

## 8 Drempelsituaties in box 3

De vermogensrendementsheffing, die doorgaans onder de naam box 3 door het leven gaat, is stellig te kwalificeren als een betrekkelijk eenvoudige belasting, zeker als de belastingplichtige die eraan onderworpen is alleen over doorsneebezittingen en -schulden beschikt. De heffing belast het gefingeerde, forfaitair bepaalde, inkomen uit sparen en beleggen tegen een vast tarief van 30% en levert de schatkist circa € 3,7 miljard op.<sup>1</sup> Op de grenzen van het toepassingsbereik van deze heffing is het nodige te beleven, zo leert de rechtspraak. In deze bijdrage wordt een aantal grensverkenningen uitgevoerd en wel aan de hand van enkele recente ontwikkelingen.

### 1. Inleiding

Anthony Mertens<sup>2</sup> promoveerde ruim twee decennia geleden *cum laude* op een studie naar zogenoemde ‘drempelsituaties’ in de literatuur.<sup>3</sup> Op de ‘drempel’ vindt de overgang plaats van de ene ‘situatie’ naar de andere en daar, op deze scheidslijn, gebeurt vaak iets bijzonders. De drempel is de plaats ‘waar de ons bekende wereld op een limiet stuit’<sup>4</sup> en waar het besef van begrensdheid zichtbaar wordt.<sup>5</sup> Dat is *mutatis mutandis* niet anders in het (belasting)recht, waar begrippen (vooral) kleur en betekenis krijgen op de ‘uiteinden’ van hun toepassingsbereik. Ook op de grenzen van de vermogensrendementsheffing zijn de nodige ‘drempelsituaties’ te onderscheiden. Zo vallen aandelen in box 3, tenzij sprake is van een aanmerkelijk belang in een vennootschap, dat (immers) in box 2 is ondergebracht. Een zodanig belang kan al aanwezig zijn als de aandelen een voldoende groot belang in een soort vertegenwoordigen, maar het is niet altijd even eenvoudig om fiscaal relevante verschillen tussen aandelen aan te wijzen.<sup>6</sup> Een andere drempel is de peildatum. Over het algemeen zal duidelijk zijn of een bepaald vermogensbestanddeel op die datum tot iemands vermogen

behoort, maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn (par. 2.1). Soms wordt een vermogensbestanddeel buiten de grondslag van de vermogensrendementsheffing geplaatst, hoewel het daartoe eigenlijk behoort. Dat is bijvoorbeeld het geval bij bepaalde schulden, en wel bij verplichtingen tot het doen van uitgaven die kunnen worden aangemerkt als persoonsgebonden aftrekpost (par. 2.2). Verder worden bepaalde vorderingen (en schulden) die uit het erfrecht voortvloeien door wetsduiding genegeerd (‘gedefiscaliseerd’). De bepaling die dat bewerkstelligt, is per 1 januari 2012 gewijzigd: de reikwijdte ervan is uitgebreid (par. 2.3). Als een vermogensbestanddeel als het ware eenmaal over de drempel van box 3 heen is getild en tot het domein van de vermogensrendementsheffing moet worden gerekend, rijst de vraag of het vermogensbestanddeel integraal in deze heffing wordt betrokken of dat er vrijstellingen of aftrekposten van toepassing zijn (par. 2.4). Vermogen dat tot box 3 behoort en daarin normaal wordt belast, kan op enig moment op zodanige wijze worden aangewend, dat sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer; het resultaat daarvan moet tot box 1 worden gerekend. Op het snijvlak van deze ‘overgang’ heeft de Hoge Raad de afgelopen twee jaar enkele arresten gewezen die de grenzen van box 3 scherper hebben getrokken (par. 2.5).

### 2. Drempelsituaties

#### 2.1. Peildatum

De wet stipuleert dat de “grondslag sparen en beleggen (...) de rendementsgrondslag [is] aan het begin van het kalenderjaar (peildatum) voor zover die rendementsgrondslag meer bedraagt dan het heffingvrije vermogen”<sup>7</sup> (art. 5.2, lid 1 Wet inkomstenbelasting

1 Kamerstukken I 2011-2012, 33 003, nr. F, p. 7.

2 A. Heumakers, “Lezer die schrijver werd. Anthony Mertens (1946-2009), criticus en auteur”, NRC Handelsblad 6 april 2009, p. 9.

3 A. Mertens, *Sluiproutes & dwaalwegen. Aspecten van een liminale poëtica toegelicht aan de hand van het werk van Jacq Firmin Vogelaar* (diss. Amsterdam, UvA), Amsterdam: Uitgeverij Sauternes 1991.

4 A. Mertens, “Drempelverhaal – een fiche”, in: *Lezen, man! Essays en kritieken*, Amsterdam: De Bezige Bij 2006, p. 77.

5 Vgl. L. Wittgenstein, *Licht en schaduw. Een droom en een brief over religie*, Kampen: Ten Have 2007, p. 19 (*Licht und Schatten; Ein nächtliches (Traum-)Erlebnis und ein Brief-Fragment* 2004, vertaald door Wilfred Oranje).

6 Zie art. 4.7, lid 2 Wet IB 2001, dat niet voor alle verschillen in zeggenschap geldt, aldus HR 16 december 2011, nr. 10/00158 en 10/00610, V-N 2011/67.6 en 7, NTFR 2012/18 en 19.

7 Zie over het heffingvrije vermogen par. 2.4.

2001<sup>8</sup>). De peildatum is omschreven als het begin van het kalenderjaar, en dat is het ondeelbare moment waarop het oude belastingjaar in het nieuwe overgaat (ofwel 1 januari, 0.00 uur), zo volgt uit de rechtspraak die onder het oude (inkomstenbelasting)recht is geweest.<sup>9</sup> Bij het peilen van het vermogen van een belastingplichtige is de werkelijke toestand van dat vermogen op de peildatum beslissend, zoals dat wel wordt uitgedrukt.<sup>10</sup> Wie bijvoorbeeld een – onrechtmatige – greep doet uit de kas van zijn werkgever, kan met de verplichting om de schuld terug te betalen rekening houden, als hij tenminste kan aantonen aan het begin van het kalenderjaar voornemens te zijn tot terugbetaling over te gaan.<sup>11</sup> Verder moet met gegevens die pas na de peildatum bekend worden rekening worden gehouden, maar alleen als zij licht werpen op de toestand op de peildatum.

Of een bezitting dan wel een schuld op de peildatum tot de grondslag van box 3 behoort, is een vraag die doorgaans zonder al te veel problemen te beantwoorden zal zijn. Een enkele keer ligt dat anders en moet de belastingrechter eraan te pas komen om te beslissen per wanneer een bezitting ‘meetelt’ in box 3. Dat was het geval bij een belastingplichtige die een jaar of wat geleden op 31 december de eindejaarsloterij won, maar het prijzengeld pas enkele dagen later op zijn rekening zag bijgeschreven. De Hoge Raad besliste vorig najaar dat het bedrag van de prijs tot zijn rendementsgrondslag per het begin van het kalenderjaar, de peildatum dus, moest worden gerekend.<sup>12</sup> Het oordeel van de Hoge Raad onderstreept dat het vermogen zoals dat op de peildatum aanwezig is, althans te vorderen is, in de heffing wordt betrokken. Dat kan onverbiddeijk worden genoemd (over het ‘gewonnen’ vermogen kan immers nog niet direct worden beschikt), maar duidelijk is dat de Hoge Raad ervoor heeft gekozen om de keuze van de wetgever voor een strikte grensafbakening te volgen, waarbij voor nuanceringen – heeft het vermogen vruchten afgeworpen? – geen plaats is.<sup>13</sup>

De hiervoor – in de eerste alinea – geciteerde passage doet uitkomen dat de wet één peildatum kent. Tot

1 januari 2011 bestonden er twee peildata.<sup>14</sup> Deze overschakeling dient ertoe op robuuste en eenvoudige wijze de rendementsgrondslag vast te stellen, waarover het voordeel uit sparen en beleggen wordt berekend. De rendementsgrondslag op 1 januari van enig jaar is beslissend, ook voor wie in de loop van het jaar overlijdt of emigreert. In geval van emigratie wordt het forfaitaire rendement tijdsgelang herrekend en beperkt tot de maanden dat degene binnenlands belastingplichtige is. Ook voor degene die in de loop van het jaar buitenlands belastingplichtige wordt, bijvoorbeeld doordat vastgoed in Nederland wordt aangekocht dat deel gaat uitmaken van box 3, geldt 1 januari van dat jaar als peildatum.<sup>15</sup> Dat wekt in eerste instantie wel enige bevreemding, omdat deze persoon zich op dat moment (nog) niet in de Nederlandse rechtsfeer bevindt.<sup>16</sup> De regeling moet echter zo worden verstaan, dat de rendementsgrondslag aan het begin van het kalenderjaar nihil bedraagt, waardoor bij de buitenlands belastingplichtige uit het voorbeeld het vastgoed in het jaar van verwerving nog niet tot de rendementsgrondslag behoort. Deze belastingplichtige blijft derhalve in het jaar dat hij buitenlands belastingplichtige wordt, verschoond van de vermogensrendementsheffing. Ook voor een immigrant geldt de peildatum van 1 januari.<sup>17</sup> Het vermogen dat op dat moment aanwezig is, wordt in de belastingheffing betrokken, zij het dat het voordeel (wel) naar tijdsgelang wordt herleid. Dit ‘systeem’<sup>18</sup> waarborgt dat in alle situaties die tot heffing in box 3 leiden (hetzij als binnenlandse, hetzij als buitenlands belastingplichtige; hetzij het gehele jaar, hetzij een gedeelte van het jaar) sprake is van een gelijke behandeling, omdat telkens wordt uitgegaan van de rendementsgrondslag op 1 januari van het kalenderjaar.<sup>19</sup>

## 2.2. Schulden

De vermogensrendementsheffing wordt wel als een robuuste belasting getypeerd (zie ook par. 2.1) en dat lijkt mij juist. Zij mag dan (betrekkelijk) stevig zijn gebouwd, maar dat betekent niet dat zij zo is opgezet dat alleen bezittingen worden belast. Art. 5.3 van de wet staat toe dat schulden op de belastbare grondslag

8 De (hierna) aangehaalde artikelen zijn te vinden in de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001), tenzij anders is vermeld.

9 Hof Den Haag 15 augustus 1960, nr. 50/1969, *BNB* 1961/173.

10 Ch.P.A. Geppaart, *Vermogensbelasting*, vierde druk, Deventer: Kluwer 1995, p. 165 e.v. en A.J.M. Arends, *Vermogensbelasting*, Deventer: Kluwer 1999, p. 26-27.

11 Vgl. HR 16 juli 1993, nr. 28.337, *BNB* 1993/298.

12 HR 28 oktober 2011, nr. 10/03727, *V-N* 2011/53.13.

13 Zie de aantekening in *V-N* 2011/53.13. Een annotator duidt de gang van zaken zo dat de prijs op de peildatum een voorwaardelijk recht representeert, dat in de heffing wordt betrokken (M. Pot in *FED* 2011/97).

14 Zie over deze wijziging: K. van Dam, “Box 3: alles draait om de eenvoud”, *Forfaitair* 2011/215, p. 13 e.v.

15 Art. 7.7.

16 Vgl. P. Verloren Van Themaat, *Internationaal belastingrecht* (diss. Leiden), Amsterdam: H.J. Paris 1946, p. 40-41.

17 Art. 5.2, lid 3.

18 E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, zevende druk, Deventer: Kluwer 2011; zij betwijfelen of er wel sprake is van een ‘systeem’ (zie p. 655). E.J.W. Heithuis gewaagt (elders) van “een behoorlijk onoverzichtelijk systeem” (“Immigratie, emigratie, geboorte, overlijden en aanvang en einde buitenlandse belastingplicht in box 3 vanaf 2011”, *WFR* 2011/6935, p. 1741).

19 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 401, nr. 7, p. 8-11.

in mindering (mogen) worden gebracht. Als zij evenwel verband houden met bezittingen waarvan de inkomsten op grond van de rangorderegeling in box 1 (belastbaar inkomen uit werk en woning) of box 2 (belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang) in de heffing worden betrokken, mogen zij niet als schuld in box 3 worden opgenomen (art. 2.14, lid 2). De aftrek is qua vormgeving en uitwerking betrekkelijk liberaal te noemen, want de wet verlangt niet dat het gaat om schulden die verband houden met bezittingen die tot de rendementsgrondslag worden gerekend. Daarom zijn (ook) schulden die zijn aangegaan om consumptieve uitgaven te betalen aftrekbaar. Schulden die betrekking hebben op vrijgestelde bezittingen verminderen eveneens de heffingsgrondslag.

In de rechtspraak is aanvaard dat de gekapitaliseerde waarde van toekomstige lijfrentetermijnen een in aanmerking te nemen schuld vormt, dat wil zeggen een verplichting met waarde in het economische verkeer.<sup>20</sup> Dat geldt ook voor alimentatieverplichtingen; de contante waarde van de som van de toekomstige termijnen kan te boek worden gesteld als schuld in box 3.<sup>21</sup> Het bijzondere is dat deze verplichtingen ook leiden tot uitgaven die op grond van hoofdstuk 6 van de wet aftrekbaar zijn (de zogenoemde persoonsgebonden aftrek); giften en alimentatie zijn immers aftrekbaar. De wetgever vindt deze ‘dubbele aftrek’ onwenselijk. Sinds 1 januari 2010<sup>22</sup> bepaalt de wet (dan ook) dat verplichtingen die tot uitgaven *kunnen* leiden die geheel of gedeeltelijk worden aangemerkt als uitgaven voor onderhoudsvoorzieningen (partneralimentatie) of voor aftrekbare giften, niet langer als schuld in aanmerking mogen worden genomen in box 3 (art. 5.3, lid 3, onderdeel a). Er zijn er die betogen dat deze wetswijziging een inbreuk maakt op de grondgedachte die aan de rendementsheffing ten grondslag ligt.<sup>23</sup> Dat lijkt mij overdreven. Wel kan worden gezegd dat in economisch opzicht moeilijk het verschil is aan te geven tussen iemand die bijvoorbeeld zijn alimentatie in één termijn voldoet (afkoop) en daarmee zijn rendementsgrondslag vermindert, en iemand die zijn alimentatie in termijnen voldoet. Ook van deze (laatste) belastingplichtige zou kunnen worden gezegd dat zijn rendementsgrondslag is verminderd, omdat de contante waarde van de termijnen het vermogen als het ware heeft verlaten. Wat daarvan zij, de wetgever is op de ingeslagen weg verder gegaan. In de Fiscale verzamelwet 2011<sup>24</sup> is

namelijk voorgesteld om de uitsluiting van persoonsgebonden aftrekposten van het schuldbegrip van box 3 uit te breiden en te laten gelden voor *alle* persoonsgebonden aftrekposten. De wettekst wordt daarmee meer in overeenstemming gebracht met het doel van de bepaling, aldus de toelichting.<sup>25</sup> Deze wetswijziging is door het parlement gelooft. Dit betekent dat per 1 januari 2012 bijvoorbeeld (ook) de verplichtingen die kunnen leiden tot uitgaven voor levensonderhoud van kinderen (zoals kinderalimentatie), uitgaven voor specifieke zorgkosten, uitgaven voor monumentenpanden, om enkele persoonsgebonden uitgaven te noemen, zijn uitgesloten van het schuldbegrip van box 3. De aanspraken die corresponderen met deze verplichtingen behoren niet tot het bezittingenbegrip van box 3, zo is tijdens de parlementaire behandeling begrijpelijkerwijs bevestigd.<sup>26</sup>

### 2.3. Defiscalisering

Aan de inkomstenbelasting ligt, enigszins huiselijk gezegd, het uitgangspunt ten grondslag dat eenieder wordt belast voor zijn eigen inkomsten. Dat geldt in beginsel ook voor het inkomen uit sparen en beleggen (box 3). In art. 5.4 van de wet is echter een afwijking op dit uitgangspunt te vinden (“defiscalisering [is] een inbreuk op het normale systeem”<sup>27</sup>). Dit artikel houdt in dat vermogensrechtelijke verhoudingen die voortvloeien uit de wettelijke verdeling van de nalatenschap worden genegeerd, hoewel zij in civielrechtelijke zin wel degelijk bestaan. Het gaat hierbij om de vorderingen van de kinderen op de langstlevende ouder<sup>28</sup> en de daartegenover staande schuld van die ouder aan de kinderen. De op het wettelijk erfrecht gebaseerde verdeling schrijft een verplicht te volgen verdeling van de nalatenschap voor, waarbij de langstlevende ouder van rechtswege de goederen onder aftrek van de schulden krijgt toebedeeld (en daardoor ‘in de spullen’ blijft, zoals dat wordt genoemd<sup>29</sup>). De kinderen verkrijgen als erfgenaam een niet-opeisbare vordering op de langstlevende ouder ter grootte van hun erfdeel, ook wel aangeduid als ‘papieren vermogen’. Art. 5.4 bepaalt dat zij deze vordering niet hoeven op te geven in box 3. Daar staat tegenover dat de langstlevende ouder de daarmee corresponderende schuld niet mag opvoeren in box 3. Deze uitsluiting geldt ook als de schuld samenhangt met bijvoorbeeld een onderne-

20 HR 27 februari 2009, nr. 07/12914, *NFR* 2009/508, *BNB* 2009/203.

21 HR 11 februari 2011, nr. 10/00367, *V-N* 2011/10.19, besproken door S.M.H. Dusarduijn, “De wonderlijke avonturen van een alimentatieverplichting in box 3”, *WPNR* 2011/6884, p. 365-368.

22 Met terugwerkende kracht tot 30 december 2009.

23 P.H.J. Essers, M.L.M. van Kempen e.a., *Studenteneditie 2011-2012, Cursus Belastingrecht* (Inkomstenbelasting), Deventer: Kluwer 2011, p. 935 (onderdeel 5.1.6.A).

24 Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten

(Fiscale verzamelwet 2011), *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 810.

25 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 810, nr. 3, p. 3.

26 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 810, nr. 6, p. 2.

27 *Kamerstukken I* 2011-2012, 33 004, nr. G, p. 8.

28 Art. 5.4 geldt ook voor stiefouders en stiefkinderen (zie het besluit van 19 december 2010, *BNB* 2011/89, punt 3.1), maar niet voor pleegouders en pleegkinderen. J.A.M. Klinkert-Cino roept de wetgever op art. 5.4 uit te breiden met deze ouders en kinderen (“Defiscalisering anno 2012”, *FBN* 2011/65, p. 9).

29 *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 004, nr. 5, p. 6.

ming of een eigen woning, en de wet bepaalt dat een dergelijke schuld niet tot renteaftrek kan leiden.<sup>30</sup> De defiscaliseringsregeling, die dwingend is voorgeschreven, geldt niet alleen voor vorderingen en schulden die voortvloeien uit het wettelijk erfrecht, maar ook voor vermogensrechtelijke verhoudingen die voortvloeien uit het uitvoeren van testamenten waarin de wettelijke verdeling van toepassing is verklaard.<sup>31</sup> Ook ouderlijke boedelverdelingen die worden geacht inhoudelijk overeen te komen met de wettelijke verdeling, vallen onder de reikwijdte van de regeling. De 'faciliteit'<sup>32</sup> gold oorspronkelijk uitsluitend voor de echtgenoot van de overledene en diens kinderen. Later heeft uitbreiding plaatsgevonden naar de kleinkinderen bij plaatsvervulling in geval van vooroverlijden van de tussengeneratie. Met ingang van 1 januari 2010 is de werkingssfeer verder verruimd en wel naar onder meer ongehuwde (samenwonende) partners die met ingang van die datum volgens de bepalingen van art. 1a Successiewet 1956 als partners worden aangemerkt.<sup>33</sup>

Met ingang van 1 januari 2012 is, zoals al aangekondigd in de Fiscale agenda,<sup>34</sup> de reikwijdte van art. 5.4 – qua object – verder uitgebreid.<sup>35</sup> De defiscaliseringsregeling is ook gaan gelden voor niet-opeisbare geldvorderingen van een kind op de langstlevende partner van de overledene die voortvloeien uit een partiële verdeling of uit een legaat tegen inbreng van de waarde of anderszins voortvloeien uit het testament van de overledene. Met deze uitbreiding wordt gehoor gegeven aan de kritiek die in de literatuur is geuit.<sup>36</sup> Zo betoogde Schols dat de wettelijke regeling “niet adequaat [is] en waarschijnlijk [is] opgesteld door personen die niet de mogelijkheid hadden om een kijkje te nemen over de schutting en niet ingewijd waren in de geheimen van de praktijk van het erfrecht”.<sup>37</sup> Hij vervolgt: “Het maakt voor de behandeling van het papieren vermogen een groot verschil welke testamentaire regeling ouders ten behoeve van elkaar hebben getroffen”. De nieuwe redactie van art. 5.4 maakt aan dit verschil in behandeling een einde.

30 Art. 3.16, lid 10, art. 3.120, lid 10 en art. 4.15, lid 2.

31 A.R. Autar, C.B. Baard en W.D. Kolkman (red.), *Compendium Estate Planning*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 300.

32 S.M.H. Dusarduijn meent dat art. 5.4 niet kan worden beschouwd “als een faciliteit nu de langstlevende ouder daardoor een renteaftrek in box 1 en box 2 kan mislopen” (*Vermogensrendementsheffing*, Deventer: Kluwer 2010, p. 134).

33 Art. 5.4, lid 6.

34 *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 740, nr. 1, p. 62.

35 Zie: J.S. Snelderwaard, “Defiscalisering in het erfrecht: per 1 januari 2012 een feit?” (Podium), *FTV 2011/42*, p. 3-4.

36 F.A.M. Schoenmaker, “Op weg naar een optimale begeleiding van het erfrecht in de Wet IB 2001?” (Podium), *FTV 2011/3*, p. 3-5 en verder de literatuur die wordt genoemd door R.E.C.M. Niessen, *De Wet inkomstenbelasting 2001*, negende druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 596-597.

37 F.W.J.M. Schols, “Estate planning? Een generalistisch specialisme”, *AA 2007/12*, p. 1004.

Het herschreven eerste lid van art. 5.4 bevat, om concreter te worden, een opsomming van de niet-opeisbare geldvorderingen<sup>38</sup> op de echtgenoot van een overleden ouder van de belastingplichtige die voor het bepalen van de rendementsgrondslag niet tot de bezittingen van de belastingplichtige behoren. Bij de eerste categorie kwalificerende vorderingen gaat het om vorderingen “die voortvloeien uit de verdeling van de nalatenschap” (onderdeel a). In dat kader kan worden gedacht aan de wettelijke verdeling of aan een ouderlijke boedelverdeling. Ook vorderingen uit een partiële verdeling van de nalatenschap vallen onder deze categorie. De tweede categorie die de wet onderscheidt, betreft vorderingen die ontstaan indien bij een legaat tegen inbreng van de waarde de inbreng wordt schuldig gebleven (onderdeel b). De derde categorie betreft vorderingen “die anderszins voortvloeien uit een uiterste wilsbeschikking” (onderdeel c). Het betreft gevallen waarin de overbedeling van de langstlevende en de daarmee corresponderende onderbedelingsvordering van het kind voortvloeien uit het testament van de erflater. De staatssecretaris heeft bevestigd dat tot deze categorie uiterste wilsbeschikkingen ook behoren testamenten waarbij ongehuwd samenwonenden elkaar tot enig erfgenaam benoemen en aan hun kinderen een kindsdeel toekennen in de vorm van een niet-opeisbaar geldlegaat (nagebootste wettelijke verdeling).<sup>39</sup> Bij de vierde en laatste categorie gaat het om vorderingen die een kind krijgt als hij een beroep doet op zijn legitieme portie. Als een dergelijke vordering niet opeisbaar is, wordt zij gedefiscaliseerd (onderdeel d). Het tweede lid bewerkstelligt dat de vordering die bij het kind niet tot de bezittingen wordt gerekend, bij de echtgenoot van de erflater niet als schuld in aftrek kan worden gebracht.

Dat ook vruchtgebruiktestamenten onder de werking van art. 5.4 vallen, volgt uit het derde lid (onderdeel a). Dit betekent dat als in het testament een vruchtgebruik is gevestigd ten behoeve van de langstlevende echtgenoot, het blote eigendom van de goederen bij het kind niet behoort tot de bezittingen in box 3;<sup>40</sup> bij de langstlevende wordt niet de waarde van het vruchtgebruik, maar de volle waarde van de goederen in de heffing betrokken (lid 4). De defiscaliseringsregeling geldt echter niet als het vruchtgebruik ziet op – bijvoorbeeld – aandelen die tot een aanmerkelijk belang behoren. In die situatie vallen de aandelen voor zowel

38 Bij nota van wijziging is expliciet in de tekst van de wet tot uitdrukking gebracht dat het moet gaan om *niet opeisbare* geldvorderingen.

39 Deze testamenten komen in de praktijk veel voor. Zie: *Kwartaalbericht Estate Planning 2011/44*.

40 Het vruchtgebruik moet binnen twee jaar na het opvallen van de nalatenschap in juridisch opzicht zijn afgegeven (*Kamerstukken II 2011-2012*, 33 004, nr. 5, p. 4).

de langstlevende als het kind onder het regime van het aanmerkelijk belang (box 2)<sup>41</sup> en dan is defiscalisering niet aan de orde.<sup>42</sup>

De regeling blijft, ook onder de nieuwe opzet, beperkt tot vorderingen en de daarmee corresponderende schulden of genotsrechten in gevallen waarin de erflater, zoals dat maatschappelijk gebruikelijk is, goederen nalaat aan zijn langstlevende partner en de kinderen van de erflater alleen een niet-opeisbare geldvordering op de langstlevende of een bloot eigendom krijgen. De rechtvaardiging voor deze beperking – wat de kring van verwanten betreft – kan volgens de staatssecretaris worden gevonden in de maatschappelijke opvattingen over erfopvolging, zoals die ook worden weerspiegeld in het wettelijk erfrecht.<sup>43</sup> Daarom geldt, aldus de staatssecretaris,

*“de defiscalisering alleen in gevallen waarin het wettelijk erfrecht van toepassing is of eenzelfde resultaat wordt bereikt in gevallen waarin dat wettelijk erfrecht niet van toepassing is omdat het Burgerlijk Wetboek daar niet in voorziet (bijv. voor niet gehuwde partners en hun kinderen). Dat houdt in dat partners en de quasi-stiefkinderen die in dezelfde situatie komen te verkeren als echtgenoten en stiefkinderen de defiscalisering kunnen toepassen”.*<sup>44</sup>

De nieuwe regeling sluit – het moet gezegd – beter aan bij het (oorspronkelijke) doel ervan om in situaties van verdeling van een nalatenschap, slechts de vermogensrendementsheffing toe te passen bij degene die (na verdeling) over dat vermogen en de inkomsten daaruit kan beschikken.<sup>45</sup> De belastingheffing is daardoor beter afgestemd op de maatschappelijke realiteit in erfrechtelijke situaties: degene die de beschikking heeft over de vererfde bezittingen wordt voor die bezittingen belast en degene die slechts een niet-opeisbare geldvordering of het blote eigendom (van bepaalde goederen) heeft, wordt niet belast in box 3.

#### 2.4. Heffingvrij vermogen en vrijstellingen

Als eenmaal is vastgesteld dat een vermogensbestanddeel tot de rendementsgrondslag moet worden gerekend, dan blijft dat vermogen soms toch onbelast, omdat een vrijstelling van toepassing is, bijvoorbeeld omdat tot het vermogen directe of indirecte rechten op

een bos of een natuurterrein behoren (art. 5.7). Een vermogensbestanddeel kan ook ‘onderduiken’ in het heffingvrije vermogen (art. 5.5). Deze ‘drempel’ (een vrijstelling ‘aan de voet’), want dat is het heffingvrije vermogen stellig te noemen, strekt ertoe dat belastingplichtigen niet vanaf de eerste euro in de heffing over een forfaitair rendement worden betrokken.<sup>46</sup> De niet-ingezetene die over Nederlandse bezittingen beschikt, zoals in ons land gelegen onroerende zaken of rechten op aandelen in de winst van een onderneming waarvan de leiding in Nederland is gevestigd, heeft geen recht op deze ‘aftrekpost’.<sup>47</sup> Dat ligt anders ingeval een niet-ingezetene met Nederlands inkomen kiest voor toepassing van de regels van de binnenlandse belastingplicht (‘het keuzerecht’).<sup>48</sup> Ook uit het Europese recht kan voortvloeien dat een niet-ingezetene recht op toepassing van het heffingvrije vermogen heeft. Dat is het geval als meer dan 90% van zijn inkomen in de Nederlandse belastinggrondslag valt. Is dat niet het geval, dan is het aan het woonland om rekening te houden met diens persoonlijke, dat wil zeggen draagkrachtbeïnvloedende, omstandigheden.<sup>49</sup> In dat land kan de persoonlijke draagkracht, die gevormd wordt door het totale inkomen, namelijk het gemakkelijkst worden beoordeeld.<sup>50</sup> Er is wel betoogd dat het heffingvrije vermogen niet een dergelijke persoonlijke aftrekpost is, maar een grondslagmaatregel of brongebonden aftrekpost. Met een zodanige aftrekpost moet rekening worden gehouden in het bronland, omdat het Europese recht dat – volgens vaste rechtspraak – vergt. De Hoge Raad denkt daar terecht anders over. De toepassing van het heffingvrije vermogen is afhankelijk van de omvang van het totale voor het vaststellen van de rendementsgrondslag in aanmerking te nemen vermogen van de betrokkene. De(ze) aftrek

*“knoopt (...) niet aan bij (de aard van) enige activiteit van de belastingplichtige of bij (de exploitatie van) bepaalde vermogensbestanddelen, zodat zij niet rechtstreeks verband houdt met bepaalde inkomsten of met de bron waaruit deze afkomstig zijn in die zin dat zij daarmee onlosmakelijk is verbonden”.*<sup>51</sup>

De tegemoetkoming die het heffingvrije vermogen is, houdt in algemene zin verband met de fiscale draag-

41 Art. 4.1 e.v.

42 *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 004, nr. 5, p. 5-6. J.A.M. Klinkert-Cino vindt de keuze van de wetgever om dergelijke vermogensbestanddelen geheel buiten beschouwing te laten ‘iets te gemakkelijk en roept op tot een heroverweging (“Defiscalisering anno 2012”, *FBN* 2011/65, p. 10).

43 *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 004, nr. 5, p. 6.

44 *Kamerstukken I* 2011-2012, 33 004, nr. G, p. 8.

45 *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 004, nr. D, p. 33.

46 Deze tegemoetkoming heeft naar de bedoeling van de wetgever met name effect voor beleggers en spaarders met kleine vermogens. Zie *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 727, nr. 3, p. 237-238.

47 Dit is alleen anders indien een non-discriminatiebepaling in een belastingverdrag daartoe dwingt.

48 Art. 2.5.

49 Zie daarover: J.J.A.M. Korving, *Europees belastingrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 61 e.v.

50 Zie o.a. HvJ EU 31 maart 2011, C-450/09 (Schröder), V-N 2011/19.27, r.o. 37.

51 HR 9 december 2011, nr. 10/01409, V-N 2011/64.10, r.o. 3.5.

kracht van de belastingplichtige; het is derhalve een draagkrachtafhankelijke tegemoetkoming die voortvloeit uit het feit dat de persoonlijke en gezinssituatie in aanmerking wordt genomen. Deze kwalificatie houdt in dat indien een niet-ingezetene voldoet aan het criterium dat het inkomen nagenoeg geheel in Nederland wordt genoten, de 'vrijstelling' moet worden verleend.

### 2.5. Normaal actief vermogensbeheer

Wie vermogen, dat in principe tot de grondslag van box 3 behoort, op zodanige wijze rendabel maakt dat hij de grens of 'drempel' van normaal actief vermogensbeheer overschrijdt, zal het daarmee behaalde resultaat belast zien worden in box 1, en wel als resultaat uit overige werkzaamheden (art. 3.91, lid 1, onderdeel c). Waar de bedoelde grens ligt, is niet altijd even gemakkelijk te bepalen.

In situaties waarin onroerende zaken worden uitgedoond, komt nogal eens de vraag op of sprake is van meer dan normaal actief vermogensbeheer. Dat uitdoonden leidt niet zonder meer tot belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, ook wel 'belastbaar arbeidsinkomen' genoemd; daarvan is volgens de Hoge Raad wel sprake indien de uitdoonding gepaard gaat met werkzaamheden die naar hun aard en omvang onmiskenbaar zijn gericht op het behalen van – redelijkerwijs te verwachten – voordelen die het bij normaal actief vermogensbeheer te verwachten rendement te boven gaan.<sup>52</sup> Deze 'formule' zal menig een weliswaar bekend voorkomen, maar de invulling en toepassing van deze maatstaf is lang niet altijd een eenvoudige aangelegenheid. Indien, om een voorbeeld te noemen, onroerende zaken in verhuurde staat worden aangekocht en na splitsing daarvan in appartementsrechten worden verkocht, kan sprake zijn van belastbare werkzaamheden ('abnormale arbeid'<sup>53</sup>). Bij de beoordeling van de vraag of dat zo is, speelt het door de uitdoonder voeren van een actief huurbeëindigingsbeleid een rol, maar een voorwaarde voor belastbaarheid is dergelijk beleid niet.<sup>54</sup> Ook zonder het voeren van een actief huurbeëindigingsbeleid, kan sprake zijn van meer dan normaal actief vermogensbeheer. Het splitsen in appartementsrechten als zodanig, waarvoor een notaris moet worden ingeschakeld, kan werkzaamheden meebrengen die normaal actief vermogensbeheer te boven gaan, maar dat ligt aan de aard en omvang van de werkzaamheden.<sup>55</sup> De rechter die over de feiten oordeelt, moet duidelijk

maken welke werkzaamheden ten behoeve van de splitsing zijn verricht, en waarom deze normaal vermogensbeheer te boven gaan.<sup>56</sup> Het zal duidelijk zijn dat dat een hachelijke onderneming is.<sup>57</sup> Ook leert de Hoge Raad dat er een tweede categorie uitdoonding bestaat die tot het constateren van belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden aanleiding kan geven, namelijk "indien bijzondere kennis er in belangrijke mate toe heeft bijdragen dat de belastingplichtige met die uitdoonding voordeel heeft kunnen behalen".<sup>58</sup> Wanneer is daarvan sprake? Deze vraag was aan de orde in een zaak waarin iemand een gebouw kocht, bestaande uit negen afzonderlijke woningen. In het jaar dat hij de onroerende zaak kocht, heeft hij het in appartementsrechten gesplitst en vrijwel meteen twee appartementen verkocht. De inspecteur merkte de daarmee behaalde winst aan als resultaat uit overige werkzaamheden, een opvatting die het hof bevestigde. De Hoge Raad denkt daar echter anders over.<sup>59</sup> Hij overweegt dat het oordeel van het hof kennelijk is gebaseerd op bij belanghebbende aanwezige bijzondere kennis, maar uit 's hofs uitspraak blijkt volgens de Hoge Raad onvoldoende waarin het bijzondere karakter van de door het hof in aanmerking genomen kennis schuilt. De wetenschap dat bij een deel van de huurders van een appartementencomplex de wens leeft het door hen gehuurde appartement te kopen en dat er, kort gezegd, een verschil bestaat tussen de aankoopprijs van een verhuurde onroerende zaak en de waarde vrij opleverbaar, is op zichzelf geen kennis die als bijzonder kan worden aangemerkt, zo meent de Hoge Raad.<sup>60</sup> In eerder gewezen arresten oordeelde de Hoge Raad al dat de betekenis van algemeen bekende omstandigheden, zoals het prijsverschil tussen verhuurde en vrij opleverbare woningen en de omstandigheid dat verhuurde woningen op enig moment leeg komen, in de prijs pleegt te zijn verdisconteerd.<sup>61</sup> In een zodanige situatie is de verwachting dat een voordeel zal worden behaald slechts speculatief, omdat de kans daarop geacht mag worden in de (aankoop)prijs te zijn verwerkt. Anders gezegd: louter speculatieve uitzichten op waardeverhoging zijn niet voldoende om van een voordeel uit een werkzaamheid te kunnen spreken.<sup>62</sup>

Ook het uitzetten van gelden op een spaarrekening gaat normaal actief vermogensbeheer niet te buiten.<sup>63</sup>

52 HR 9 oktober 2009, nr. 43.035, *BNB* 2010/117, r.o. 3.3 en HR 24 december 2010, nr. 09/02964, *NTFR* 2011/104.

53 Aldus P. den Boer in zijn noot onder HR 15 juli 1983, nr. 21.830, *BNB* 1983/252.

54 Zie r.o. 3.4 van het in de vorige voetnoot genoemde arrest.

55 Vgl. HR 15 juli 1987, nr. 24.706, *BNB* 1987/276.

56 HR 9 oktober 2009, nr. 43.035, *BNB* 2010/117, *NTFR* 2009/2202, r.o. 3.6.2.

57 Zie Hof Arnhem 30 maart 2010, nr. 09/00368.

58 Zie HR 9 oktober 2009, nr. 43.035, *BNB* 2010/117. In het arrest *BNB* 1986/232 werd (nog) de claus 'belangrijke factor' gebruikt.

59 HR 24 december 2010, nr. 09/02964, *NTFR* 2011/104.

60 Zie r.o. 3.3.2.

61 HR 15 juli 1983, nr. 21.830, *BNB* 1983/252 en HR 9 oktober 2009, nr. 43.035, *BNB* 2010/117, *NTFR* 2009/2202.

62 Vgl. HR 16 juni 1982, nr. 21.053, *BNB* 1983/29.

63 HR 25 februari 2011, nr. 10/00622, *BNB* 2011/116, r.o. 3.3.1.

Dit is volgens de Hoge Raad niet anders wanneer de uitgezette gelden zijn ingeleend en ook niet wanneer de uitgezette gelden zijn ingeleend van een vennootschap waarover de belanghebbende de zeggenschap heeft. De kennis van rentetarieven op spaarrekeningen is ook niet als een bijzondere vorm van kennis aan te merken.<sup>64</sup>

Uit deze arresten rijst het beeld op dat de toepassingsvoorwaarden voor de bron resultaat uit overige werkzaamheden niet bepaald lichter lijken te zijn geworden. Zo heeft de Hoge Raad het, in overeenstemming met de wettekst, over “bijzondere (...) kennis” in plaats van de voorheen gebruikte formulering “kennis, ervaring en relaties”. De woorden ‘bijzondere kennis’ “wekken de indruk van een hogere drempel”, zo merkt Boer terecht op.<sup>65</sup> Uit de eerder geciteerde overweging van de Hoge Raad (“indien bijzondere kennis er in belangrijke mate tot heeft bijgedragen dat de belastingplichtige met die uitponding voordeel heeft kunnen behalen”) valt af te leiden dat (voorkennis of andere) bijzondere kennis slechts leidt tot belastbaar resultaat in gevallen waarin het voordeel vrij snel wordt gerealiseerd.<sup>66</sup> Hoe langer het duurt vooraleer de (potentiële) meerwaarde in de knip

kan worden gestoken, des te groter de kans dat het voordeel als het ware opgaat in de marktontwikkelingen en een meer speculatief karakter blijkt te hebben gehad.

Het resultaat van deze rechtspraak is dat “particuliere vermogenswinsten thans slechts onder zeer bijzondere omstandigheden belast kunnen zijn”, zoals De Kort de stand van zaken treffend samenvat.<sup>67</sup>

### 3. Tot besluit

Een ‘drempel’ is een symbolische overgangszone of -plaats te noemen. Op de grens van de overgang van de ene ‘wereld’ naar de andere valt heel wat te beleven. In het (belasting)recht is dat niet anders, aangezien begrippen en – meer in het algemeen – bepalingen doorgaans pas werkelijk gestalte krijgen op de grenzen van hun toepassingsbereik. In deze bijdrage heb ik aan de hand van recente wetswijzigingen en rechtspraak enkele, wat ik heb genoemd, ‘drempelsituaties’ besproken die alle gemeen hebben dat zij verband houden met (de grenzen van) de vermogensrendementsheffing.

#### **Mr. L.J.A. Pieterse**

*Verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam.*

64 Waar het bij resultaat uit overige werkzaamheden “in essentie om gaat, is of er door het verrichten van arbeid waarde aan het vermogensbestanddeel is toegevoegd”, aldus P.G.H. Albert in *BNB* 2011/116.

65 Zie zijn commentaar in *NTR* 2011/104.

66 Vgl. ook HR 2 november 1983, nr. 22.029, *BNB* 1983/329, in welke zaak een voordeel uit aan- en verkoop van onroerend goed belastbaar werd geoordeeld, omdat belanghebbende “kon voorzien dat de panden op korte termijn met winst zouden kunnen worden verkocht”.

67 J.W.J. de Kort, “Het uitponden van onroerende zaken”, *NTR-B* 2010/5, par. 5.