

28. De ongelegitimeerde aanval op sociale familiestichtingen

‘The beautiful art of distinguishing’

MR. DR. I.A. KOELE*

Ons land kent een groot aantal traditionele familiestichtingen en -verenigingen, in de 19^e of begin 20^e eeuw opgericht door breed vertakte families voor sociale doelen, meestal bestaande uit levensonderhoud (‘financiële nooden’) en studiefinanciering van jongere familieleden om ‘een maatschappelijke positie’ of ‘een honorabel bestaan’ te verkrijgen. In de meeste gevallen wordt bij liquidatie het vermogen uitgekeerd aan maatschappelijke organisaties. Fiscale motieven speelden daarbij destijds geen rol van betekenis. Pas in 1914 werd een inkomstenbelasting ingevoerd en erfbelasting stond nog in de kinderschoenen.

In de loop van de tijd zijn aan deze sociale stichtingen¹ in de praktijk vaak ideële doelstellingen toegevoegd, waardoor familiestichtingen in de praktijk een belangrijk deel van hun inkomsten ook aan ideële organisaties of algemeen nut beogende instellingen doen toekomen.

Deze stichtingen worden nu geconfronteerd met een zeer extensieve interpretatie van de sinds 2010 bestaande APV-wetgeving op de voet van art. 2.14a Wet IB 2001, zoals onder meer blijkt uit een recente uitspraak van Rb. Noord-Holland van 14 februari 2023.² Dit heeft tot gevolg dat verre afstammelingen van de oprichters van deze sociale stichtingen worden geconfronteerd met aanslagen inkomstenbelasting en erfbelasting op basis van een fictieve toerekening van vermogen via de getrapte historische stamboom van de familie.³ In veel gevallen hebben deze particulieren geen weet van het vermogen en geen recht op informatie van de stichting. Deze gang van zaken is niet uitlegbaar en kan niet worden verdedigd op basis van de tekst en het doel van de APV-wetgeving.

Aan de hand van de parlementaire geschiedenis van de APV-wetgeving wordt de conclusie bereikt dat een onderscheid gemaakt dient te worden tussen sociaal-ideële stichtingen en zuiver private vermogensstichtingen.

1. Familiestichtingen in juridisch-historisch perspectief

a. Ideële en sociale stichtingen

Het Nederlands gebruik van stichtingen gaat terug tot de tijd van de Middeleeuwen; de stichting van de Begijnenhof in Amsterdam wordt wel aangeduid als de oorspronkelijke stichtingsvorm in het Nederlandse recht. Tot de invoering van de Wet op de Stichtingen in 1956 werden stichtingen opgericht op basis van gewoonterecht, wat sterk beïnvloed werd door het Duitse recht in de 19^e eeuw.

Er waren charitatieve stichtingen (*piae causae*) en andere ideële stichtingen, terwijl met het verspreiden van families over tijd en ruimte ook familiestichtingen werden opgericht om landgoederen in stand te houden voor een grotere groep van familieleden of vermogen een ander onbaatzuchtig doel binnen de familie te geven. In doctrine en jurisprudentie werd rechtspersoonlijkheid van de stichting aangenomen, indien feitelijk de stichting onder eigen naam en onder eigen bestuur functioneerde.⁴

Het ontstaan van familiestichtingen voor welgestelde families dient ook te worden gezien in het licht van de toenmalige juridische context. Vanuit de toenmalige wens van de wetgever om te voorkómen dat vermogen voor langere tijd aan het economisch verkeer kon worden onttrokken, waren erfstellingen over de hand of zogenaamde fideï-commissaire substitutiën in navolging van de Franse Code

* Auteur is betrokken bij meerdere procedures met betrekking tot dit onderwerp.

1 Ik beperk me in het vervolg tot de rechtsfiguur van de stichting, omdat dit de meest voorkomende rechtsvorm is.

2 ECLI:NL:RBNHO:2023:1743.

3 Over de uitleg van art. 2.14a lid 4 en lid 6 Wet IB in deze casus, zie X.G.R. Auerbach en J.P. Boer, ‘Het APV-regime na het overlijden van de inbrenger en de toerekening aan (fictieve) erfgenaam’, *WFR* 2023/212.

4 W.J.M. van Veen, ‘De stichting en de onzelfstandige stichting: verleden, heden en toekomst’, in: *De Stichting*, SDU 2011, p. 23.

Civil verboden. Dat betekende dat het voor families uitsluitend mogelijk was om een duurzamere vorm van doelbesteding te creëren voor een bepaald vermogensbestanddeel zoals een landgoed, ‘heerlijkheid’ of kunstwerken of een individueel vermogen door een familiestichting in het leven te roepen.

In een eerste ontwerp van de Wet op Stichtingen in 1937 werd voorgesteld om het doel van de stichting te beperken tot louter filantropische oftewel ideële doelstellingen. Uiteindelijk heeft dit echter in de Wet op Stichtingen geresulteerd in de beperkte formulering, dat een stichting niet als doel mag hebben het doen van uitkeringen aan oprichters of degenen die deel uitmaken van haar organen, noch aan anderen tenzij met betrekking tot deze anderen de uitkeringen een sociale of ideële strekking hebben (‘het uitkeringenverbod’ ex art. 2:385 lid 3 BW). Dit brengt mee dat voor de stichting niet de eis geldt dat zij een ideëel doel dient na te streven. Zolang zij althans geen uitkeringen (in geld of natura) doet anders dan van sociale of ideële strekking, is er geen strijd met de voor haar rechtsvorm voorgeschreven materiële vereisten.

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer zei Minister Van Oven, dat een stichting gekarakteriseerd kan worden als een organisatie met een onbaatzuchtig doel. De onbaatzuchtigheid is de kern van het begrip ‘doel van de stichting’.⁵

Het huidige erfrecht kent nog steeds belangrijke beperkingen tot postmortale autonomie, waarmee kan worden voorkomen dat familievermogen door vererving wordt versnipperd of door volgende generaties wordt verspild. Te denken valt aan het bestaansvereiste in het erfrecht, de legitieme portie, de restricties verbonden aan fidei-commissaire makingen en de nietigheid van een erfrechtelijk vervreemdingsverbod. Daarmee is de familiestichting ook in de huidige tijd de rechtsvorm bij uitstek om een specifiek doel mee te geven aan vermogen wat daarmee losgekoppeld wordt van de wil en beschikkingsmacht van de directe erfgenamen (‘stewardship structuren’).

Onderscheiden kan worden tussen enerzijds familiestichtingen die een zuiver ideële doelstelling nastreven en daarmee kwalificeren als algemeen nut beogende instelling (ANBI) ex art. 5b Algemene wet inzake rijksbelastingen. Anderzijds zijn er een reeks uiteenlopende familiestichtingen die vaak een combinatie kennen van ideële doelen en sociale doelen. Daarbij gaat het vrijwel altijd om het lenigen van noden van familieleden, het ondersteunen van familieleden bij studie en opleiding, maar ook om het cultiveren van de cohesie binnen de vertakte familie van vaak meer dan vijf generaties oud door sociale activiteiten te organiseren en de onderlinge betrekkingen te cultiveren. Daarbij worden de gezamenlijke waarden van de familie, die voortkomen uit de geschiedenis en eigenschappen van haar meest illustere personen, in ere gehouden, bij wijze van voorbeeld of voorwerp van trots voor de nieuwe generaties. Meestal zien we bij deze stichtingen dat bij liquidatie het vermogen wordt

uitgekeerd aan ideële doelen en dat is bepaald dat de doelstelling niet gewijzigd kan worden.⁶

Sociale uitkeringen aan familieleden zijn altijd belastbaar voor de schenkbelasting, voor zover althans de drempel ex art. 33 sub 7 Successiewet wordt overschreden.

b. Zuiver private vermogensstichting

Op 13 maart 2000 verscheen het rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving met de titel *De warme, de koude en de dode hand* onder leiding van prof. mr. J.K. Moltmaker (Commissie Moltmaker). In dit rapport werd een voorstel geformuleerd voor wijzigingen in het stichtingenrecht én het fiscale recht om vorm te geven aan een nieuwe, zuiver private vorm van een familiestichting. Dit werd gemotiveerd door de wens om een gelijk speelveld te creëren met buitenlandse rechtsfiguren, zoals de Engelse *trust settlement*, die veelvuldig worden gebruikt voor dynastieke vermogensplanning, zodat vermogende families niet gaan emigreren ofwel het vermogen overbrengen naar door buitenlands recht geregeerde rechtsfiguren. Met het voorstel van een familiestichting werd door de Commissie Moltmaker beoogd de mogelijkheid te openen vermogen tegen een aanvaardbaar tarief in en uit een stichting te brengen terwijl het uitkeringenverbod buiten werking werd gesteld voor de familiestichting. Afgezien van de fiscale aspecten blijken veel erfstaten de behoefte te hebben aan een goede regeling die waarborgt dat het familievermogen door vererving niet wordt versnipperd of door volgende generaties wordt verspild. Het Nederlandse civiele en fiscale recht geven daartoe tot dusver onvoldoende mogelijkheden.⁷ Er werd in deze context ook gesproken over een ‘vermogensstichting’, nu het gebruik zeker niet beperkt is tot familiale verbanden.

Ondanks het feit dat de conclusie van de Commissie Moltmaker luidt dat het Nederlandse civiele en fiscale recht op dit punt verbetering verdient en ook F. Sonneveldt in zijn oratie in Utrecht op 1 mei 2002 de conclusies van de Commissie inzake de familiestichting van harte aanbeval, is er nimmer gevolg gegeven aan dit rapport door de wetgever.

Jaren later, in 2010, heeft een modernisering in de Successiewet en inkomstenbelasting plaatsgevonden waarbij gekozen is voor een regeling die buitenlandse truststructuren regelt, vanuit een oogpunt van bestrijding van misbruik. Op het gebied van binnenlandse rechtsfiguren heeft deze modernisering de introductie van de Sociaal Belang Behartigende Instelling (SBBi) opgeleverd en het Afscheiden Privaat Vermogen (APV), beiden louter fiscale kwalificaties. In het civiele recht zijn geen wijzigingen doorgevoerd. De ambities van de Commissie Moltmaker voor een zuiver private vermogensstichting zijn daarmee definitief verlaten. Het Nederlandse recht kent dus geen zuiver private vermogensstichting en het uitkeringenverbod op de voet van art. 2:285 lid 3 BW is onverminderd van belang. De doctrine

5 *Handelingen I 1955-1956*, p. 2358-2360.

6 Dat kan dan in de praktijk alleen, op basis van goed omklede verzoeken, door de rechtbank gebeuren.

7 Rapport Commissie Moltmaker par 5.2.1.

bepaalt eveneens dat uitkeringen voor levensonderhoud, studie, gezondheid en dergelijke een sociaal doel hebben en daarom niet in strijd zijn met het uitkeringsverbod. Familiestichtingen die dit soort sociale doelen al dan niet in combinatie met ideële doelen nastreven, handelen dan ook niet in strijd met het uitkeringsverbod.

Het uitkeringsverbod onderscheidt ook de stichting van een entiteit welke een pure ‘duplicatie’ is van de stichter of overdrager van het vermogen aan de stichting. Een stichting die de feitelijke beschikkingsmacht heeft, die ook weldoener en/of begunstigde is, laat zich feitelijk dan ook niet rechtsgeldig denken; de sanctie is dat een dergelijke stichting vatbaar is voor ontbinding door het OM wegens strijd met de wet⁸ en een uitkering door de stichting in strijd met het uitkeringsverbod is vernietigbaar.⁹ Er bestaat discussie over de civielrechtelijke reikwijdte van het uitkeringsverbod in deze tijd, maar dat gaat het bestek van dit schrijven te buiten.¹⁰

Ondanks deze civielrechtelijke beperkingen zien we in de jurisprudentie regelmatig stichtingen die beoogd zijn te functioneren als een zuiver private vermogensstichting. Het OM handhaaft in de praktijk niet.

Het civiele recht kent daarnaast het leerstuk van ‘misbruik van rechtspersoonlijkheid’ indien de identiteit van een stichting wordt gebruikt voor een ander doel, te weten een persoonlijk doel, dan is omschreven in de doelstelling van de stichting. In zeer bijzondere omstandigheden kan zelfs het leerstuk van de vereenzelviging worden toegepast, waarbij het identiteitsverschil tussen rechtspersoon en particulier volledig wordt genegeerd en vermogen integraal wordt toegerekend aan een ander rechtssubject. Een recent interessant voorbeeld hiervan is te vinden in het arrest van Hof Den Haag d.d. 2 mei 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:848 in een erfrechtelijke kwestie. Erflaatster heeft haar zoon als enig erfgenaam benoemd en haar twee dochters onterfd. De stichting heeft onroerende zaken aangekocht waarvoor erflaatster de financiering verschaftte waardoor de waardeinstijgingen in de stichting terecht kwamen. De stichting heeft een educatieve en sociale doelstelling maar heeft geen feitelijke activiteiten dienaangaande, maar verhuurt onroerende zaken (woonhuis en kantoor) onder meer aan de zoon tegen huurprijzen die ver onder de marktprijs liggen. Uit een brief van erflaatster aan haar zoon blijkt met zoveel woorden dat zij dit heeft gedaan om haar zoon te beschermen tegen zijn zusters (‘opdat jij alles zou krijgen’). Het Hof oordeelt dat erflaatster zich schuldig maakte – naar ik aanneem in haar rol als voorzitter van het bestuur van de stichting – aan doeloverschrijding en dat de stichting slechts een vehikel was om de werkelijke bedoeling, namelijk het uithollen van het wettelijke recht van de legitimarissen, te verhullen. Het vermogen van de stichting wordt om die reden meegeteld voor de bepaling van de legitimaire massa in de nalaten-

schap van erflaatster en vormt daarmee onderdeel van de aanspraak van de legitimarissen jegens de erfgenaam.

In deze situatie, waar sprake is van misbruik van de stichtingsvorm, is eveneens door de zoon geprocedeerd over de fiscale kwalificatie van de stichting en de opgelegde aanslag erfbelasting, waarop ik hieronder terug kom.

2. Fiscale behandeling familiestichtingen

Stichtingen en verenigingen die geen ondernemingen drijven zijn niet subjectief onderworpen aan de vennootschapsbelasting (art. 2 lid 1 sub d Wet Vpb 1969). In de periode 1934 tot 1939 bestond een Wet op de Belasting van de Doode Hand¹¹ voor kerkgenootschappen, verenigingen en stichtingen met een vrijstelling voor algemeen nuttige organisaties. Sinds die tijd is een niet-nijvere stichting in Nederland volgens de letter en de bedoeling van de fiscale wetgeving feitelijk niet onderworpen aan vennootschapsbelasting. Hoewel er in de juridische doctrine stemmen zijn die propageren dat zogenaamde niet-nijvere stichtingen onderworpen moeten worden aan vennootschapsbelasting¹² is nimmer voor een dergelijke aanpassing door de wetgever gekozen.

a. Fiscale transparantie

Sedert decennia is er een doctrine ontwikkeld van ‘fiscale transparantie’ van niet-nijvere stichtingen, inhoudend dat deze als fiscaal transparant wordt beschouwd ten aanzien van de persoon (of personen), die de feitelijke beschikkingsmacht heeft behouden over het vermogen ‘als ware het van hemzelf’.¹³ Daarbij wijkt de feitelijke situatie zodanig af van de juridische situatie, dat de kwalificatie van de feiten doorslaggevend is voor de fiscale gevolgen. Er wordt in die situatie dan ook niet voldaan aan het uitkeringsverbod op de voet van art. 2:385 lid 3 BW zodat evenzeer het OM de stichting zou kunnen ontbinden.

In zijn arrest van 10 januari 1996, BNB 1996/94 kadert de Hoge Raad de effecten van fiscale transparantie in door te overwegen dat:

‘de enkele omstandigheid dat over het vermogen van een lichaam als waarvan hier sprake is door iemand kan worden beschikt als ware het zijn eigen vermogen, heeft voor de toepassing van de fiscale wetgeving gevolgen voor de financiële transacties die gedurende die situatie tussen

8 Art. 2:21 lid 1 onder b resp. lid 3 BW.

9 Art. 3:40 lid 2 BW.

10 Voor een overzicht, J. Vegter, ‘Buitenlandse familiestichtingen en het Nederlandse uitkeringsverbod’, *WPNR* 2016/7103.

11 Een boek uit 1934 over deze wet geschreven door P. Karmelk en E.

Tekenbroek, uitgegeven door Van Gorcum uitgeverij, is te raadplegen op: <https://www.delpher.nl/nl/boeken/view?coll=boeken&identificer=MMKB05:000038064:00016>. Het tarief van de jaarlijkse belasting bedroeg 0,3% voor vermogens boven fl. 11.000 en van 2% boven de fl. 30.000.

12 Zie H.J. Bresser, *Belastingplicht en fiscale behandeling van stichtingen in de vennootschapsbelasting in historisch en beginselrechtelijke perspectief*, Sdu 2021. Er is het nodige af te dingen op dit sterk subjectieve betoog. Zo wordt bijv. het ontbreken van onderworpenheid van een niet-nijvere stichting aan vennootschapsbelasting als ‘marktverstoring’ getypeerd terwijl juist het anti-concurrentie criterium van art. 4 Wet Vpb dit al afdekt.

13 Onder meer HR 30 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9086; HR 8 februari 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC3988.

lichaam en degene die de beschikkingsmacht heeft plaatsvinden, maar kan niet ertoe leiden dat het vermogen dat reeds voor het ontstaan van vorenbedoelde situatie in het lichaam aanwezig is vanaf het ontstaan van die situatie geacht moet worden door degene die de beschikkingsmacht heeft aan het door degene die de beschikkingsmacht heeft aan het lichaam te zijn onttrokken.

In het civiele recht wordt het negeren van de rechtspersoonlijkheid, de zogenaamde vereenzelving, ook zeer restrictief uitgelegd, als gevolg van misbruik van identiteit van rechtspersoonlijkheid omdat dit een vorm van redres is die vaak verder gaat dan noodzakelijk is om de schade te compenseren die het gevolg is van het onrechtmatig handelen dat hiermee gepaard gaat.¹⁴ In een situatie waarin een particulier vermogen had afgezonderd in een Stichting Particulier Fonds werd door de Hoge Raad in zijn arrest van 7 oktober 2016¹⁵ bovendien geoordeeld dat vereenzelving op gespannen voet staat met de doelstelling van de invoering van de Stichting Particulier Fonds en werd de beoogde asset protection belangrijker geacht dan het bestrijden van crediteursbenadeling.

Volgens advocaat-generaal Wattel geldt het beschikkingsmachtscriterium zoals dit is ontwikkeld in de fiscale jurisprudentie nog steeds, onverminderd de invoering van het APV-regime in 2010. In zijn conclusie bij HR 12 februari 2021 oordeelde hij dit al in relatie tot een Oostenrijkse stichting waar feitelijk beschikt werd over het vermogen door een natuurlijke persoon, hoewel de casus stricto sensu niet ging over het APV regime nu het de dividendbelasting betrof. Sindsdien is de Belastingdienst van mening dat als voorvraag de vraag van de fiscale zelfstandigheid van stichtingen dient te worden beantwoord, alvorens wordt toegekomen aan de vraag of de APV-wetgeving van toepassing is.¹⁶ In de nalatenschap van de mevrouw die haar zoon wilde bevoordelen ten nadele van de twee onterfde dochters (zie hierboven Hof Den Haag 2 mei j.l.) middels het gebruik van een (zuivere private vermogens-)stichting heeft A-G Wattel in zijn conclusie van 26 april 2023¹⁷ duidelijk gemaakt dat de jurisprudentie omtrent de fiscale transparantie nog onverkort van toepassing is en voorafgaat aan de vraag of sprake is van een APV. Als de Hoge Raad deze conclusie volgt, betekent dit dat de civielrechtelijke en fiscale werkelijkheid in deze casus overeenkomen nu zowel in civielrechtelijke zin als in fiscale zin wordt geoordeeld dat de stichting met de erfplaatster dient te worden vereenzelvigd ('kon beschikken als ware het haar eigen vermogen'). Als gevolg daarvan erft haar enig erfgenaam het met haar vereenzelvigde vermogen onverkort. Ik kan mij in die analyse vinden.

14 Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 'Rainbow', zie ook dr. J. Elbers, 'Vereenzelving: de verschijningsvormtheorie exit?', *WFR* 2001/90.

15 ECLI:NL:HR:2016:2285, zie ook J. Elbers, 'De Hoge Raad en vereenzelving bij vermogensafscherming: Rainbow revisited', *WPNR* 2017/7136.

16 Zie ook de vrijgegeven documenten 15 en 19 in het kader van het beluit op het WOB-verzoek van 17 februari 2022.

17 ECLI:NL:PHR:2023:461, r.o. 1.13.

b. Afgescheiden Privaat Vermogen

Met ingang van 2010 heeft de wetgever constructies die zijn opgezet met gebruikmaking van een afgezonderd particulier vermogen ('APV') willen bestrijden door een wettelijk toerekeningsregime te introduceren, dat verder gaat dan de situatie van fiscale transparantie op basis van volledig behouden beschikkingsmacht. Het gaat er bij een APV juist om dat weliswaar de beschikkingsmacht is afgestaan, maar dat er instructies zijn gegeven aan een 'beheerder' die – bij wijze van dienstverlening aan de principaal aan wie wordt toegerekend – die instructies op een betrekkelijk autonome wijze uitvoert.

De definitie van een afgescheiden particulier vermogen wordt in art. 2.14a lid 2 Wet IB 2001 omlijnd als een afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd, met een aantal uitzonderingen.

- Waarmee wordt beoogd: zelfstandige betekenis ?

Zo werd de casus van de erfplaatster die haar zoon wenst te bevoordelen door middel van afzondering in een stichting door Hof De Haag¹⁸ gekwalificeerd als een APV, nu zij met de afzondering van het vermogen in de stichting onroerende zaken c.q. inkomsten daaruit ter beschikking wilde stellen ten behoeve van haar zoon. Daarmee werd een meer dan bijkomstig particulier belang gediend en de uitleg van art. 2.14a Wet IB 2001 strookt volgens het Hof met doel en strekking van de regeling: tegengaan van belastingontwijking door het voorkomen van heffingsvacuue. Met andere woorden: het gebruik van de stichting heeft in deze casus geen zelfstandige betekenis.

Hoewel het APV regime is geïntroduceerd met het oog op buitenlandse trusts, Anstalts, en andere rechtsvormen, wordt het nu door de Belastingdienst over de volle breedte ook toegepast op Nederlandse stichtingen. Het is de vraag in hoeverre dat geëgitimeerd is op basis van de tekst en toelichting, letter en geest van deze wetgeving. Een zelfstandige stichting is als zodanig niet onderworpen aan vennootschapsbelasting en om die reden kan moeilijk worden gesproken van een 'heffingsvacuüm'. Waar het dus om gaat, is of een stichting een zelfstandige betekenis heeft.

- Antimisbruik karakter: APV als beheerder en 'gekocht vertrouwen' door principaal

Uit de memorie van toelichting blijkt het anti-misbruikkarakter van een 'afgezonderd vermogen' (*Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 3, p. 9-11):

'De grondvorm van het creëren van een afgezonderd vermogen ziet er in de praktijk als volgt uit. De inbrenger stelt het afgezonderd particulier vermogen in en brengt er vermogensbestanddelen in die worden beheerd door een beheerder in een belastingparadijs. Deze beheerder houdt het vermogen niet aan voor zichzelf maar ten behoeve van de nakomelingen, familie en relaties van de inbrenger.'

18 ECLI:NL:GHDHA:2021:2071.

Het gaat er daarbij om dat louter private vermogensrechtelijke belangen worden geconstrueerd in het afgezonderd vermogen.¹⁹ Uit de verdere beschrijving van ‘de grondvorm’ volgt dat de beheerder lippenservice verleent aan de inbrenger.²⁰

De conclusie is dan ook dat de inbrenger vertrouwen koopt van de beheerder ter uitvoering van zijn zuiver vermogensrechtelijke intenties:

‘De inbrenger koopt zogezegd met een afgezonderd particulier vermogen «vertrouwen» («trust») dat de beheerder of bestuurder van het afgezonderd particulier vermogen doet wat de inbrenger wil. De bezittingen en schulden van het discretionaire deel van het afgezonderd vermogen «zweven» alsmede de daarmee samenhangende opbrengsten en uitgaven. Met «zweven» wordt bedoeld dat het afgezonderde vermogen bij geen enkele persoon in de belastingheffing wordt betrokken: niet bij degene die het heeft afgezonderd, niet bij het afgezonderde vermogen zelf en niet bij de begunstigden. Het instellen van een afgezonderd particulier vermogen is op zichzelf geoorloofd voor bundeling en bescherming van (familie)vermogen. Maar een afgezonderd particulier vermogen behoort geen heffingsvacuüm op te leveren waardoor de Nederlandse heffingsgrondslag wordt uitgehold.’

Deze anti-misbruikgrondslag is ook bevestigd door de Hoge Raad in haar arrest van 26 maart 2021, BNB 2021/111.

- Belastingvermijding als particulier belang is doel van APV-wetgeving

Hoewel de begrippen ‘afgescheiden vermogen’, en ‘waarmee meer dan incidenteel een particulier belang wordt beoogd’ niet nader gedefinieerd zijn in de APV-wetgeving, blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis helder dat het gaat om het creëren van een juridische vormgeving die met het oog op het vermijden van belastingheffing wordt gecreëerd om een particuliere vermogensoverdracht vorm te geven binnen een louter vermogensrechtelijke private context, of dat nu familie is of niet. De intentie wordt in de wettekst duidelijk tot uiting gebracht door het vereiste van het ‘beogen’ van een particulier belang. De staatssecretaris van Financiën motiveert dit helder in de memorie van toelichting:²¹

19 ‘De inbrenger benoemt in akten (bijvoorbeeld de «trust deed», statuten of reglementen van de stichting) zijn nakomelingen – geboren en ongebornen – als begunstigden. Soms kunnen goede doelen of derden (huispersoneel, vrienden, kennissen) ook als begunstigde zijn aangewezen, maar in de praktijk komt dat nauwelijks voor. (...)’

20 ‘De beheerder heeft op papier weliswaar vergaande discretionaire bevoegdheden, maar deze persoon is niet tot dat vermogen gerechtigd en wordt daarom niet in de belastingheffing betrokken. Zo creëert de inbrenger doelbewust een spagaatpositie: het geld is niet van hem en nog niet van de begunstigden, maar het is wel voor hen bedoeld, zo weet ook de beheerder. Geen inbrenger draagt immers vermogen aan een beheerder over zonder zeker te weten dat het vermogen toekomt aan de begunstigden die hij aanwijst.’

21 31930, nr. 3

‘Het bekendste voorbeeld van een afgezonderd particulier vermogen is de Anglo-Amerikaanse trust. Maar onder afgezonderde particuliere vermogens dienen ook te worden begrepen allerlei buitenlandse Stiftungen, Anstalts, Antilliaanse stichtingen particulier fonds, foundations, Treuhands, enzovoorts. Ook Nederlandse stichtingen die geen of slechts incidenteel een algemeen nut beogen, en ook geen of slechts incidenteel een sociaal belang behartigen, worden gebruikt om belastingheffing te ontgaan. Het onderscheidend criterium om te spreken van het ontgaan van belasting is de vaststelling of met het afgezonderde vermogen meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd.’

De staatssecretaris van Financiën geeft helder aan dat dat met het ‘beogen van een particulier belang’ wordt bedoeld het beogen van het ontgaan van belasting.

Verder dient het vereiste ‘beogen’ op een abstract niveau te worden beoordeeld, ten aanzien van de principaal. Er is daarbij een belangrijk verschil tussen een belang beogen of een belang dienen.²² Niet alleen gaat het hier om het beogen door degene die vermogen heeft afgezonderd, maar ook is het eenvoudigweg dienen van een particulier belang niet voldoende om te kwalificeren als het beogen van een particulier belang. Indien een oprichter honderd jaar geleden een eeuwigdurend noodfonds heeft beoogd te creëren voor alle familieleden met aanhang van een grote familie (wat vijf generaties later een paar honderd mensen omvang heeft) is dat een sociaal belang, wat beoogd werd hoewel het uiteraard particuliere belangen dient. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt duidelijk dat het bij de interpretatie van het begrip ‘particulier belang’ in de context van de APV-wetgeving niet gaat om ‘sociale belangen’ of een algemeen nut beogend belang.²³ Als het beogen van een sociaal belang een particulier belang uitsluit, verdient het dus altijd uitleg waarom een familiaal belang geen sociaal belang zou zijn.

- Onduidelijke rechtsfiguren: welke stichtingen?

Ten tweede blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis helder dat de APV regeling ziet op onduidelijke²⁴ (buitenlandse) APV's en dat het bovendien een fenomeen betreft van de laatste decennia (Nota naar aanleiding van het Verslag, 31930, nr. 9):

‘Omdat het instellen van onduidelijke (buitenlandse) APV's een fenomeen is van de laatste decennia zal vanaf 2010 in de meeste situaties toerekening plaatsvinden aan de inbrenger omdat deze persoon veelal nog niet zal zijn overleden. (...)

Gevraagd wordt in welk deel van de APV's andere dan fiscale motieven een rol spelen. De afgelopen jaren heeft de praktijk laten zien dat fiscale motieven voorop staan bij

22 Vergelijk ook aan het beogen van een algemeen nuttig doel (gezondheid) en het dienen van private doelen (zieke mensen) bij ANBI's; vrijwel alle ANBI's dienen particuliere belangen en beogen daarmee het algemeen belang.

23 Nota naar aanleiding van het Verslag, 31930, nr. 9.

24 Onderstreping door auteur.

het instellen dan wel oprichten van een APV. Andere dan fiscale motieven spelen ook wel een rol, maar zijn veelal van ondergeschikt belang.’

Juist die ‘onduidelijke rechtsfiguren’ zijn de rechtvaardiging voor de fiscale afwijking (door het gebruik van ficties) ten opzichte van het civielrechtelijke recht. Hoewel de wetgever erkent dat in de fiscale wetgeving en zeker in de Successiewet 1956 zoveel mogelijk dient te worden aangesloten bij het burgerlijk recht, ziet de APV-wetgeving op het (‘discretionaire’) deel ‘waarvoor de civielrechtelijke duiding veelal onduidelijk is’:

‘Bij bepaalde hybride rechtsfiguren, bijvoorbeeld de zuivere irrevocable discretionary trust, is het vermogen niet meer van de inbrenger maar het is ook nog niet van de begunstigde. Het fiscale recht kan niet langer uit de voeten met een naar Nederlandse begrippen onduidelijke civielrechtelijke duiding. De Hoge Raad wijst in de zogenoemde trustarresten ook op deze discrepantie. Daarom is voor het discretionaire gedeelte van onduidelijke (buitenlandse) rechtsfiguren gekozen voor een robuust stelsel waarin de economische werkelijkheid prevaleert boven de juridische vormgeving.’²⁵

In de memorie van antwoord wordt nog explicieter door de staatssecretaris van Financiën herhaald dat het gaat om ‘rechtsfiguren die in de praktijk flexibel en hybride blijken te zijn. Dat wil zeggen dat ze zo worden gemodelleerd dat ze niet de kenmerken hebben van kapitaal- of personenvennootschappen, maar dat de inbrenger wel op de een of andere wijze belang houdt via een samenstel van afspraken en overeenkomsten, side-letters, letters of wishes of andere wijzen van materiële zeggenschap of beschikkingsmacht. Over de hele wereld worden zo onduidelijke rechtsfiguren aangeboden en voortdurend worden nieuwe rechtsfiguren ontwikkeld.’

De kern is dus telkens dat de inbrenger materiële zeggenschap of beschikkingsmacht houdt over een civielrechtelijk onduidelijke rechtsfiguur, waar het Nederlandse recht niet mee uit de voeten kan.

Hoewel de Nederlandse stichting geen onduidelijke rechtsfiguur genoemd kan worden, wordt in de praktijk in weerwil van het uitkeringenverbod gebruik gemaakt van stichtingen als een zuivere private vermogensstichting. In die gevallen is het naar mijn mening in overeenstemming met de geest van de APV-wetgeving om deze toe te passen op Nederlandse stichtingen.

De casus die aan de orde was in het arrest van de Hoge Raad 28 oktober 2022²⁶ is hier een helder voorbeeld van. De doelstelling van de stichting in deze casus is, voor zover relevant: het behartigen van alle vermogensrechtelijke belangen van de overdrager van het vermogen en, na

haar overlijden, van haar dan nog in leven zijnde broers en zussen.

Daarmee is deze stichting een ‘vermogensstichting’ die voorgesteld werd in te voeren in het Nederlandse recht door de commissie Moltmaker. Zij is naar haar doelstelling reeds in strijd met art. 2:285 lid 3 BW, maar dit lijkt in de praktijk een dode letter te zijn geworden.²⁷ In die gevallen kan met recht worden gesproken van een ‘onduidelijke rechtsfiguur’ en van gebruik van een stichting die voor fiscale doeleinden, in de context van de APV-wetgeving, geen autonome functie toegedicht kan worden maar slechts als ‘beheerder’ functioneert ten behoeve van de insteller ervan.

Er is natuurlijk een groot aantal stichtingen, niet zijnde ANBI’s, dat wél autonoom opereert, een gebalanceerde governance heeft, statuten en reglementen met uitgewerkte regels, feitelijke werkzaamheden die daarmee zeer precies overeenkomen en die daarmee opereren binnen de norm van het uitkeringenverbod en dus alleen uitkeringen doen van sociale of ideële aard. De traditionele familiestichtingen die einde 19^e en eerste helft 20^e eeuw zijn ingesteld voldoen voor zover mij bekend aan al deze kenmerken. Op deze traditionele, sociaal-ideële stichtingen is het APV regime niet van toepassing.

Om legitiem te zijn, dient een op misbruik gerichte fiscale rechtsfictie te beschikken over waarborgen die haar bereik beperken tot het daadwerkelijke misbruik. Voor zover dat niet het geval is, dient de Belastingdienst deze fictie restrictief uit te leggen. Een fiscale rechtsfictie dient waarachtig te zijn, wat betekent dat zij oprecht moet zijn in haar bedoeling, eerlijk in haar communicatie en rechtvaardig in haar gevolgen.²⁸

Zowel belastingplichtigen als de overheid hebben een ethische nakomingsplicht. Dat betekent dat men zich onthoudt van constructies, waarvan men behoort te weten dat de wetgever, ware hij bij het opstellen van de wet van die constructie op de hoogte geweest, tot aanpassing van de wet zou zijn overgegaan.²⁹ In de parlementaire geschiedenis is consequent verwezen naar de bestrijding van ‘zwevende vermogens’ en ‘belastingparadijzen’ en is voor de totstandkoming van de APV-wetgeving de ratio van belastingverrijdeling gehanteerd. Door de tekst van de wetgeving nu ook toe te passen op verre familieleden van oprichters die meer dan honderd jaar geleden een autonome stichting met een gelaagde sociale doelstelling en bijbehorende governance al dan niet bij testament hebben opgericht, bedient de Belastingdienst zich van een onethische constructie, nu deze wezenlijk afwijkt van het doel waarmee het parlement goedkeuring heeft gegeven aan de APV-wetgeving.³⁰

Ook kan worden gezegd dat door deze wetgeving toe te willen passen op stichtingen die al meer dan honderd jaar bestaan, slechts aan belastingheffing kan worden toegekomen door deze sterke terugwerkende kracht toe te kennen:

27 Zie J. Vegter, voetnoot 11.

28 S. Dusarduijn, *Rechtsficties in de inkomstenbelasting: de fiscale kleur van het alsof*, diss, p. 489-495.

29 R.H. Happé, *Belastingrecht en de geest van de wet*, oratie 2011, p. 39.

30 Zie ook J.P. Boer, ‘Over (a)symmetrie bij antimisbruikwetgeving’, *WFR* 2021/101, p. 722.

25 Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9.

26 ECLI:NL:HR:2022:1559.

het vermogen wordt fictief geacht te zijn onttrokken in een ander tijdperk en vervolgens fictief al vele malen vererfd te zijn voordat de wetgeving haar intrede deed. Dit alles is strijdig met de doel en strekking van de APV-wetgeving.

Conclusie

De APV-wetgeving is gecreëerd met het oog om hybride, onduidelijke rechtsfiguren waarmee een particulier belang wordt beoogd wat samenhangt met het vermijden van belastingheffing, te bestrijden. Geheel ten onrechte wordt door de Belastingdienst verondersteld dat elke familiestichting een ontwijkingsconstructie is die bestreden dient en kan worden met de rechtsfictie van art. 2.14a Wet IB 2001. In Nederland bestaat geen heffingsvacuüm ten aanzien van stichtingen in zijn algemeenheid. De APV-wetgeving kan niet zodanig extensief worden uitgelegd, dat vanwege het feit dat niet-nijvere stichtingen door de wetgever niet subjectief zijn onderworpen aan vennootschapsbelasting, er dan maar sprake zou zijn van een vacuüm dat de APV-wetgeving beoogt te dichten. Daar leent noch de letter (waarmee een particulier belang tot belastingvermijding wordt beoogd) noch de geest van de APV-wetgeving zich voor. Schenkingen naar en van zelfstandige stichtingen zijn bovendien onderworpen aan het derdentarief schenkbelasting.

Bij een analyse van het speelveld kan worden gezegd dat uitsluitend stichtingen die zich in weerwil van het uitkeringenverbod van art. 2:285 lid 3 BW manifesteren als een zuiver private vermogensstichting, veelal kunnen worden gekwalificeerd als een afgezonderd vermogen waarmee een particulier belang wordt beoogd. Het beogen is een kwalitatieve norm, waaruit een intentie spreekt. Als deze intentie niet bij de insteller aanwezig is of naar zijn aard niet heeft kunnen zijn, is de APV-wetgeving niet van toepassing.

Omgekeerd geldt dat traditionele stichtingen met een (familiair of anderszins) sociaal doel al dan niet aangevuld met ideële doelen, wier feitelijke activiteiten overeenkomen met de statutaire doelstellingen, kwalificeren als auto-

nome stichtingen. Zowel in het civiele als het fiscale recht komt aan deze stichtingen een zelfstandige betekenis toe. Van deze stichtingen ‘zweeft’ het vermogen niet, omdat de wetgever juist heeft gewenst dat niet-nijvere stichtingen niet subjectief onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting.

De bewijslast dat sprake is van een APV ligt bij de Belastingdienst en vanwege de gestapelde rechtsficties in de APV-wetgeving dient deze zich te beperken tot het misbruik dat zij veronderstelt te bestrijden. De Belastingdienst handelt onwaarachtig in strijd met de letter (‘waarmee wordt beoogd’) en geest van de wet (*in fraudem legis*) door niet-temin traditionele familiestichtingen te willen onderwerpen aan deze regelgeving.

Het is daarom van belang om te onderscheiden tussen sociale familiestichtingen, die volledig binnen de lijnen van het Nederlandse recht opereren en familiestichtingen, die de vorm van een zuivere private vermogensstichting aannemen in weerwil van de tekst van het uitkeringenverbod in het Nederlandse stichtingenrecht. Ik roep de Belastingdienst dan ook op ‘the beautiful art of distinguishing’ toe te passen waardoor het verschil wordt gemaakt tussen die familiestichtingen die enerzijds als ‘onduidelijke hybride rechtsfiguren’ kwalificeren en de traditionele familiestichtingen met een sociaal ondersteunend doel, die al langer dan een eeuw in ons rechtssysteem floreren. Uit niets blijkt dat het Parlement akkoord is gegaan met het aanvallen van die laatste categorie op basis van de APV-wetgeving.

Met de Pechgeneratie studenten die nu de arbeidsmarkt betreden, zou ik bovendien menen dat het de staatssecretaris van Financiën zou sieren het gemarginaliseerde begrip ‘SBBI’ nieuw leven in te blazen door de voorwaarden te publiceren waarbinnen een familiestichting met steun voor alle pechstudenten in een familie in bredere zin kan kwalificeren als een SBBI.

Over de auteur

Mr. dr. I.A. (Ineke) Koele

Advocaat belastingkundige bij Koele Tax&Legal Perspecta.