

De kameleontische trekken van de stichting in het Nederlandse fiscale recht

dr. I.A. Koele¹

1 INLEIDING

Met Harrie van Mens deel ik een fascinatie voor de rechtsvorm van de stichting in het juridisch en maatschappelijk leven.

De essentie van de Nederlandse stichtingsvorm is dat het een juridisch zelfstandige drager is van rechten en verplichtingen, die geen eigenaren of rechtstreeks belanghebbenden kent: een stichting is een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon, welke geen leden kent en beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken (art. 2:285, lid 1, BW).

Wij noemen de stichting daarom wel een doelvermogen. Om de stichting materieel af te bakenen van een vereniging, is hier aan toegevoegd dat het doel van de stichting niet mag inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters die deel uitmaken van haar organen noch aan anderen, tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben. Met deze negatieve voorwaarde (het 'uitkeringsverbod') is beoogd de stichting niet tot duplicaat te maken van haar oprichters of van degenen die beslissende zeggenschap over haar functioneren hebben. De stichting is een abstracte drager van rechten en verplichtingen waarin slechts in uitzonderingssituaties kan worden ingegrepen door de Rechtbank of het Openbaar Ministerie. In de praktijk wordt zij niet zelden vormgegeven in combinatie met een Raad van Toezicht of Raad van Commissarissen, met toezichthoudende bevoegdheden op het bestuur van de stichting. De governance van de stichting kan worden toegesneden op het toepassingsbereik van de stichting.

2 DE VERSCHIJNINGSVORM VAN DE STICHTING IN DE NEDERLANDSE FISCALE RECHTSPRAKTIJK

De Nederlandse rechtspraktijk gebruikt de stichting voor velerlei doeleinden, waarbij de flexibele voorwaarden van het Nederlandse recht ten aanzien van stichtingen uitgangspunt zijn.

We kennen ten minste² de volgende toepassingen:

- a. stichtingen met een algemeen nuttig doel die in fiscale zin als algemeen nut beogende stichtingen ('ANBI') kwalificeren in de zin van art. 6.33 Wet IB 2001 die gevrijwaard blijven van een aantal belastingen;

1 Ineke Koele is oprichter van Koele Private Client Charity, advocaat en belastingadviseur, Deventer.

2 Ik laat onder meer stichtingen die de functie hebben om vermogen verhandelbaar te maken bij wege van 'securitization', buiten beschouwing. Zie hierover C.P.M. van Houte, 'De stichting als special purpose vehicle in het kader van securitization', *Stichting & Vereniging* 2001/4, p. 76-81.

- b. stichtingen met een sociaal doel die in fiscale zin niet als algemeen nut beogende stichtingen kwalificeren, maar mogelijk wel als sociaal belang behartigende instelling kwalificeren (SBBI); op basis van deze kwalificatie wordt een vrijstelling van schenkings- en successierecht verleend voor verkrijgingen door deze stichtingen;
- c. Stichting administratiekantoor die fiscaal meestal als non-existent wordt aangemerkt, omdat de stichting niet economisch gerechtigd is tot het haar toevertrouwde vermogen;
- d. Overige stichtingen, die geen van de andere hierboven genoemde kwalificaties deelachtig zijn. Dit kan een ondernemende stichting zijn die zelf inkomsten verwerft ten behoeve van de verwezenlijking van haar doelstelling. In deze categorie komen ook gemengde stichtingen voor die niet (meer) als ANBI zijn te kwalificeren, of stichtingen die zijn toegerust met een 'oud' vermogen of een vermogen dat afkomstig is uit het buitenland.

Stichtingen met een zuiver privaat doelvermogen kwamen tot voor kort in de Nederlandse rechtspraktijk niet of nauwelijks voor vanwege de prohibatieve heffing van schenkingsrecht bij schenkingen aan en uitkeringen uit een dergelijke stichting tegen het hoogste, zogenoemde 'derdentarief' (een progressief tarief variërend van 41% tot 68% tot 1 januari 2010; vanaf die datum een vast tarief van 40%).

Met ingang van 2010 heeft de introductie van het begrip afgezonderd particulier vermogen (APV) in de fiscale wetgeving de fiscale kwalificatie van de verschillende toepassingsvormen van de stichting uitgebreid met een nieuwe categorie. Het gevolg hiervan is dat wij nu stichtingen kennen die in juridische en economische zin zijn gerechtigd tot vermogensbestanddelen en de daaruit voortvloeiende inkomsten en uitgaven, die in fiscale zin worden toegerekend aan anderen dan de juridische drager van deze rechten (en verplichtingen).

De introductie van het APV-regime is ingegeven door de wens om buitenlandse doelvermogens die worden gebruikt om vermogen te 'shelteren', te negeren en het daarin gestructureerde vermogen in handen van de originele eigenaren c.q. hun erfgenamen te belasten. Om deze wetgeving echter 'EU proof' te laten zijn, is een van vestigingsplaats en rechtsvorm onafhankelijke abstracte definitie geïntroduceerd: het afgezonderd particulier vermogen. In Nederland gevestigde stichtingen kunnen eveneens kwalificeren als een APV.

Een stichting waarmee 'meer dan bijkomstig'³ een particulier belang wordt beoogd, kwalificeert als APV tenzij (a) tegenover de afzondering van dit vermogen een uitreiking van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten heeft plaatsgevonden, of (b) een economische deelgerechtigdheid is ontstaan, ofwel (c) de stichting kwalificeert als een SBBI (art. 2.14a Wet IB 2001). De consequentie van de kwalificatie als APV is dat, voor de toepassing van de Wet IB 2001, het daarin

3 Volgens de parlementaire geschiedenis dient dit te worden uitgelegd, afhankelijke van de feiten en omstandigheden, als 10% à 15% en kan dit zien op zowel activiteiten als op de aard en de grootte van het vermogen. Indien het vermogen slechts (in minimale zin) wordt aangewend voor uitkeringen aan familieleden, is op basis van de activiteitentoefts sprake van een APV ook al betreft het minder dan 10% van de inkomsten. Memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3 en nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr. 9, V-N 2009/41.2.

afgezonderde vermogen en de daaruit voortvloeiende opbrengsten en uitgaven worden toegerekend aan de overdrager. Na het overlijden van de inbrenger vindt toerekening plaats aan diens erfgenamen, per erfgenaam in dezelfde verhouding als hij verkrijger krachtens erfrecht is van de overledene. Heffing van inkomstenbelasting komt uiteraard alleen aan de orde indien de inbrenger c.q. diens erfgenamen in Nederland belastingplichtig is dan wel zijn ten aanzien van de toegerekende vermogensbestanddelen c.q. de daaruit voortvloeiende inkomsten.

Voor toepassing van de schenk- en erfbelasting wordt het afzonderen van vermogen in een APV niet als belastbare verkrijging aangemerkt⁴ en worden uitkeringen uit een APV-stichting geacht te zijn verkregen van de persoon of personen waaraan het vermogen van het APV voor de heffing van inkomstenbelasting wordt toegerekend (hierna: 'de toegerekende').⁵ Indien er door het overlijden van de toegerekende afdwingbare rechten ontstaan voor (bepaalde) begunstigden van de APV-stichting, wordt erfbelasting geheven alsof de toegerekende dit recht heeft gelegateerd aan de betreffende begunstigde.⁶

Het begrip 'afzonderen van vermogen' wordt in de wet en parlementaire geschiedenis buitengewoon ruim omschreven. Niet alleen kunnen vervreemdingen hier ook toe worden gerekend, maar ook de afzondering door vennootschappen wordt geacht zijn grond te hebben in het private belang dat wordt gediend door het APV en aldus kan de afzondering worden doorgetrokken naar de achterliggende aandeelhouders van een 'afzonderende' vennootschap.

Hoewel de fiscale wetgeving niet spreekt van transparantie⁷ van het APV, is dat wel de strekking van deze wetgeving. Door middel van diverse ficties wordt, in weerwil van de juridische realiteit, vermogen en schenkingen toegerekend aan personen die belastingplichtig zijn voor de Wet IB 2001. Dat deze methode van wetgeving tot aanzienlijke uitvoeringsproblemen en vragen zal leiden, is in de literatuur allerwegen aan de orde gesteld.⁸ De nieuwe wetgeving heeft al voorgesorteerd op opzetjes, zodat ook wordt toegerekend aan de ontferde erfgenamen die zelf, of wier partner of bloed- of aanverwant wel begunstigden zijn van het APV.

De introductie van het APV-regime biedt kansen voor nieuwe toepassingsvormen van de Nederlandse stichting. Zo is de aan het begin van deze eeuw gevoerde discussie over de invoering van een familiestichting⁹ grotendeels achterhaald. Als de familiestichting zodanig wordt opgezet dat geen sprake is van overtreding

4 Art. 17a Successiewet 1956.

5 Art. 17 Successiewet 1956.

6 Art. 16 lid 2 Successiewet 1956.

7 Bij een fiscale transparantie kan nog worden aangenomen, dat het karakter van een vermogensbestanddeel c.q. inkomst behouden blijft ondanks de toerekening ervan aan een ander persoon dan de juridische drager van de rechten. In deze zin kan beter worden gezegd dat het APV geheel wordt genegeerd en dus in feite non-existent is voor het fiscale recht ten aanzien van de inbrenger. Het laatste woord is hier zeker niet over gezegd, nu er in de praktijk nog diverse toerekeningsproblemen rijzen die nader zullen moeten worden geregeld.

8 Zie X.G.R. Auerbach, 'Afgezonderd Particulier Vermogen: Constructiefouten', *WFR* 2010/6874, en de door hem in noot 3 en 5 weergegeven literatuur.

9 Voor een kort overzicht: 'De warme, de koude en de dode hand, rapport van de werkgroep herziening successiewetgeving ('Commissie Moltmaker'), 13 maart 2000; W. Burgerhart en P.F. Veltman, *De familiestichting*, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, Amersfoort 2004; F. Sonneveldt, *De familiestichting, Een exposé over existentie en extinctie*, (Serie Estate planning deel 2), Kluwer, Deventer 2002.

van het uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW, kan een familiestichting zonder nadelige fiscale consequenties in Nederland worden ingericht tot behoud van het familievermogen.¹⁰

Van een APV is conceptueel uitgesloten de stichting administratiekantoor ('STAK'), omdat er tegenover de afzondering van vermogen in een STAK een uitreiking van certificaten heeft plaatsgevonden. Voorts is de SBBI met zoveel woorden uitgesloten van het APV regime.¹¹ Hoewel het begrip SBBI nog allerm minst duidelijk omljnd is, ligt het in de lijn van de verwachting dat als SBBI kunnen worden gekwalificeerd stichtingen die ten behoeve van sociale conglomeraten activiteiten verrichten, zoals bedrijven, dorpen, buurten.¹²

Conceptueel is volgens de wetgever de ANBI uitgesloten van het APV-regime, nu een ANBI nagenoeg uitsluitend, dat is ten minste voor 90%, het algemeen nut beoogt en daarmee buiten de reikwijdte van het begrip APV valt, omdat dan juist voor ten minste 10% een privaat belang zou moeten worden beoogd. In de terminologie van de wetgever zijn het APV en het ANBI regime derhalve 'communicerende vaten'.¹³ Wat er zij van de rekenkundige precisie van de wetgever, een algemeen nut beogende instelling zal geen private belangen beogen, ook niet voor minder dan 10%. Ik kom hierop in par. 3 terug.

Voorts bestaat een belangrijke restcategorie, in de terminologie van de wetgever een 'overig doelvermogen' waarbij een stichting een belang dient dat weliswaar niet als algemeen nut kwalificeert, maar evenmin als een privaat belang in de zin van de APV-wetgeving. In de parlementaire geschiedenis¹⁴ wordt het voorbeeld gegeven van een stichting die opereert als aandeelhouder van een vennootschap en de stichting de uit de onderneming vrijkomende middelen reserveert en investeert voor resp. in de onderneming en participeert in andere ondernemingen ter bevordering van de bedrijvigheid en de daaraan verbonden werkgelegenheid. Indien uit de feiten en omstandigheden is af te leiden, dat de stichting niet een privaat belang (van de oorspronkelijke aandeelhouders) beoogt, maar er integendeel 'hermetische schotten' zijn aangebracht tussen de oorspronkelijke aandeelhouders, hun erfgenamen en de stichting, dan kan een dergelijk doelvermogen als 'overig doelvermogen' kwalificeren, aldus de wetgever. Het vermogen van een overig doelvermogen wordt aan niemand toegerekend en wordt volgens de normale regels van de Wet Vpb in de belastingheffing betrokken (geen vennootschapsbelasting, tenzij de stichting geacht wordt een onderneming te drijven).

Het ligt op de weg van de belastingdienst om aan te tonen dat sprake is van een APV. Alle wettelijke definities en ficties ten spijt, betekent dit dat de belastingdienst zal moeten aantonen dat een stichting met het afgezonderde vermogen meer dan bijkomstig een privaat belang 'beoogt'; de wettekst spreekt over een 'afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd'. Hoewel de (mede)wetgever het in de parlementaire behandeling doet voorkomen alsof elke stichting de verwezenlijking vormt van de subjectie-

10 Zie M.U.M.A. Waaijer-Linders, 'Trust in de familiestichting', WPNR 2010/6848.

11 Art. 2.14a, lid 2, Wet IB 2001.

12 Overigens is het onduidelijk waarom uitgebreide familiebanden niet als 'sociaal belang' zou kunnen worden gekwalificeerd. Het onderscheid met bedrijven en buurten komt nogal artificieel over.

13 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 9, V-N 2009/41.2.

14 Memorie van antwoord, Kamerstukken II, 2009-2010, 31930, nr. D.

ve, private intenties van degene die vermogen overdraagt aan de schenker, is dit echter bepaald geen fictie en ligt de bewijslast daarvan in een concreet geval bij de Belastingdienst.

De groep 'overige doelvermogens' zou in de praktijk om die reden wel eens aanzienlijk groter kunnen zijn dan de belastingdienst voor ogen heeft.

3 KAMELEONTISCHE EIGENSCHAPPEN VAN DE STICHTING IN HET FISCALE RECHT

3.1 Inleiding

Met de introductie van het APV regime, de toenemende aandacht voor het ANBI-regime en de ontwikkeling van het gloednieuwe SBBI regime kan stellig worden beweerd dat de fiscale kwalificatie van een stichting onderhevig is aan forse turbulentie. Niet alleen de afbakening tussen die verschillende kwalificaties zal aanleiding geven tot nadere beschouwingen, maar ook de vraag op welk moment een stichting kwalificeert als APV of juist niet is een vraag die naar mijn mening schromelijk is onderschat in het wetgevend proces.

De fiscale kwalificatie van een stichting wordt in het wettelijk systeem niet éénmalig, dat wil zeggen voor eens en altijd, bepaald, maar dient voortdurend opnieuw te worden geverifieerd. De ANBI status kan met terugwerkende kracht worden ingetrokken en het is ook zeker niet denkbeeldig dat een kwalificatie als APV of SBBI met terugwerkende kracht aannemelijk kan worden gemaakt door de belastingdienst. De fiscale consequenties van deze kwalificatiewijzigingen kunnen substantieel zijn en zullen in veel situaties vragen oproepen, die nog onbeantwoord zijn.

Indien tot het vermogen van een APV bij voorbeeld een aanmerkelijk belang behoort in een vennootschap, kan de kwalificatiewijziging op zichzelf leiden tot belastingheffing. Immers, verliest het APV haar kwalificatie als zodanig, dan kan er een realisatiemoment worden aangenomen en dient te worden afgerekend over een eventuele waardevermeerdering van het aanmerkelijk belang bij degene die eerder het vermogen heeft overgedragen aan het APV. De APV regeling kent geen overgangsrecht ten aanzien van het aanmerkelijk belang, zodat een tijdelijke APV positie een aanmerkelijk belang tegen de historische verkrijgingsprijs fictief toe kan rekenen aan een individuele belastingplichtige.¹⁵ Bij verlies van de APV status kan vervolgens – wederom fictief – een winst uit aanmerkelijk belang worden belast op de voet van art. 4.16, lid 1, onderdeel g, nu er niet langer sprake is van een aanmerkelijk belang in handen van deze belastingplichtige. In de parlementaire geschiedenis is hier slechts kort bij stilgestaan; de wetgever meende dat een vorm van onbelaste sfeerovergang niet past binnen deze regeling.¹⁶

15 Art. 10a.7, lid 5, Wet IB 2001.

16 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 9, V-N 2009/41.2.

3.2 Kameleontische reactie door wijziging ‘beogen’

Wat als eerste opvalt, is dat voor de toets of sprake is van een APV het ‘beogen’ de doorslag geeft. Indien meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd met een afgescheiden vermogen, is sprake van een APV. De vergelijking met de kwalificatie van een stichting als ANBI dringt zich hier op, nu de zo begerenswaardige positie van een ANBI draait om de vraag of sprake is van een nagenoeg uitsluitend het algemeen nut *beogende* instelling. De intenties van de stichting spelen de hoofdrol in het debat of sprake is van een ANBI, een APV, een SBBI of een overig doelvermogen. Dat het niet past om daarbij te gaan ‘cijferen’ naar gelang de activiteiten van de organisatie of de (besteding van) het vermogen van de stichting, heb ik recent uitgebreider betoogd in het Weekblad voor Fiscaal Recht.¹⁷ De praktijk is weerbarstiger dan de eenvoudige voorbeelden die de wetgever heeft geschetst tijdens de parlementaire behandeling; het is te verwachten dat er in de praktijk veel interpretatievragen zullen rijzen over de intenties van een stichting en de relevantie van deze intenties met betrekking tot de APV wetgeving. Daarbij zal men ook het onderscheid tussen ‘motief’ en ‘intentie’ steeds duidelijk moeten weten te trekken. Zoals het achterliggende motief bij een schenking niet relevant is voor de voor een schenking – juridisch relevante – liberaliteit, zo zal het motief voor een afscheiding van vermogen niet relevant zijn bij de beoordeling of een stichting een meer dan bijkomstig particulier belang beoogt. In andere woorden: een privaat motief voor het afzonderen van vermogen door degene die het vermogen afzonderd is niet maatgevend voor de kwalificatie van een stichting als APV.

Een stichting kan derhalve van ‘kleur verschieten’ indien het stichtingsbestuur haar intenties wijzigt of indien haar intenties anders worden geïnterpreteerd door de belastingdienst c.q. de fiscale rechter in hoogste instantie.

Een in het buitenland gevestigde APV dat in het leven is geroepen door Nederlandse inwoners kan bijvoorbeeld besluiten om haar doelstelling en activiteiten om te buigen naar het algemeen nut. Dit is geheel in lijn van de oproep die door Warren Buffett in 2010 deed aan vermogende families om de helft van hun vermogen aan filantropie te wijden onder het motto: ‘Every saint has a past, every sinner has a future’. Daarbij rijst uiteraard de vraag of het vermogen van de stichting niet in de vorm van een periodieke gift zou kunnen worden bestemd ten behoeve van het algemeen nut.

Een APV kan haar statuten wijzigen en ‘hermetische schotten’ aanbrengen met de familie van haar benefactor waardoor zij verandert in een overig doelvermogen. Anderzijds kan een overig doelvermogen van kleur verschieten en APV worden, doordat een stichtingsbestuur op enig moment besluit uitkeringen mogelijk te maken (zonder concrete rechten toe te kennen) aan een hulpbehoevend familielid van degene die het stamvermogen in de stichting heeft gebracht. Daarmee kan het stichtingsvermogen bevrijd worden van de fiscale klem van het schenkingsrecht tegen dementarief, wat tot 2010 in dit soort situaties vaak prohibitief was om nog uitkeringen te doen.

17 I.A. Koele, ‘De kwaliteiten van algemeen nut beogende instellingen gewogen’, *WFR* 2010/6876.

3.3 Kameleontische reactie door toekenning concreet afdwingbare rechten

De toerekening van vermogensbestanddelen wordt gestopt zodra een ander dan de inbrenger een concreet juridisch afdwingbaar recht verkrijgt tot dit vermogen. In de memorie van toelichting¹⁸ wordt dit als volgt omschreven:

‘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 art. 2.14a Wet IB 2001 alleen voor het discretionaire deel. Het niet-discretionaire deel, het ‘fixed’ deel, wordt op grond van art. 5.3, lid 2, onderdeel f, van de Wet IB 2001, rechtstreeks toegerekend aan de gerechtigde tot dit niet-discretionaire deel.’

Dit is kort neergelegd in de uitvoeringsregeling¹⁹: Degene die als begunstigde een juridisch afdwingbaar recht heeft ten laste van een afgezonderd particulier vermogen, wordt in zoverre in de belastingheffing betrokken.

Met betrekking tot de toepassing van deze regels op de verschillende typen trusts (met als basisvormen een ‘fixed trust’ versus een ‘discretionary trust’) is in de literatuur de nodige verwarring ontstaan.²⁰ De strekking van de APV wetgeving ten aanzien van trusts is echter eenvoudig te duiden: indien een of meer gerechtigden een juridisch afdwingbaar recht hebben ten opzichte van het trustvermogen, is dit vermogen in zoverre niet te kwalificeren als een APV en zal deze gerechtigdheid zelfstandig worden gekwalificeerd. De Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat een dergelijke gerechtigdheid niet te kwalificeren is als een periodieke uitkering ex art. 3.101, lid 1, onderdeel c, Wet IB 2001 nu de gerechtigdheid een tegenwaarde vormt voor de afzondering door een derde in de trust.²¹ We komen dan inderdaad uit bij een kwalificatie in box 3 op basis van art. 5.3, lid 2, onderdeel f, ongeacht de vraag op welke wijze de aanspraken van de gerechtigde(n) exact zijn geformuleerd. Uiteraard kan de aanspraak van de gerechtigde ook betrekking hebben op een aanmerkelijk belang, in welk geval onder omstandigheden de kwalificatie van de gerechtigde conform de regels van box 2 wordt bepaald.

Het begrip periodieke uitkering kan in deze context geen rol spelen bij een stichting, nu een stichting anders dan een trust een rechtspersoon is en een periodieke uitkering die wordt ontvangen van een rechtspersoon slechts wordt belast in box 1 als ‘aangewezen periodieke uitkering’ indien het een *niet* in rechte vorderbare uitkering betreft.²²

18 Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3.

19 Art. 4a, lid 1, Uitv.reg. Inkomstenbelasting 2001.

20 J.P. Boer en R.M. Freudenthal, ‘De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust; afgezonderd of niet?’, *WPNR* 2009/6802; E.R. Roelofs, ‘Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de fixed trust niet’, *WFR* 2010/6887.

21 Onder meer Hoge Raad 26 oktober 2007, *BNB* 2008/122. Anders dan Roelofs in het in de vorige voetnoot genoemde artikel stelt, oordeelt de Hoge Raad juist dat er geen sprake is van een periodieke uitkering en heeft de Hoge Raad niet uitdrukkelijk geoordeeld dat een fixed trust als ‘entiteit’ dient te worden gezien.

22 Art. 3.101, lid 1, onderdeel d, Wet IB 2001.

Het vermogen in een stichting dat aanvankelijk wordt toegerekend op de voet van art. 2.14 Wet IB 2001 aan de toegerekende kan van fiscale kleur verschieten indien het bestuur van de stichting besluit tot toekenning van een juridisch afdwingbaar recht, bijvoorbeeld in de vorm van een levenslange uitkering aan een begunstigde. In plaats van de toegerekende wordt vanaf dat moment de begunstigde belastingplichtig ten aanzien van de inkomsten uit dit vermogen.

3.4 Kameleontische reacties doordat APV betrokken wordt in belastingheffing

De wetgever heeft een belangrijke uitzondering geformuleerd op de toerekeningsfictie van een APV in art. 2.14a, lid 7, Wet IB 2001. De toerekening is niet van toepassing op vermogensbestanddelen en daaruit resulterende opbrengsten en uitgaven waarvoor het APV wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing.

Het uitgangspunt is dat de toerekening van het vermogen van een APV aan een IB-belastingplichtige wijkt indien het vermogen van de APV zelf wordt 'betrokken in een belasting naar de winst'. De terminologie lijkt te verwijzen naar het begrippenapparaat in art. 13, lid 11, Wet Vpb 1969, dat handelt over onderworpenheid van een deelneming aan een belasting naar de winst die 'resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing'. Die heffing wordt aanwezig verondersteld indien het een systeem betreft met een regulier tarief van ten minste 10%.

Nu laat een in het buitenland gevestigde APV zich al snel vergelijken met een Nederlandse stichting wat betreft de onderworpenheid aan een naar Nederlandse begrippen reële heffing, omdat een Nederlandse stichting als zodanig uitsluitend belastingplichtig is voor winsten uit een door de stichting gedreven onderneming. Uit dit gegeven blijkt al dat de primaire gedachte achter de uitzondering op de toerekening niet deugt, nu hier in essentie een onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse stichtingen-APV's die als zodanig niet belastingplichtig zijn en buitenlandse APV's. Indien deze onderworpen zijn aan enige belastingheffing vindt er geen toerekening plaats van het vermogen aan een andere belastingplichtige, nu dit zou leiden tot economische dubbele belastingheffing. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt toegelicht dat het gaat om een partiële benadering, waar wordt gesteld dat de toerekening van art. 2.14a Wet IB 2001 beperkt blijft tot die activiteiten c.q. vermogensbestanddelen die niet voldoen aan de voorwaarde van een naar Nederlandse begrippen reële heffing.

Vervolgens is in de wet Overige Fiscale Maatregelen 2010 bij wijze van een zogenaamd 'technische wijziging' een bepaling toegevoegd aan art. 2.14, lid 7 inhoudende dat het APV wordt geacht een onderneming te drijven met behulp van zijn gehele vermogen. De bedoeling van de wetgever is te benadrukken dat het moet gaan om een reële heffing over het gehele vermogen van een APV wil de toerekening waarin art. 2.14a Wet IB 2001 voorziet, achterwege blijven. Deze wijziging is ingegeven door de angst dat een heffing van nihil naar Nederlandse begrippen ook een reële heffing zou zijn nu een Nederlandse stichting slechts belastingplichtig is indien en voor zover deze een onderneming drijft. Nog voordat de nieuwe wetgeving was ingevoerd, werd deze aldus weer gewijzigd.

Indien slechts een derde van het vermogen van een APV betrokken wordt in een heffing van (bijvoorbeeld) 25%, zal er door deze toevoeging geen sprake zijn van een per saldo reële heffing, ook niet ten aanzien van deze vermogensbestanddelen.

Het is evident dat er in de huidige redactie wel sprake kan zijn van (economische) dubbele heffing; indien slechts 1/3 van het vermogen van een buitenlandse APV in een Nederlandse vennootschap is ondergebracht en het overige vermogen als zodanig niet belast wordt in het APV, zal er op de voet van art. 3 juncto art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969 Nederlandse belasting verschuldigd zijn door het APV. Niettemin wordt het gehele vermogen op de voet van art. 2.14 Wet IB 2001 toegerekend, als gevolg waarvan hetzelfde belang in de Nederlandse vennootschap wordt toegerekend aan een inkomstenbelastingplichtige.

Dat is niet in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever en lijkt het gevolg van heuse en haastige 'plakbandwetgeving'.²³

Overigens zou ook in de originele versie van het wetsvoorstel dubbele heffing optreden in het geval het APV in het land van haar creatie is onderworpen aan een belasting die net niet resulteert in wat wij in Nederland verstaan onder een 'reële heffing'. Een wijziging van onze definitie van een 'reële heffing' of een wijziging van het lokale belastingsysteem²⁴, zowel als een wijziging in de structurering van het vermogen van het APV, kan een kameleontische reactie opleveren van het APV met als gevolg dat het gehele vermogen niet langer wordt toegerekend op de voet van art. 2.14a Wet IB 2001. Het is onbegrijpelijk dat de wetgever zo gemakkelijk voorbij is gegaan aan het duidelijke en constructieve commentaar van de Raad van State op de voorgestelde toerekeningsstop van art. 2.14, lid 7, Wet IB 2001:

'Deze uitzondering doet afbreuk aan het regime, omdat de toerekening van de bezittingen en schulden achterwege blijft. In de toelichting is niet ingegaan op de redenen die deze inbreuk rechtvaardigen. Het enkele feit dat een belasting naar de winst wordt geheven is niet toereikend voor rechtvaardiging van deze uitzondering, omdat dubbele belasting ook kan worden voorkomen door bij degene die het vermogen heeft afgezonderd de geheven winstbelasting te verrekenen als ware deze belasting een belasting naar het inkomen.'²⁵

De combinatie van een economische dubbele heffing bij partiële belastingplicht van een APV en een niet gefacilieerde sfeerovergang bij een kameleontische reactie van een APV, zal onder omstandigheden tot buitengewoon onredelijke resultaten leiden die veel verder strekken dan hetgeen de introductie van het APV regime wenst te bestrijden.

23 Zie ook X.G.R. Auerbach, 'Afgezonderd Particulier Vermogen: constructiefouten', *WFR* 2010/6874, p. 1180. Overigens deel ik de mening van Auerbach niet dat het probleem hier is dat art. 2.14a Wet IB 2001 niet doorwerkt naar art. 3 Wet Vpb 1969. De bedoeling van de wetgever is immers dat de inkomstenbelasting terugtreedt voor de vennootschapsbelasting.

24 Binnen de EU invloedssfeer wordt in offshore jurisdicties gesproken over invoering van een minimum tarief van 10% om een nieuw 'level playing field' te creëren. Zie bijv. discussies in de Channel Islands in de context van de EU Code of Conduct.

25 Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II, 2008-2009, 31930, nr. 4, V-N 2009/22.4.

De fiscale duiding van de rechtsgevolgen van een stichting is anno 2011 tot een complex vraagstuk geworden, waar belastingkundigen zich nog jarenlang het hoofd over zullen breken. Nederland is uniek in haar veelzijdige toepassingsbereik van de stichting en in haar uiteenlopende fiscale kwalificatie ervan. De introductie van het APV leidt tot zowel bewondering voor de daadkracht van de Nederlandse wetgever ('cowboy country') als cynisme, waar het de ongenueanceerdheid en ondoordachtheid van de regeling betreft. Wat belangrijker is, is de vraag in hoeverre deze nieuwe wetgeving vermogens en vermogende families doet vertrekken naar locaties waar het in de ogen van de justitiabelen c.q. hun adviseurs beter geregeld is of dat men met het nieuwe APV-regime juist in staat zal zijn om APV's c.q. vermogende families een stabiele thuishaven te bieden. De opbrengsten voor de Nederlandse samenleving die samenhangen met het antwoord op deze vraag zijn vele malen groter dan de belastingopbrengst die door het Ministerie van Financiën werd geschat ten gevolge van de introductie van de APV.²⁶ Het gaat daarbij immers niet alleen om belastingopbrengsten, maar om de economische gevolgen in het algemeen van migratie van vermogens en vermogende families. Ik bepleit daarom van harte dat de in oorsprong repressieve APV-wetgeving nader zal worden geëvalueerd met het oog op een pragmatische en reële toepassing ervan in de praktijk.

26 Illustratief is onder meer de recente studie van Stonehage over de invloeden van belastingwijzigingen met betrekking tot het 'non domiciled resident' regime in de UK, zie http://www.stonehage.com/assets/articles/2010_03.pdf.