

## Geen cassatie tegen twee hofuitspraken over fiscale fondswervende instellingen; mogelijk wetswijziging

Staatssecretaris - Financiën, DGB2010/7612, 25 november 2010, Notitie

Belastingjaar/tijdvak 2004-2005

- Artikel 9 Lid 1 Onderdeel h, Wet VPB 1969

### Samenvatting

De staatssecretaris heeft op 25 november 2010 laten weten dat hij afziet van cassatie tegen Hof Den Bosch 25 juni 2010 over een fiscale fondswervende instelling. Hij meent dat het hof een juiste uitleg heeft gegeven van de bestaande wettekst van art. 9, lid 1, onderdeel h Wet VPB 1969 en ziet daarom te weinig mogelijkheden voor cassatie. Maar omdat volgens de staatssecretaris de tekst van de wet niet overeenstemt met de bedoeling daarvan, overweegt hij een wetswijziging.

Het betreft de uitspraak Hof Den Bosch 25 juni 2010 over een bv met een taleninstituut die zijn winst nagenoeg geheel uitkeert aan zijn aandeelhouder, een stichting die is aangemerkt als algemeen nut beogende instelling (anbi). De bv en de stichting hadden gedurende het jaar een overeenkomst gesloten, waarin de winstuitkering was afgesproken. Het hof besliste dat de uitkering van de winst die voorafgaand aan de overeenkomst werd gemaakt niet voor aftrek in aanmerking kwam bij de bv. Verder besliste het hof dat de bv geen kenbare fondswervende instelling hoefde te zijn, dus niet duidelijk hoefde te maken voor wie het fondsen aan het werven was, en dat niet de gehele winst hoefde te worden uitgekeerd, maar dat een klein deel door de bv's mocht worden behouden. Ten slotte vond het hof dat hier geen sprake was van ernstige concurrentieverstoring.

De staatssecretaris heeft kritiek op de laatste drie punten van de hofuitspraken. Wat betreft de kenbaarheid als fondswervende instelling en de ernstige concurrentieverstoring meent hij dat het hof weliswaar overeenkomstig de wettekst heeft beslist, maar acht hij de uitkomst ongewenst. Daarom ziet hij af van cassatie, maar overweegt hij om de wettekst meer in overeenstemming te brengen met de bedoeling van de bepaling. Wat betreft de uitkering van (nagenoeg) de gehele winst is hij het oneens met het hof, maar gaat hij toch niet in cassatie.

Het aspect van ernstige concurrentieverstoring speelde eveneens bij Hof Den Bosch 24 september 2010, nr. 09/00338 (niet gepubliceerd) over een stichting met de anbi-status die een moskee onderhoudt en daarbinnen een kruidenierswinkel uitbaat. Deze stichting had fictieve vrijwilligerskosten afgetrokken op grond van art. 9, lid 1, onderdeel i, Wet VPB 1969. Ook voor deze zaak ziet de staatssecretaris af van cassatie bij de Hoge Raad, maar overweegt hij wetswijziging.

Wel kunnen in de tussentijd de lopende zaken overeenkomstig de lijn van Hof Den Bosch worden afgedaan.

## Commentaar (Molenaar\*)

Verrassend dat de staatssecretaris en zijn ambtenaren zich zo tegen de eigen wetgeving keren. Zowel in de zaak over het taleninstituut als over de kruidenierswinkel in de moskee voor Rechtbank Breda ([NTFR 2009/807](#) respectievelijk [NTFR 2010/819](#)) en Hof Den Bosch ( NTFR 2010/2064 respectievelijk niet gepubliceerd) was duidelijk dat het standpunt van de inspecteurs over de uitleg van het begrip 'ernstige concurrentieverstoring' weinig kans maakte. Dat gold bij het taleninstituut ook voor de kenbaarheid als fondswervende instelling. De standpunten zijn vooral vreemd omdat de wetshistorie van het Belastingplan 2002 en het besluit van 23 december 2005, nr. DGB 2005/2731M geen aanknopingspunten bieden om strikter te denken dan de vigerende wettekst. En daarmee is het ook onduidelijk waarop de staatssecretaris baseert dat er een andere bedoeling van de wetgeving zou zijn.

Over de kruidenierswinkel in de moskee had de staatssecretaris al Kamervragen beantwoord (zie antwoorden van 2 september 2009, nr. DGB 2009/306U), waarin hij overeenkomstig het eerdere besluit liet weten dat van ernstige concurrentieverstoring sprake is als de activiteit binnen de branche duidelijk als concurrentie wordt ervaren. Dat lijkt mij echter nog wat zachtjes uitgedrukt, 'ernstige concurrentieverstoring' is meer dan 'duidelijk concurrentie ervaren'. Gelukkig vindt de staatssecretaris in het besluit van 23 december 2005 wel dat het meer moet zijn dan het 'in concurrentie treden' van art. 4 Wet VPB 1969, want de drempel daarvoor is wel erg laag, omdat ook potentiële concurrentie dan meetelt. Mocht de staatssecretaris het begrip 'in concurrentie treden' ook in art. 9, lid 1, Wet VPB 1969 willen opnemen, dan kan hij die bepaling net zo goed schrappen, want dan kan bijna niemand er nog gebruik van maken. Gelukkig speelt deze discussie bij de kruidenierswinkel verder niet, omdat de rechtbank al had vastgesteld dat de winkel normale prijzen hanteerde. Eigenlijk is het daarmee onbegrijpelijk dat de inspecteur nog hoger beroep had aangetekend.

Uitgebreide besprekingen van zowel de aftrek van de winstuitkeringen van fiscale fondswervende instellingen aan anbi's als van de aftrek van fictieve vrijwilligerskosten door anbi's zijn te vinden in S.J.C. Hemels, 'Door de muze omhelsd', Wolf Legal Publishers, 2005, J.P. van Eck, 'Het algemeen nut in de vennootschapsbelasting', [NTFR 2010/2486](#) en M.J.R. Kuyt, 'De fiscaal fondsenwervende instelling', WFR 2011/6892.

Naar mijn mening zal een heroverweging van art. 9, lid 1, Wet VPB 1969 door de staatssecretaris moeten passen binnen de Geefwet, die in het regeerakkoord in het onderdeel Cultuur – naast de bezuinigingen en de btw-verhoging – werd aangekondigd ([NTFR 2010/2347](#)). Deze Geefwet lijkt aan te sluiten bij de wens van de regering dat onder meer culturele instellingen en kunstenaars meer eigen inkomsten gaan verwerven. De mogelijkheden van de fondsenwervende instelling en de aftrek van fictieve vrijwilligerskosten passen daar goed bij, ze zouden eerder gestimuleerd dan beperkt moeten worden.

En van misbruik kan hier nauwelijks sprake zijn, omdat de gelden moeten gaan naar een door de Belastingdienst erkende anbi. En op die anbi-status wordt inmiddels strikt toezicht gehouden, want er zijn structureel tien medewerkers van het anbi-team van de Belastingdienst Den Bosch op pad om anbi's te controleren op de rechtmatigheid van hun beschikking.

---

\* Dr. D. Molenaar is werkzaam bij All Arts Belastingadviseurs en verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam