

Fiscale aspecten van maatschappelijke vrijgevigheid

In dit artikel schrijft Ineke Koele over de juridische en fiscale structuren die schenken dienen te faciliteren. Nederland schiet daarin nog te kort vergeleken met landen die op het gebied van filantropie al meer volwassen zijn, zoals het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Zij maant de overheid niet de concurrentie aan te gaan met het private initiatief maar deze juist te steunen.

0. Inleiding

In Nederland wordt veel te weinig stilgestaan bij de principes die gepaard gaan met de fiscale aspecten van maatschappelijke vrijgevigheid. Het is geen toeval dat in alle westerse democratieën maatschappelijke vrijgevigheid buiten het fiscale domein wordt gehouden (dat wil zeggen: aftrekbaar van belastbaar inkomen en vrijgesteld van schenk- en erfbelasting). Het is geen toeval, omdat er beginselen aan ten grondslag liggen die te categoriseren zijn tot de politieke filosofie en sociologie.

Die beginselen worden internationaal geduid onder de term 'pluralism'. Het pluralisme, ofwel de *verscheidenheid* van de westerse maatschappij, is de waarde die wordt toegekend aan het privaat initiatief op maatschappelijk terrein. Wat strakker geformuleerd: de overheid heeft niet het monopolie op het 'algemeen nut' en privaat georganiseerd 'algemeen nut' dient op gelijke wijze te worden behandeld als de overheid. De overheid betaalt toch ook geen belasting?

Dat betekent dat algemeen nut beogende organisaties (ANBI's) vrijgesteld dienen te zijn van belastingdruk en dat maatschappelijke vrijgevigheid binnen de normen

dient te zijn die de fiscale wetgever daaraan stelt, gedefiscaliseerd¹. De overheid treedt al decennia lang terug op kerntaken, het stellen van randvoorwaarden en toezicht; de rest van de maatschappelijke vorming wordt daarmee bewust overgelaten aan de maatschappij.

Met het toenemen van de kloof tussen politiek en bevolking groeit de waarde van het maatschappelijk initiatief en wel zodanig, dat de 'monitordemocratie' wordt gepresenteerd (John Keane) als dé vorm van democratie die met de nodige 'checks and balances' populisme en willekeur dient te beteugelen². Juist dit principiële karakter van de giftenaftrek maakt ook dat deze regeling en vergelijkbare regelingen in andere westerse democratieën glansrijk alle budgettaire overheids crises hebben overleefd.

Het is mij dan ook een raadsel waarom soms uit de mond van hoogleraren fiscaal recht wordt vernomen dat de giftenaftrek maar beter kan verdwijnen³, zonder overigens enige dragende betekenisvolle motivering. Ondertussen maakt het voortdurend aan de orde stellen van de giftenaftrek wel dat hoognodige maatschappelijke vernieuwingen niet voldoende tot ontwikkeling komen.



Er hangt voortdurend een dreiging boven de bühne die maakt dat er weinig wordt geïnvesteerd in de ontwikkeling van major donorbeleid. Het is de uitdrukkelijke verantwoordelijkheid van de overheid niet te acteren met dubbele agenda's en de zo gewenste 'participatiesamenleving' ondubbelzinnig na te streven.

Het volgt uit het voorgaande dat de idee om vanuit empirische onderzoeken de 'effectiviteit' van de giftenaftrek te beoordelen, moet worden verworpen. Deze effectiviteit is een principiële en gaat niet uit van de gedachte van een bewuste subsidie, wat een wezenlijk verschil in benadering is. Overigens zijn er andere redenen waarom goede doelen niet wezenlijk investeren in major donorbeleid, wat terug te voeren is op het opleidingskarakter van fondsenwervers (nog immer niet gericht op major donors, maar op massacommunicatie), het vereiste langetermijnperspectief versus de kortetermijnbehoefte van goede doelen en de hierboven al genoemde onzekerheid over het fiscale klimaat. Het feit dat goede doelen (nog) niet goed zijn in het 'nutten' van een giftenaftrek doet helemaal niets af aan het principeel onaantastbare uitgangspunt daarvan. Afschaffing van de giftenaftrek zou maatschappelijke vrijgevigheid denatureren tot consumptieve uitgaven en maakt van de wetgever een usurpator ten koste van de pluriformiteit in de samenleving. Om burgers meer bewust te maken van de maatschappelijke functie die hun vermogen kan hebben, is het van belang om enkele stappen achteruit te lopen en vanaf een breder perspectief de zaak te aanschouwen.

- Het zou aangemoedigd moeten worden dat vermogende particulieren vermogen als een verbinder beschouwen, niet als

een *divider*. Dat kan alleen als het vermogen een functie heeft. Het nalaten van een groot vermogen aan de volgende generatie is, zoals inmiddels vrij algemeen bekend is, geen goed idee (voor die generatie). Het nalaten van vermogen aan charitatieve instellingen is in alle westerse democratieën bovendien principieel vrijgesteld van schenk- en erfbelasting. Schenkingen tijdens leven zijn bovendien aftrekbaar. In de landen waar private vermogens een belangrijke rol spelen in de maatschappij wordt gehecht aan hoge erfbelasting voor niet-maatschappelijke bestemmingen (met een voetvrijstelling voor directe familieleden), zoals Carnegie zei als een '*mark of the state's condemnation of the selfish millionaire's unworthy life*'. De erfbelasting als straf voor het nalaten van maatschappelijke vrijgevigheid. Doe je boven een bepaald vermogen niet mee aan de inrichting van de verscheidenheid, de pluriformiteit van de samenleving, dan mag de staat een belangrijk deel belasten. De erfbelasting voor de inspiratieloze vermogenden.

- Het opheffen van fiscale belemmeringen voor maatschappelijke vrijgevigheid. Dat is vele malen belangrijker dan het onder dubieuze voorwendselen presenteren van een Geefwet⁴ die slechts een tijdelijke 'extra' aftrek creëert voor schenkingen aan culturele instellingen. Dit roept alleen maar de politieke weerzin op die de participatiesamenleving nu juist niet kan gebruiken (rijke mensen krijgen nog meer voordeel) en verdient mijns inziens dan bepaald geen loftrompet; ik kan mij ook goed voorstellen dat culturele instellingen om die reden bewust geen gebruik maken van de meer dan honderd procent aftrek. Een schenker die €4.000 schenkt



kan €5.000 aftrekken, bij een toptarief leidt dit voor de schenker tot een netto-schenking (na teruggaaf van belasting) van €1.400. De regeling vervalt op 1 januari 2018 en wordt voor schenkingen van maximaal €5.000 toegepast.

1. Giftenaftrek

De wijze waarop de giftenaftrek in Nederland vormgegeven is, verklaart waarom er maar beperkt gebruik van wordt gemaakt. Enerzijds is de 'gewone' giftenaftrek beperkt tot maximaal tien procent van het verzamelinkomen na aftrek van het drempelbedrag ter grootte van een procent van het verzamelinkomen (voor toepassing van de giftenaftrek). Dat betekent dat de 'gewone' giftenaftrek maximaal negen procent van het verzamelinkomen bedraagt. De meeste huishoudens die kleinere schenkingen doen, komen niet boven de drempel van een procent uit.

Alleen indien gebruik wordt gemaakt van de periodieke giftenaftrek, die ertoe strekt dat gedurende ten minste vijf jaren giften worden gedaan in de vorm van vaste en gelijkmatige periodieke uitkeringen die eindigen uiterlijk bij overlijden, is de jaarlijkse gift volledig aftrekbaar voor de inkomstenbelasting. De voorwaarden die gesteld worden aan een periodieke gift zijn een archaisch technisch overblijfsel uit een periode vóór 1984 dat de schenkingsaftrek was ingebed in de regeling van de lijfrenteverplichtingen. Het valt anno 2016 niet uit te leggen waarom een schenking van een vaste reeks van tenminste vijf jaren, derhalve zonder het overlijdensrisico en de daarbij behorende onzekerheid voor de ontvanger, niet zou kwalificeren voor aftrek. De ratio van de volledige aftrekbaarheid van een periodieke

schenking is uniek in de wereld; indien een donor zich voor meerdere jaren vastlegt, verdient hij een betere fiscale tegemoetkoming dan de schenker die eenmalig een ANBI bedenkt. Dat is een dragend onderscheid, maar de afhankelijkheid van het overlijdensrisico heeft daar niets mee uit te staan.

Het is evenmin uit te leggen dat de overheid een periodieke gift aan een ANBI die voor vijf jaren blijft doorlopen, tenzij de schenker én zijn vrouw zijn overleden, niet kwalificeert voor aftrek, omdat niet zou zijn voldaan aan de zogenoemde veronderstelde statistische sterftekans van beiden om te kunnen spreken van een periodieke uitkering. De schenker wil juist de ANBI met een grotere mate van zekerheid bedenken, maar wordt gestraft door de weigering van de aftrekbaarheid. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde op 27 augustus 2015 in die zin en uit reacties van de Belastingdienst moeten we afleiden dat dit geen incident inhield, maar een bewuste beleidslijn.

Een schenker die zijn schenking ineens ter beschikking van een ANBI wil laten komen, dient zijn periodieke schenking vooruit renteloos te lenen aan de ANBI en de jaarlijkse uitkering te verrekenen met de uitstaande schuld. Indien de schenker bepaalt dat de pro resto uitstaande schuld bij zijn overlijden wordt kwijtgescholden aan de ANBI, is in de visie van de Belastingdienst geen sprake van een periodieke gift meer, omdat er geen sprake meer is van 'onzekerheid' aan de zijde van de ANBI. Dit is niet alleen een juridisch zeer kwestieus standpunt, maar leidt bovendien tot onnodige complexiteit en stagnatie; donoren kunnen ANBI's dus in feite niet garanderen dat zij 'de schenking' krijgen, want zij kunnen hun (tijdelijke)



onsterfelijkheid niet garanderen. Het testament zou hierop kunnen worden aangepast van de donor, maar dat biedt uiteraard geen enkele garantie voor de ANBI (het contracteren over erfrechtelijke beschikkingen is dan ook absoluut nietig). De ANBI blijft dus met het overlijdensrisico van de donor zitten en dient bij haar bestedingen te 'bufferen', wat tot stagnatie van haar doelactiviteiten leidt. Veel vermogende particulieren worden afgeschrikt door de complexiteit en de onduidelijkheid van deze regels; het lijkt de expliciete bedoeling van de Belastingdienst om het gebruik van de giftenaftrek te ontmoedigen.

In 2012 is gelijktijdig met de invoering van de Geefwet de aftrekbaarheid van schenkingen door het bedrijfsleven drastisch ingeperkt. Vennootschappen kunnen nog maximaal €100.000 per jaar aftrekbaar schenken (of vijftig procent van de winst, als dat lager is). In de praktijk worden grotere schenkingen door vennootschappen aan ANBI's bovendien op een oneigenlijke wijze bestreden, te weten door achteraf te constateren dat sprake zou zijn van een verkapte dividenduitdeling aan de eigenaar die niet gevolgd werd door een kwalificerende periodieke gift, als gevolg waarvan de schenking niet-aftrekbaar is bij de vennootschap en belast met 25 procent in de inkomstenbelasting. Dat is een beperking die niet alleen in strijd is met de hierboven onder 1) beschreven uitgangspunten.

Vóór 2012 waren vennootschappen die hun winsten voor tenminste 90 procent ten goede lieten komen aan ANBI's in staat om de winstuitkeringen af te zetten tegen hun belastbare winst, als gevolg waarvan er een gelijk speelveld bestond met overheidson-

dernemingen. Vanaf 2012 is dat echter tot uitzonderingssituaties teruggebracht en is er een volledig ongelijk speelveld ontstaan tussen overheidsondernemingen en ondernemingen die worden gehouden door ANBI's. De recente wijzigingen in de fiscaliteit van overheidsondernemingen hebben dit discriminerende onderscheid niet weggenomen.

2. Winst uit aanmerkelijk belang over geschenken of gelegateerde aandelen

Onze wetgeving kent een omissie in de regeling van het aanmerkelijk belang (particulieren die meer dan vijf procent belang hebben in een vennootschap hebben een a.b. en worden belast in box 2 tegen een tarief van 25 procent over dividenden en vermogenswinsten). Een schenking of legaat van aandelen leidt tot belastingheffing in box 2 alsof de aandelen zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer. De patriarch van een bedrijf die de problematiek van bedrijfsopvolging wenst te omzeilen door zijn belang (deels) te schenken of te legateren aan een ANBI, wordt geconfronteerd met een heffing inkomstenbelasting van 25 procent over de fictieve gerealiseerde winst. Dat is in strijd met de hierboven onder 1) beschreven uitgangspunten. Ter vergelijking: in alle Angelsaksische landen bestaat een volledige vrijstelling van capital gains tax (vermogenswinstbelasting) met betrekking tot vermogensbestanddelen die worden geschenken aan *charities*. Dat komt bovenop de aftrek voor de inkomstenbelasting.

In Nederland wordt de periodieke giftenaftrek in de praktijk gebruikt om de heffing in box 2 bij een schenking althans te neutraliseren, maar het is een feit dat de giftenaftrek afhankelijk is van het voortleven van de donor gedurende vijf jaren en derhalve



niet gegarandeerd kan worden. Het resultaat is omineus: de schenking leidt per saldo hooguit gedeeltelijk (voor het bedrag van de verkrijgingsprijs van de aandelen) tot aftrek, terwijl (de erfgenamen van) de schenker nog worden geconfronteerd met inkomstenbelasting over de geschonken aandelen.

Bij een legaat van aandelen die tot het aanmerkelijk belang behoren, is verrekening met een periodieke gift naar zijn aard niet mogelijk en leidt de overgang voor de erfgenamen tot een volledige claim inkomstenbelasting, terwijl de aandelen zijn overgedragen aan de stichting. Dat is voor families om die reden geen verantwoordelijke marsroute.

Voor vermogende particulieren is het al dan niet geheel overdragen van hun belang in een familiebedrijf aan een 'eigen' ANBI een serieus alternatief voor andere wijzen van bedrijfsopvolging (waarvan bekend is dat zeventig procent mislukt als gevolg waarvan het vermogen tenietgaat). Er zijn vele Europese voorbeelden van deze praktijk, die navolging verdienen maar nu worden belemmerd door de huidige fiscale wetgeving.

3. Schenking van belangen in onroerende zaken

Veel vermogende particulieren bezitten belangen in onroerende zaken. Dat is een erkend lastig terrein, wat vooral wordt bepaald door het feit dat waarderingen fiscaal en bij verkoop uiteenlopen in de praktijk. Een schenking van een belang in een OG-vennootschap aan een ANBI is onderworpen aan overdrachtsbelasting over de waarde van het daarin begrepen OG (die niet zelden aanzienlijk hoger is dan de waarde van het belang). De overdracht aan een ANBI dient vrijgesteld te zijn van overdrachtsbelasting.

4. Belemmeringen in ondernemende activiteiten ANBI's

Er is te veel en te lang onzekerheid over de activiteiten die ANBI's kunnen verrichten binnen de grenzen van het ANBI-begrip. Ook ANBI's kunnen niet meer achterover leunen en afhankelijk zijn van donaties alleen; het tempo van de wereld vereist dat zij aan 'business modelling' doen om hun algemeen nut beogende doelstelling te kunnen realiseren. Impact investing, microfinanciering en microfranchising, zijn alle doelactiviteiten die volgens de letter van onze regels kwalificeren als ANBI-activiteiten indien niet *het geheel van die activiteiten tegen commerciële tarieven wordt verricht*. We verlangen dus nog steeds dat er wat ouderwetse 'charitas' wordt uitgeoefend door een ANBI, waarmee wat mij betreft valt te leven. In de praktijk echter wordt door de Belastingdienst jacht gemaakt op ANBI's die doelactiviteiten kennen met een 'business model', dat wil zeggen voor hun activiteiten die het algemeen nut beogen een vergoeding verlangen. Het feit dat ANBI's niet altijd door adequate fiscaal-juristen worden begeleid, maakt dat er jurisprudentie ontstaat die te ver afstaat van de strekking van de wet- en besluitgever. Deze situatie is zeer belemmerend voor een gezonde ontwikkeling van onze ANBI-sector. Ook internationaal steekt Nederland inmiddels negatief af bij de ontwikkelde rechtssystemen op het gebied van *charities* op dit punt, en wel sinds de wijzigingen van de fiscale wetgeving in 2012. In ontwikkelde rechtssystemen op het gebied van *charities* zijn winsten die worden behaald met commerciële doelactiviteiten altijd onbelast (*related business income*). Hoewel ANBI's met commerciële activiteiten altijd belast zijn geweest, kende de wetgeving tot 2012 een aftrek voor doelbestedingen ten opzichte



van deze winsten (het Engelse ‘covenanting’) met per saldo het effect van een vrijstelling. De regeling zou misbruikt worden in bepaalde sectoren, zoals de zorg; in plaats van de regeling eenvoudig te larderen met enkele treffende antimisbruikbepalingen, werd het kind echter met het badwater weggegooid. Het resultaat is dat Nederland geen geschikte locatie meer is voor vernieuwende maatschappelijke ondernemingen die wel kwalificeren als ANBI.

Conclusie

Vijf jaar na het sluiten van het Convenant ‘Ruimte voor Geven’ tussen het SBF en het kabinet kan deze wat betreft het perspectief op fiscale wet- en regelgeving niet positief worden geëvalueerd. Het Convenant bepaalde dat (a) het particulier geven dient te worden bevorderd (b) onnodige restrictieve maatregelen dienen te worden vermeden en (c) een samenhangend en helder fiscaal regime dient bij te dragen aan een gunstig vestigingsklimaat, ook voor buitenlandse vermogensfondsen.

Aan geen van de drie doelstellingen is op een rationele en verantwoordelijke wijze bijgedragen. Integendeel, onnodige restrictieve maatregelen (die budgettair voordeel opleverden voor de overheid) werden juist ingevoerd en gecamoufleerd door een ‘Geefwet’ die in feite een gevaarlijke subsidie voor de cultuursector inhield.

Een overheid die zich terugtrekt op kerntaken dient de concurrentie niet aan te gaan met het private initiatief, maar deze juist eenduidig te steunen. Het is daarom tijd voor een Ministerie van het Algemeen Nut, waarin de belangen van de ‘monitor’-democratie worden gediend en de naargeestige stemming op het Ministerie van Financiën wordt ingeruild voor een positieve attitude. Er is veel te winnen, maar ook te verliezen. De kortetermijnvisie van een budgettair overheidsbelang weegt bij lange na niet op tegen de belangen van de maatschappij als geheel voor een gunstig fiscaal klimaat voor maatschappelijke vrijgevigheid. En als er dan al budgettaire neutraliteit zou moeten worden nagestreefd, dan zou de oplossing gezocht moeten worden in een effectief hogere erf- en schenkbelasting voor grote (bedrijfs)vermogens.

Panta rhei, alles stroomt. De maatschappij is in beweging. De belastingwetgeving is echter geen grabbelton, waarin naar believen kan worden geroerd en is op het punt van de fiscaliteit van maatschappelijke liberaliteit beginselvast. Slechts in de nuancering kan politiek worden bedreven.

**Lees voor meer informatie over
mr. dr. Ineke Koele: D.1.**

VOETNOTEN

¹ Dr. I.A. Koele, *International Taxation of Philanthropy*, IBFD 2007, hoofdstuk 2.

² Zie Marc Chavannes, *De Correspondent* december 2015.

³ Zoals Prof. Kavelaars, die in de Commissie Van Dijkhuizen zitting had.

⁴ Dr. I.A. Koele, *De Geefwet is eigenlijk een Neemwet*, *Philanthropium*.

