoek had willen doen en welke informatie ze nu op andere wijze hebben bemachtigd. En de generale preventie gebiedt dan natuurlijk dat daarbij de publiciteit wordt gezocht.

### Vervolging adviseurs

Uit de toelichting bij de trustvraag blijkt dat de vraag in veel gevallen is bedoeld om geïnformeerd te raken. De toelichting heeft geen juridische status, het stellen van informatieve vragen heeft geen wettelijke basis. De aangifteplichtige voor de inkomstenbelasting is in zijn hoedanigheid van aangever nimmer een administratieplichtige. Informatie over derden kan al helemaal niet worden gevraagd.

Ik meen stellig dat de trustvraag alleen positief moet worden beantwoord indien de financiële beslommeringen van die trust waarbij betrokkenheid bestaat ook gevolgen heeft voor de heffing van de aangifteplichtige in het betreffende jaar. Zo dit standpunt niet juist is, is het pleitbaar.

Ondanks een paar aanwijzingen voor het tegendeel in de jurisprudentie. In de uitleiding van het genoemde artikel van Boer verwoordt hij het zo:

*De belastingplichtige die weliswaar een relatie heeft tot een trust, maar het pleitbare standpunt inneemt dat vanwege het gebrek aan belang voor de inkomstenbelastingheffing de vraag in elk geval niet met 'ja' dient te worden beantwoord, kan niet anders dan 'nee' kiezen. Het zou echter onredelijk zijn om de belastingplichtige hieromtrent een verwijt te maken, omdat het aangiftebiljet zelf een nadere toelichting onmogelijk maakt.*

Het lijkt mij verstandig dat belastingadviseurs die de trustvraag onbeantwoord hebben gelaten op basis van de ook door mij aangehangen uitleg hun krachten bundelen. Dan kan beter dan thans duidelijk worden gemaakt wat gebruikelijk was. Een casus moet immers niet worden beoordeeld op basis van huidige opvattingen. Ik verwijs naar overweging 5.6 van de uitspraak van Hof

Amsterdam (die in cassatie in stand is gebleven) van 8 oktober 2015.<sup>10</sup>

*Bij zijn oordeel heeft het Hof in aanmerking genomen dat in het maatschappelijk klimaat ten tijde van het opzetten en implementeren van de structuur en het doen van de aangiften, in de maatschappelijke kringen waarvan belanghebbenden en haar adviseurs deel uitmaakten structuren als de onderhavige als legaal en toelaatbaar werden beschouwd.*

De inspecteur heeft een ruimhartige bevoegdheid om informatie en stukken op te vragen

### Conclusie

Belastingontduiking is een toverwoord geworden. Buitenlands vermogen in de heffing trekken een speerpunt. Vervolging dreigt van belastingadviseurs. Met publiciteit, omdat het de beroepsgroep maar duidelijk moet worden: 'naming and shaming' in optima forma. Maar het tij kan nog worden gekeerd, als adviseurs zich niet laten knevelen door een onjuiste analyse van welke vragen in een aangifte mogen worden gesteld. Gangbaarheid van opvattingen binnen de beroepsgroep kan ervoor zorgen dat, zelfs als deze (achteraf) onjuist blijkt, bestraffing achterwege moet blijven.

*Ludwijn Jaeger is als fiscaal advocaat verbonden aan Jaeger Advocaten-belastingkundigen te Amsterdam.*

8 Zie bijvoorbeeld ook J.P. Boer, 'Aangiftebiljet bewust(e) v(r)aag over trusts', WFR 2005/1301.

9 J.W. Zwemmer, 'Steeds meer vragen in de aangiftebiljetten inkomstenbelasting/vermogensbelasting en vennootschapsbelasting', FED 1986/838, blz. 2621.

10 Gerechtshof Amsterdam 8 oktober 2015, nrs. 13/00777 t/m 13/00799, ECLI:NL:GHAMS:2015:4098, overweging 5.6.