

## Fiscale vestigingsplaats: het wordt steeds gekker

In Hertoghs beschouwt is al vaak aandacht geschonken aan de toegenomen strijd van de Belastingdienst tegen buitenlandse structuren.

**Nederlanders die hun vermogen buiten Nederland brengen mogen niet rekenen op veel sympathie van de fiscus. Dergelijke structuren worden al snel weggezet als ontoelaatbare belastingontduiking of op zijn minst -ontwijking.**

De belastinginspecteur gebruikt zijn nationale en internationale inlichtingenarsenaal om de feiten in beeld te krijgen en confronteert de betrokkenen vervolgens met vaak torenhoge aanslagen die op diverse primaire, subsidiaire en meer subsidiaire standpunten worden gebaseerd. Het lossen van een schot hagel maakt de kans op een voltreffer nu eenmaal groter.

Dit is niet de plek om een oordeel uit te spreken over de vraag of bepaalde structuren aanvaardbaar zijn of niet. Die vraag is natuurlijk van politieke aard en moet door de wetgever worden beantwoord. Wij gebruiken deze blog wel om met onze lezers zorgen te delen over een gebrek aan rechtszekerheid en aan rechtsbescherming alsook om aandacht te vragen voor een onbalans in de machtsverhoudingen waardoor individuen ten onrechte in de knel raken.

Een recente uitspraak van de rechtbank Gelderland<sup>1</sup> over een buitenlandse structuur is een dankbaar aanknopingspunt om de zwakke rechtspositie van de burger te belichten en te bekritisieren. Wat was er aan de hand?

Een Nederlandse ondernemer X had zijn belangen in een handelsbedrijf in medische specialistische apparatuur overgedragen aan een op Curaçao gevestigde Stichting Particulier Fonds (SPF). Kort na deze overheveling van zijn vermogen is X met zijn echtgenote naar Spanje geëmigreerd. Enige jaren later heeft de SPF aan een kind van X een schenking gedaan. Deze schenking is vervolgens bij de Nederlandse Belastingdienst onder het vergrootglas komen te liggen.

Na het onderzoek is de inspecteur voor twee ankers gaan liggen. Zijn eerste anker was dat de SPF fiscaal genegeerd moest worden zodat de schenking was gedaan door X zelf. Omdat X op het moment van schenking minder dan 10 jaar in het buitenland woonde, zou een schenking door hem onder de Nederlandse schenkbelasting vallen. Het tweede anker van de inspecteur was de stelling dat de stichting fiscaal niet in het buitenland was gevestigd maar in Nederland. Ook in dat geval zou de schenking onder de Nederlandse schenkbelasting vallen.

Beide ankers liggen in fiscaal heel troebel water. De regels omtrent zowel de fiscale transparantie van een stichting als de vestigingsplaats van een stichting zijn allesbehalve duidelijk. Omtrent de transparantie van een stichting was in het jaar van de schenking, 2008, al helemaal geen regelgeving voorhanden. De inspecteur baseerde zich uitsluitend op jurisprudentie waaruit blijkt dat het vermogen van een stichting onder bijzondere omstandigheden kan worden toegerekend aan degene die het stichtingsvermogen als zijn eigen vermogen beheert. Of daarvan sprake is, is sterk afhankelijk van de feiten en zeker

---

<sup>1</sup> [ECLI:NL:RBGEL:2018:2477](https://www.ecli.nl/rbgel/2018/2477)

ook van de persoonlijke appreciatie van de rechter. De Hoge Raad is naar ons oordeel op dit punt overigens erg terughoudend<sup>2</sup>.

Voor wat betreft de vestigingsplaats van een stichting is er weliswaar een wettelijke bepaling maar die blinkt uit in nietszeggendheid.

**Artikel 4, eerste lid AWR bepaalt dat de vestigingsplaats naar omstandigheden wordt bepaald. Aldus leidt een blik in de wet dus ook niet tot enige duidelijkheid. Dat geldt ook voor de jurisprudentie op dit terrein, die zeer casuïstisch is.**

Het vervolg van de hiervoor beschreven casus laat zien hoeveel ruimte de rechter heeft om zelf keuzes te maken en daarmee procespartijen (en ook ons) te verrassen.

De rechtbank Gelderland verwerpt het primaire standpunt van de inspecteur. Naar haar oordeel beschikte X niet over het vermogen van de stichting alsof het zijn eigen vermogen was. De vermelding van X als beneficial owner op een openingsformulier van een bankrekening van de stichting vond de rechtbank geen reden om de stichting fiscaal door te prikken.

Dat leidde echter niet tot een gunstige uitspraak voor de ontvanger van de schenking. Immers de rechtbank volgt wel het subsidiaire standpunt van de inspecteur en beslist dat de stichting fiscaal in Nederland was gevestigd. Daarbij kent de rechtbank een doorslaggevende betekenis toe aan de rol die de belastingadviseur van X in deze speelde. Het feit dat de adviseur de structuur had bedacht, hij in de ogen van de rechtbank bij allerlei beslissingen een regierol vervulde en hij aldus de rechtbank het initiatief had genomen tot de schenking, leidde ertoe dat de stichting feitelijk werd geleid door de adviseur die in Nederland zijn praktijk had. Als gevolg daarvan bleef de aanslag schenkbelasting in stand. Daarbij had de begiftigde nog geluk dat het primaire standpunt tot een aanzienlijke lager schenkbelasting leidde dan het subsidiaire. De schenking door een stichting is immers onderworpen aan het hoge derden-tarief terwijl de aanslag was gebaseerd op het lagere ouder-kindtarief.

**Naar onze mening gaat de rechtbank hiermee echt een brug te ver. De positie van de belastingadviseur wordt hiermee miskend en ten onrechte opgepompt.**

Het zal voorkomen dat belastingadviseurs een belangrijke rol vervullen en dat cliënten zich graag laten leiden door hetgeen hun adviseur adviseert. Dat betekent echter niet dat de adviseur daarmee de positie van de cliënt overneemt en dat hij bijvoorbeeld de rol van feitelijk bestuurder van een stichting gaat vervullen. De adviseur vervult dezelfde rol als die van het door de fiscus vaak zo gediskwalificeerde trustkantoor. Hij kan alleen besluiten nemen na afstemming met de cliënt. Daar waar het trustkantoor als beleidsbepaler wordt gepasseerd, zou dat ook voor de belastingadviseur moeten gelden.

Overigens is deze uitspraak ook een waarschuwing aan mensen zoals X. Het al te enthousiast ophemelen van de positie van hun adviseur teneinde een mogelijke 'durchgriff' van de stichting te voorkomen wordt door de rechter kennelijk afgestraft.

---

<sup>2</sup> Bijvoorbeeld: [ECLI:NL:HR:2013:BZ4218](https://ecli.nl/hr/2013/BZ4218)