



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer

Leeuw, A.E. de

Citation

Leeuw, A. E. de. (2020, October 1). *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/137098>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/137098>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/137098> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Leeuw, A.E. de

Title: Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer

Issue Date: 2020-10-01

Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer



Arianne Elisabeth de Leeuw

Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer

Arianne Elisabeth de Leeuw

Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer

Arianne Elisabeth de Leeuw

ISBN: 978-94-028-2158-1

Copyright © 2020 Arianne Elisabeth de Leeuw

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand en/of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Cover design:

Johanna Dekker

Layout en design:

Sanne Kassenberg | persoonlijkproefschrift.nl

Drukker:

Ipskamp Printing | proefschriften.net

Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 1 oktober 2020
klokke 16.15 uur

door

Arianne Elisabeth de Leeuw
geboren te Ede
in 1980

Promotores: prof. dr. F. Sonneveldt
 prof. dr. A.O. Lubbers

Promotiecommissie: prof. dr. J.P. Boer
 prof. mr. T.J. Mellema - Kranenburg
 prof. mr. C.A. Schwarz (Erasmus Universiteit Rotterdam)
 prof. mr. I.J.F.A van Vijfeijken (Tilburg University)

Voorwoord

De mogelijkheden en onmogelijkheden van het scheiden van zeggenschap en economisch belang hebben al lang mijn interesse, sinds ik tijdens een stage in 2003 voor het eerst met dit onderwerp in aanraking kwam. Vanaf dat moment heeft het onderwerp mij beziggehouden en ben ik hier ook steeds bij terug gekomen: mijn scriptie betrof certificering als alternatief voor bewind, in mijn werkzaamheden als belastingadviseur heeft mijn specialisatie zich al vrij snel bewogen in de richting van estate planning en in 2011 ben ik begonnen aan mijn proefschrift.

Het schrijven van mijn proefschrift en het verrichten van het onderzoek vond ik een interessante, uitdagende en niet altijd een makkelijke weg. Het mooie is dat je van te voren niet weet waar je uitkomt; mijn conclusies waren althans lang niet altijd wat ik vooraf had verwacht dat zij zouden zijn. Een minder inhoudelijke uitdaging was voor mij het aantal zijpaden op de weg en dan vooral om die op weg naar het einddoel niet allemaal te bewandelen en te ontdekken, maar het zicht te houden op het hoofdpad. Ik vrees dat de omvang van het eindresultaat getuige is van het feit dat ik daar wellicht niet altijd in geslaagd ben, maar zijpaden brengen soms ook leuke verrassingen. En gelukkig zijn er na mijn promotie nog genoeg wegen over om in te slaan.

Ik wil mijn promotores Frans Sonneveldt en Allard Lubbers van harte bedanken voor hun begeleiding op dit pad en hun suggesties aangaande enerzijds de te bewandelen wegen en anderzijds de routekaart die de structuur aanbrengt in de beschrijving van de conclusie waar ik onderweg toe gekomen ben. Daarnaast ben ik de leden van de promotiecommissie erkentelijk voor hun bereidheid om het – omvangrijke – verslag van mijn reis te beoordelen, met alle zijpaden van dien, alsmede hun suggesties naar aanleiding daarvan.

Daarnaast ben ik mijn werkgever, Loyens & Loeff, erkentelijk voor de gelegenheid die mij geboden is om mijn promotieonderzoek te verrichten.

Tot slot spreek ik graag mijn dank uit voor alle ondersteuning die ik heb mogen ontvangen van mijn familie, mijn ouders en in het bijzonder mijn echtgenoot, Michel, alsmede mijn zoontjes Nathan, die mij toewenst dat ik fijn kan werken als hij naar school gaat, en Raphael, die mij écht niet zal storen als hij onder mijn bureau mag zitten...

Het manuscript is afgesloten op 29 februari 2020.

Arianne de Leeuw

Ede, 2 juli 2020

Inhoudsopgave

Voorwoord	5
Inhoudsopgave	6
I Inleiding	15
1 Aanleiding voor het onderzoek	17
2 Probleemstelling	21
3 Afbakening van het onderzoek	29
3.1 Algemeen	30
3.2 Nadere civielrechtelijke afbakening	31
3.3 Nadere fiscale afbakening	34
4 Opbouw van het onderzoek	35
II Civielrechtelijke analyse	37
5 Inleiding	39
6 Testamentair bewind	41
6.1 Algemeen	42
6.2 Wijze van beperking zeggenschap	43
6.3 Beheersregeling bij testamentair bewind	44
6.4 Geschiktheid als beschermingsfiguur: beëindiging van het testamentair bewind	45
6.5 Testamentair bewind en legitieme portie	48
6.5.1 Inleiding	48
6.5.2 Legitieme portie in het algemeen	48
6.5.3 Testamentair bewind en legitieme portie	49
6.6 Conclusie	51
7 Certificering	53
7.1 Inleiding	54
7.2 Historie van certificering	54
7.2.1 Ontwikkeling van certificering	55
7.2.2 Beschouwing	68
7.3 Definitie van certificering	70
7.4 Totstandkoming van certificering	72

7.5	Rechtskarakter van certificering	72
7.5.1	Opdracht	74
7.5.2	Lastgeving	78
7.5.3	Overeenkomstige toepassing lastgevingsbepalingen	79
7.5.4	Bewind	79
7.5.5	Maatschap	83
7.5.5.1	Samenwerking voor gemeenschappelijke rekening	85
7.5.5.2	Vermogensrechtelijk voordeel	91
7.5.5.3	Inbreng	91
7.5.5.4	Conclusie	93
7.5.6	Conclusie: overeenkomst <i>sui generis</i>	94
7.6	Juridische toelaatbaarheid van certificering/fiduciaverbod	96
7.7	Het certificaat	99
7.7.1	Aard van het certificaat	99
7.7.2	Royeerbaarheid van certificaten	101
7.7.3	Overdraagbaarheid en overdracht	102
7.7.3.1	Overdracht van certificaten	102
7.7.3.2	Overdraagbaarheid van certificaten	106
7.7.3.2.1	Blokkeringsregelingen	107
7.7.3.2.2	Kwaliteitseisen/aanbiedingsplicht	110
7.7.4	Beperkte rechten op certificaten	111
7.8	Het administratiekantoor	113
7.8.1	Rechtsvorm van het administratiekantoor	113
7.8.2	Rechtsverhouding tussen certificaathouder en administratiekantoor	114
7.8.2.1	Administratievoorwaarden	115
7.8.2.2	Statuten STAK	118
7.8.2.2.1	Conclusie	123
7.8.2.3	Goederenrechtelijke versterking positie certificaathouder	124
7.8.2.4	Verhouding tussen statuten en administratievoorwaarden	127
7.8.2.5	Statuten van het administratiekantoor	127
7.8.2.5.1	Doelomschrijving	128
7.8.2.5.2	Bestuur	129
7.8.2.5.3	Toezicht	137
7.8.2.5.4	Wijziging van de statuten	137
7.8.2.5.5	Certificaathoudersvergadering	139
7.8.2.5.6	Conclusie	140
7.8.3	Beschikkingsbevoegdheid van de STAK	140
7.9	Administratievoorwaarden	143
7.9.1	Noodzakelijke en nuttige administratievoorwaarden	144
7.9.2	Administratievoorwaarden als algemene voorwaarden	153
7.10	Einde van de certificering	158

7.10.1	Wijzen van beëindiging	159
7.10.2	Geforceerde decertificering bij niet-royeerbare certificaten	161
7.10.3	Gevolgen van beëindiging	167
7.11	Certificering als beschermingsfiguur	168
7.12	Wijze van beperking van zeggenschap	169
7.13	Beheersregeling bij certificering	169
7.14	Certificering en legitieme portie	171
7.14.1	Inleiding	171
7.14.2	Legitieme portie in het algemeen	172
7.14.3	Drukker-arrest/maatschappelijke aanvaardbaarheid van niet-royeerbare certificaten	173
7.14.4	Certificering als gift	179
7.14.5	Certificaten als inferieure making	189
7.14.6	Beroep op de legitieme portie	191
7.14.7	Conclusie	194
7.15	Conclusie	196
8	Afgezonderd particulier vermogen	199
8.1	Inleiding	200
8.2	Beschrijving van civielrechtelijke vormen van een afgezonderd particulier vermogen	200
8.2.1	Inleiding	200
8.2.2	De Nederlandse stichting als APV	201
8.2.3	De Anglo-Amerikaanse trust	203
8.2.3.1	Definitie van de trust	204
8.2.3.2	Aard van de trust	205
8.2.3.3	Ontstaansgronden trust	208
8.2.3.4	Toepassingen van de trust	209
8.2.3.5	Instellen van een express trust	210
8.2.3.6	Vormen van belang bij trustvermogen	213
8.2.3.7	Bij de trust betrokken personen	214
8.2.3.7.1	Settlor	214
8.2.3.7.2	Trustee	215
8.2.3.7.3	Beneficiaries	217
8.2.3.7.4	Protector	218
8.2.3.8	Einde van de trustverhouding	218
8.2.3.9	Erkenning van de trust	219
8.3	Het APV als beschermingsfiguur	224
8.4	Wijze van beperking zeggenschap	226
8.5	Beheersregeling	226
8.6	Samenloop APV en legitieme portie	227
8.6.1	Inbreng in een APV als gift	230

8.6.2	Kwalificatie van de inbrenghandeling bij Nederlandse stichting	240
8.6.3	Benadeling van de legitimaris door inbreng	242
8.6.4	Conclusie	247
8.7	Conclusie	248
9	Vergelijkende conclusie civiel recht	251
III	FISCALE ANALYSE	257
10	Inleiding	259
11	Waardering	261
12	Fiscale gevolgen van testamentair bewind	268
12.1	Inleiding	268
12.2	Waardering	268
12.3	Conclusie	271
13	Fiscale gevolgen van certificering	273
13.1	Inleiding	274
13.2	Waardering	274
13.2.1	Algemeen	274
13.2.2	Waardering van certificaten van aandelen	276
13.2.2.1	Certificaten van minderheidspakket aandelen	277
13.2.2.2	Certificaten van volledig of meerderheidspakket aandelen	280
13.2.2.3	Certificaathouder met zeggenschap	284
13.2.2.4	Samenwerkende groep	288
13.2.2.5	Aftrek wegens incurantheid	291
13.2.2.6	Beperking in de overdraagbaarheid van de certificaten	292
13.2.2.7	Ontbreken doorstootverplichting	293
13.2.2.8	Conclusie	294
13.2.3	Waardering van certificaten van andere goederen	295
13.2.4	Conclusie	297
13.3	De certificaathouder als economisch eigenaar	297
13.3.1	Vereisten aan economische eigendom	298
13.3.2	Algemene gevolgen van de certificaathouder als economisch eigenaar	302
13.4	Inkomstenbelasting	307
13.4.1	Certificering van box 2-vermogen	308
13.4.1.1	Aanmerkelijk belang	308
13.4.1.2	Certificering	312
13.4.1.2.1	Gefaciliteerde certificering	312

13.4.1.2.2	Niet-gefaciliteerde certificering	314
13.4.1.3	Tussentijdse wijziging van de administratievoorwaarden	322
13.4.1.3.1	Verruiming van de administratievoorwaarden	322
13.4.1.3.2	Bepkering van de administratievoorwaarden	323
13.4.1.4	Decertificering	325
13.4.1.4.1	Gefaciliteerde decertificering	325
13.4.1.4.2	Niet-gefaciliteerde decertificering	326
13.4.1.5	Voordelen en genietingstijdstip	326
13.4.1.5.1	Vervreemdingsvoordelen	326
13.4.1.5.2	Reguliere voordelen	334
13.4.1.6	Waardering van certificaten in box 2	339
13.4.1.7	Conclusie	340
13.4.2	Certificering van box 1-vermogen	342
13.4.2.1	De IB-onderneming	342
13.4.2.2	De terbeschikkingstellingsregeling	343
13.4.2.3	De eigen woning	344
13.4.2.4	Genietingstijdstip van inkomsten	346
13.4.2.5	Waardering van certificaten in box 1	348
13.4.3	Certificering van box 3-vermogen	349
13.4.3.1	Behandeling certificaat in box 3 en gevolgen voor vrijstellingen	350
13.4.3.2	Waardering van certificaten in box 3	358
13.5	Schenk- en erfbelasting	360
13.5.1	Certificering als schenking	360
13.5.2	Waardering	361
13.5.3	Certificering en artikel 10 SW	364
13.6	Vennootschapsbelasting	366
13.6.1	Vennootschapsbelastingplicht van het administratiekantoor	366
13.6.2	Certificering als fonds voor gemene rekening	369
13.6.3	Transparence fiscale van de Stichting Administratiekantoor	375
13.7	Conclusie	375
14	De APV-regeling	379
14.1	Inleiding	380
14.2	Achtergrond van de APV-regeling	380
14.2.1	Inkomstenbelasting	381
14.2.2	Schenkings- en successierecht	382
14.2.3	Invoering van de APV-regeling	384
14.3	Inkomstenbelasting	385
14.3.1	Definitie van het APV	385
14.3.2	Afzonderen van vermogen	388
14.3.2.1	Algemene regeling	388
14.3.2.2	Is afzondering een vervreemding?	390

14.3.2.3	Leningen aan het APV	393
14.3.2.3.1	Algemeen	393
14.3.2.3.2	Verkoop aan APV tegen schuldig erkenning	394
14.3.2.4	Inbreng door rechtspersoon	395
14.3.2.5	De in gemeenschap gehuwde inbrenger	397
14.3.2.5.1	Civielrechtelijke positie	397
14.3.2.5.2	Fiscale positie	398
14.3.2.5.3	Vermogensverschuiving door de inbreng	401
14.3.2.6	Meerdere inbrengers	403
14.3.3	Toerekening van APV-vermogen	407
14.3.3.1	Toerekening aan de inbrenger	407
14.3.3.2	Meerdere inbrengers	408
14.3.3.3	Onbekende inbrenger	409
14.3.3.4	Rechtens afdwingbare aanspraken	410
14.3.4	Toerekeningsstop	412
14.3.4.1	Algemeen	412
14.3.4.2	Optie voor belastingplicht	414
14.3.4.3	Sfeerovergangen	417
14.3.4.3.1	Box 1-vermogen	419
14.3.4.3.1.1	Ondernemingsvermogen	419
14.3.4.3.1.2	Resultaatsvermogen	421
14.3.4.3.2	Box 2-vermogen	421
14.3.4.3.3	Box 3-vermogen	424
14.3.4.3.4	Sfeerovergangen en de Successiewet	424
14.3.5	Uitkeringen uit het APV	425
14.3.6	Overlijden van de inbrenger	425
14.3.6.1	Gevolgen overlijden van de inbrenger	425
14.3.6.2	Toerekening aan de erfgenamen na overlijden van de inbrenger	426
14.3.6.3	Uitbreiding van het begrip "erfgenaam"	429
14.3.6.4	Maatregel tegen "antifiscale" testamenten	433
14.3.6.5	Conclusie	435
14.3.6.6	Tegenbewijsregeling voor erfgenamen	436
14.3.6.6.1	Algemeen	436
14.3.6.6.2	Beperkte begunstiging	439
14.3.6.6.3	Mutaties in groep begunstigden	441
14.3.6.6.4	Einde begunstiging voor overlijden inbrenger	442
14.3.6.7	Veel en/of onbekende erfgenamen	444
14.3.7	Discretionaire en niet-discretionaire APV's	445
14.3.7.1	Toepassing APV-regeling bij niet-discretionair (deel van een) APV	445
14.3.7.2	HR 10 april 2015, BNB 2015/152	450
14.3.7.3	Heffing ter zake van afdwingbare rechten	453

14.3.8	Kwalificatie bij herroepelijkheid	454
14.3.9	Fiscale transparantie of toerekening	457
14.3.9.1	Transparantie versus toerekening in de literatuur	460
14.3.9.2	Kwalificatie van een rechtsfiguur en transparantie	462
14.3.9.3	Kwalificatie van de APV-regeling	466
14.3.9.4	Conclusie	469
14.3.10	APV-regeling en jurisprudentie inzake toerekening van stichtingsvermogen	470
14.4	Schenk- en erfbelasting	479
14.4.1	Inbreng in het APV	480
14.4.2	Uitkeringen door het APV	480
14.4.2.1	Algemeen	480
14.4.2.2	Aansprakelijkheid van de inbrenger voor de schenkbelasting	483
14.4.2.3	APV-vermogen toegerekend aan meerdere personen	483
14.4.2.3.1	Effecten wettelijke regeling	483
14.4.2.3.2	Nuancering in parlementaire geschiedenis	485
14.4.2.3.3	Creatie van sub-APV's	487
14.4.2.3.4	Conclusie	490
14.4.2.4	Afdwingbare aanspraken	491
14.4.3	Overlijden van de inbrenger	491
14.4.3.1	Algemeen	491
14.4.3.2	Inbreng bij overlijden	493
14.4.3.3	Samenloop met regelingen in het testament.	494
14.4.3.3.1	Wettelijke verdeling	495
14.4.3.3.2	Vruchtgebruiktestament	496
14.4.3.3.3	Keuzelegaat tegen inbreng	498
14.4.3.3.4	Tweetrapsmaking	499
14.4.3.3.5	Conclusie	500
14.4.4	Mutaties in de groep van begunstigden	500
14.5	Vennootschapsbelasting en dividendbelasting	503
14.5.1	Vennootschapsbelasting	503
14.5.2	Dividendbelasting	507
14.5.2.1	Teruggave van dividendbelasting	510
14.5.2.1.1	Het APV als uiteindelijk gerechtigde	513
14.5.2.1.2	Toepassing van artikel 4 lid 7 Wet DB op een APV	515
14.5.2.1.3	Conclusie	518
14.5.2.2	Verrekening van dividendbelasting	518
14.5.2.3	Conclusie	519
14.6	Invordering	520
14.7	Conclusie: toepassing APV-regeling bij vermogensbescherming	522

15	Fiscale knelpunten bij vermogensbescherming	529
15.1	Inleiding	530
15.2	Certificering en waardering	530
15.2.1	Certificaathouder is economisch eigenaar	531
15.2.2	Certificaathouder is geen economisch eigenaar	533
15.2.3	Waardering in de context van de Successiewet	534
15.3	Genietingsmoment bij dooruitkering in ander jaar	535
15.3.1	Problematiek bij uiteenlopen genieting door STAK en door certificaathouder	535
15.3.2	Belastingheffing bij en verhaalsrecht voor de certificaathouder	537
15.3.3	Algemene toerekening aan en verhaalsrecht voor de certificaathouder	544
15.3.4	APV en verhaalsrecht	551
15.3.5	Verhaalsrecht bij schenk- en erfbelasting	554
15.4	Certificering en box 3- kwalificatie en -vrijstellingen	558
15.5	Toerekening aan meerdere personen – contouren van een regeling voor de administratieve “verdeling” van APV-vermogen	560
15.5.1	Aansluiting bij parallel met situatie zonder inbreng	561
15.5.2	Initiatief tot verdeling	564
15.5.2.1	Initiatief van het bestuur van het APV	566
15.5.2.2	Initiatief van de erfgenamen (of inbrengers)	567
15.5.2.3	Tekstvoorstel	568
15.5.3	Verhouding “aandelen” en discretionaire karakter van het APV	575
15.5.4	Separate APV's	578
15.5.5	Conclusie	579
15.6	Problemen bij de toepassing van de tegenbewijsregeling	580
15.7	Toerekening van APV-vermogen aan een veelheid aan erfgenamen	582
15.8	Onmogelijkheid betalen belasting door erfgenamen en vergoeding door APV	587
15.8.1	Inhouding en afdracht belasting door het APV	588
15.8.2	Verhaalsrecht jegens het APV	589
15.8.3	Verplichting tot vergoeding van de belasting	589
15.8.4	Vergoeding op initiatief van het APV	591
15.8.5	Conclusie	592
15.9	Verrekening of teruggave van Nederlandse dividendbelasting	593
15.10	Samenloop Nederlandse vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting	596
16	Vergelijkende conclusie fiscaal recht	599

IV	OVERKOEPELENDE CONCLUSIE CIVIEL EN FISCAAL RECHT	605
	Summary	616
	Curriculum vitae	627
	Lijst van aangehaalde werken	628
	Trefwoordenregister	649
	Jurisprudentieregister	659



I

Inleiding



1

Aanleiding voor het onderzoek

1 Aanleiding voor het onderzoek

In de praktijk leeft een sterke behoefte aan het beschermen van (familie)vermogen, ook tegen de verkrijger hiervan/rechthebbende hiertoe zelf. De reden hiervoor kan gelegen zijn in diens reële onbekwaamheid om verstandig met zijn vermogen om te gaan, doordat de rechthebbende daarvoor de (geestelijke) capaciteiten ontbeert. De behoefte aan de bescherming van het vermogen kan echter ook gebaseerd zijn op de (door een schenker of erflater) gepercipieerde ongeschiktheid van de rechthebbende om zelfstandig vermogen te beheren. Om uiteenlopende motieven kan bij diegene die vermogen wil schenken of dit op termijn zal nalaten de wens bestaan om een duurzame scheiding tussen juridische zeggenschap over en economisch belang bij het te verkrijgen vermogen tot stand te brengen. Deze scheiding hoeft ook niet steeds (uitsluitend) gericht te zijn op het onthouden van zeggenschap aan de (potentiële) rechthebbende, maar kan ook (mede) een verderstrekkend doel dienen, zoals de continuïteit van de familieonderneming of het bijeenhouden van een kunstcollectie.¹ Eenvoudshalve zal ik het beheer door middel van het aanbrengen van een scheiding tussen macht en belang hierna mede aanduiden met “vermogensbescherming”. Hoewel vermogensbescherming zoals aangegeven ingegeven kan zijn door meerdere motieven, richt dit zich in elk geval ten dele op de bescherming van het vermogen tegen diegene die dit verkrijgt, althans dit anders (volledig) verkregen zou hebben.

Voor het bewerkstelligen van een dergelijke vermogensbescherming zijn verschillende methoden denkbaar. De Nederlandse wet voorziet in één rechtsfiguur die hier specifiek voor bedoeld is: het schenkings- of testamentair bewind. Daarnaast kunnen rechtsfiguren toegepast worden die niet in het bijzonder voor vermogensbescherming bedoeld zijn, zoals vruchtgebruik, indien onder voorbehoud daarvan geschonken wordt. Ten slotte zijn kunnen niet in de wet geregelde figuren gebruikt worden om een scheiding tussen zeggenschap en economisch belang te bewerkstelligen, zoals certificering of een trust(achtige figuur). Deze laatste variant is eenvoudiger toepasbaar geworden voor in Nederland woonachtige personen sinds de invoering van de regeling voor de fiscale

1 Hoewel ik niet bekend ben met empirisch onderzoek naar de wens tot het aanbrengen van een scheiding tussen zeggenschap en economisch belang in het algemeen, volgt de wens (en noodzaak) hiertoe voor familiebedrijven uit bijvoorbeeld het onderzoek “Mijn bedrijf is groter dan ikzelf”, uitgevoerd door H. Kwakkel voor EY, de Global Family Business Survey 2014 van PWC, het onderzoek “Strategieverandering na generatiewisseling in familiebedrijven” van het Erasmus Centre For Family Business, BDO en de Rabobank uit 2016 en M. Carney, E. Gedajlovic en V.M. Strike, *Dead Money: Inheritance Law and the Longevity of Family Firms*, Entrepreneurship Theory & Practice November 2014, pagina 277 – 279. De mate waarin voorzieningen getroffen worden om vermogen te beschermen blijkt ook uit de sterke toename van de toepassing van certificering: zoekopdracht “Stichting Administratiekantoor” in het Handelsregister leverde op 27 september 2019 tegen de 49.000 resultaten op, terwijl er in 2016 nog maar ongeveer 15.000 waren (zie J. van Zwol en I. Matser, *De stichting administratiekantoor*, Onderbelicht instrument van goed bestuur in het familiebedrijf, Goed Bestuur & Toezicht 2016/1), alsmede de sterke toename van het aantal publicaties over certificering sinds ongeveer 2000. Voor de motieven om tot een scheiding van zeggenschap en belang over te gaan zij verwezen naar het nog lopende promotieonderzoek van A.M. Steegmans naar het beheer van familievermogen.

behandeling van zogenoemde afgezonderde particuliere vermogens² per 1 januari 2010, omdat inbreng van vermogen in een dergelijke entiteit nu mogelijk is zonder dat dit onmiddellijk tot (forse) belastingheffing leidt.³ Hiermee is een reële mogelijkheid ontstaan om in Nederland een dergelijke rechtsfiguur te gebruiken voor vermogensbescherming.

Bescherming van vermogen tegen de verkrijger daarvan is één aspect van vermogensbescherming, maar dit heeft uiteraard een keerzijde, in de vorm van het belang van de verkrijger/rechthebbende om vrij over zijn vermogen te kunnen beschikken. Hoewel het in bepaalde gevallen zeker verstandig zal zijn dat deze vrijheid bij een specifieke rechthebbende niet absoluut is, moet ook dit in beginsel gerechtvaardigde belang van de rechthebbende niet uit het oog verloren worden. In het verlengde hiervan ligt voorts een ander aspect van vermogensbescherming, in de vorm van de legitieme portie, die zich juist richt op de bescherming van de potentiële verkrijger en dus in zekere zin het vermogen (vanuit familieperspectief) beschermt tegen al te enthousiaste vrijgevigheid jegens derden aan de zijde van de toekomstige erflater. Tussen het belang van degene van wie het vermogen afkomstig is, zijnde (mede) bescherming hiervan tegen de verkrijger, en het belang van degene die het vermogen uiteindelijk verkrijgt, zijnde beschikking over dat vermogen, ligt vanzelfsprekend een spanningsveld. Hoewel beide belangen wellicht niet diametraal tegenover elkaar staan, sluiten zij elkaar wel in belangrijke mate uit, mede omdat een belangrijk aspect van de legitieme portie is dat deze vrij en onbezwaard genoten moet kunnen worden.

Vanuit dit perspectief richt ik mij op zowel de civielrechtelijke als de fiscale kant van vermogensbescherming. De focus ligt daarbij op de fiscale aspecten. Voor de fiscale duiding van de verschillende te toetsen rechtsfiguren zijn de civielrechtelijke kenmerken evenwel van groot belang. Derhalve heb ik ervoor gekozen om mijn onderzoek te starten vanuit een civielrechtelijke analyse, waarin tevens de vraag betrokken is hoe effectief een bepaalde rechtsfiguur is indien vermogensbescherming wordt nagestreefd.

De civielrechtelijke kant van vermogensbescherming komt in essentie neer op de vraag in hoeverre het met toepassing van bepaalde rechtsfiguren mogelijk is om een duurzame scheiding van zeggenschap en economisch belang te bewerkstelligen, zowel in het algemeen, als in de situatie waarin rekening gehouden moet worden met de legitieme portie. Ook besteed ik hierbij aandacht aan het belang van de rechthebbende en de eventuele bescherming daarvan. De fiscale kant betreft de vraag in hoeverre een op de bescherming van vermogen gerichte rechtsfiguur⁴ fiscaal neutraal toegepast kan worden. Ook wordt onderzocht of, indien geen sprake is van fiscale neutraliteit, dit het gevolg is van juridische onvolkomenheden in de wetgeving en, zo ja, op welke wijze die onvolkomenheden weggenomen zouden kunnen worden.

2 Hierna “APV”, geregeld in artikel 2.14a Wet IB 2001; zie nader hoofdstuk 14.

3 Zie nader paragraaf 14.2.

4 Hierna ook aangeduid als “beschermingsfiguur”.



2

Probleemstelling

2 Probleemstelling

Het onderzoek richt zich gezien het voorgaande op de volgende hoofdvragen:

- (a) In hoeverre is het mogelijk om (civielrechtelijk) een duurzame scheiding tussen de juridische zeggenschap over en het economische belang bij vermogensbestanddelen te creëren?
- (b) Aannemend dat een dergelijke duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang mogelijk is, in hoeverre kan deze scheiding dan fiscaal neutraal, dat wil zeggen zonder dat sprake is van meer belastingheffing dan in de situatie dat deze scheiding niet was aangebracht, vormgegeven worden?
- (c) Bevat de wetgeving die van toepassing is op de beschermingsfiguren onvolkomenheden van juridische aard en, zo ja, op welke wijze kunnen deze worden weggenomen?

Binnen dit kader wordt vervolgens gekeken naar drie beschermingsfiguren: testamentair bewind, certificering en familiestichting c.q. trustachtige figuren.⁵

Meer in detail houdt het onderzoek op de voornoemde deelvragen het volgende in:

Ad (a) scheiding tussen zeggenschap en belang

Om juridische zeggenschap en economisch belang effectief van elkaar te scheiden, in die zin dat het vermogen beschermd wordt tegen onverantwoord beheer of verkwisting hiervan door de rechthebbende, moet mijns inziens sprake zijn van twee factoren. Allereerst moet de scheiding duurzaam kunnen worden aangebracht. Daarnaast is voor een succesvolle bescherming van vermogen van belang dat het evenwicht bewaard wordt tussen de verschillende hierbij betrokken belangen. Ik zal de geselecteerde beschermingsfiguren derhalve toetsen aan de volgende twee hoofdbeoordelingscriteria:

- (I) duurzaamheid van de beschermingsfiguur; en
- (II) evenwicht tussen de verschillende bij de beschermingsfiguur betrokken belangen:
 - (a) het belang van de insteller van de beschermingsfiguur;

⁵ Zie paragraaf 3.1 voor de redenen om deze te selecteren.

- (b) het belang van de rechthebbende⁶, waaronder de mogelijkheid om (al dan niet op termijn) betrokken te zijn bij het beheer van het vermogen; en
- (c) het belang van en controle op de beheerder⁷ van het vermogen.

Deze beoordelingscriteria kunnen als volgt worden toegelicht:

(I) Duurzaamheid van de beschermingsfiguur

Een belangrijk aspect bij de scheiding tussen zeggenschap en belang is in hoeverre de kenmerken van de verschillende onderzochte beschermingsfiguren in zichzelf de mogelijkheid bieden om een dergelijke scheiding duurzaam tot stand te brengen. Hierbij wordt ook besproken op welke wijze en in welke mate de onderzochte rechtsfiguur deze scheiding tot stand brengt, oftewel de mogelijkheid van de rechthebbende om over het vermogen te beschikken beperkt. Voorts wordt gekeken naar de mogelijkheid dat een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang, voor zover die in beginsel op grond van de kenmerken van de beschermingsfiguur zelf tot stand kan worden gebracht, alsnog beëindigd dan wel (gedeeltelijk) omzeild⁸ kan worden op grond van de regels betreffende de legitieme portie. Veelal zal de (toekomstige) verkrijger van het te beschermen vermogen immers een legitimaris zijn.

Om te vereisen dat de scheiding tussen zeggenschap en belang potentieel eeuwigdurend moet zijn gaat mijns inziens te ver, de insteller zou dan ook wel erg ver over zijn graf heen regeren. Om in dit kader van duurzaamheid te spreken moet het naar mijn mening echter wel mogelijk zijn om de zeggenschap van de (opvolgende) rechthebbende(n) gedurende een langere periode, potentieel meerdere generaties, in meer of mindere mate te beperken. Op deze wijze kan ofwel het vermogen onafhankelijk beheerd worden totdat een verkrijger in beeld komt die wel voldoende in staat is om verstandig met het vermogen om te gaan, ofwel kan het vermogen gespreid worden over meerdere personen en over meerdere generaties, waarbij mogelijk gedifferentieerd kan worden op basis van ieders persoonlijke omstandigheden en kenmerken.⁹ Met het laatste wordt een ruimer doel nagestreefd dan uitsluitend vermogensbescherming.

6 Hoewel dit niet steeds een zuivere term is, aangezien bijvoorbeeld een beneficiary van een discretionary trust geen afdwingbare aanspraken heeft, zal ik eenvoudshalve bij wijze van verzamelterm de verkrijger aanduiden als "rechthebbende" wanneer ik doel op de (beoogde) verkrijger in de context van de verschillende beschermingsfiguren gezamenlijk.

7 Dit is eveneens bedoeld als verzamelterm wanneer wordt gesproken over de beschermingsfiguren gezamenlijk.

8 Doordat de legitimaris genoeg neemt met zijn legitieme portie, waar hij vrij over kan beschikken, in plaats van het beschermde vermogen met in beginsel een hogere waarde. In geval van omvangrijke giften is bovendien denkbaar dat de legitieme portie de potentiële verkrijging krachtens erfrecht overstijgt.

9 Waarbij ik reeds opmerk dat niet iedere van de hierna te bespreken beschermingsfiguren flexibel genoeg is om hieraan te voldoen. Met name testamentair bewind is in dat opzicht relatief beperkt in zijn mogelijkheden (zie nader hoofdstuk 6).

(II) Evenwicht tussen de bij de beschermingsfiguur betrokken belangen

Bij een potentieel zo langdurige scheiding van zeggenschap en macht is voorts van groot belang dat het vertrouwen in een zorgvuldig beheer bij een derde gelegd moet worden. De insteller zal wellicht één of enkele anderen voldoende hoog achten om die het beheer over het vermogen toe te vertrouwen, maar het ligt voor de hand dat dit personen van een vergelijkbare leeftijd als de insteller zijn. Op termijn zal derhalve, zeker bij een zeer langdurige scheiding, de zeggenschap bij een derde komen te liggen, mogelijk ook een persoon die de insteller nooit gekend heeft. Bij een scheiding tussen zeggenschap en belang is derhalve zeer belangrijk om een evenwicht tussen alle betrokken belangen te bewaken. Dit betreft allereerst het belang dat de insteller met het aanbrengen van de scheiding nastreefde, namelijk de bescherming van het betrokken vermogen. Daarnaast is er het belang van de verkrijger/rechthebbende, welk belang er doorgaans in meer of mindere mate uit zal bestaan dat hij vrijelijk over het vermogen kan beschikken.¹⁰ In zoverre staat dit belang dus tegenover dat van de insteller. Ten slotte is er, in mindere mate, het belang van de beheerder van het vermogen, in elk geval in die zin dat deze beheerder in staat moet worden gesteld om zich naar behoren van zijn taak te kwijten.

Voor een deel wordt het evenwicht tussen deze belangen beïnvloed door de wetgever, in de vorm van de legitieme portie. Aangezien de rechthebbende deze vrij en onbezwaard moet kunnen genieten,¹¹ bevordert de wetgever met deze regeling het belang van de rechthebbende. Dit is overigens in zoverre relatief dat de huidige legitieme portie slechts een geldvordering inhoudt en geen aanspraak op specifieke goederen. De invloed van de legitieme portie komt bovendien vooraf: met een beroep op zijn legitieme portie kan de rechthebbende de door de erfflater ingestelde beschermingsfiguur wellicht in bepaalde mate omzeilen, doordat hij een bedrag in geld verkrijgt waarover hij vrijelijk kan beschikken. Indien echter eenmaal een beschermingsfiguur is ingesteld die de toets van de legitieme portie kan doorstaan, of indien de rechthebbende zich bij de aanwezigheid van de beschermingsfiguur neerlegt omdat de waarde van het vermogen dat hij in dat geval (potentieel) verkrijgt aanmerkelijk groter is dan de omvang van de legitieme portie,¹² dan is een regeling nodig die vanaf dat punt het evenwicht tussen de betrokken belangen bewaart.

Indien de horde van de legitieme portie eenmaal genomen is, is denkbaar dat de insteller zijn beschermingsfiguur zoveel mogelijk “dichttimmert” en de rechten c.q. bevoegdheden van de rechthebbende ter zake van het betrokken vermogen zo veel mogelijk beperkt. Dit brengt echter het risico met zich dat de insteller zich hiermee erg afhankelijk maakt van de

10 Aannemend uiteraard dat de rechthebbende niet daadwerkelijk, bijvoorbeeld als gevolg van een verstandelijke beperking, onmachtig is om zelf zijn vermogen te beheren. In een dergelijk geval kan zijn belang zeer wel met zich brengen dat een derde dit vermogen voor de rechthebbende beheert. Van een dergelijke situatie ga ik evenwel niet uit.

11 Vergelijk artikelen 4:72 en 4:73 BW (zie nader paragraaf 6.5.3 of (iets uitgebreider) 7.14.5).

12 De aanspraak van de legitimaris bedraagt immers slechts de helft van zijn erfdeel bij overlijden, berekend over de nalatenschap, eventueel vermeerderd met bepaalde giften (artikel 4:64 lid 1 jo. 4:65 BW).

goede wil en de bekwaamheid van de beheerder van het vermogen. Een evenwichtige beschermingsfiguur dient naar mijn mening dan ook te voorzien in een mechanisme dat het mogelijk maakt om het handelen van de beheerder te corrigeren, dan wel de beheerder te vervangen, indien deze op enig moment al dan niet bewust niet meer in de (geest van de) bedoeling van de insteller handelt. Een dergelijke regeling kan reeds voorkomen in de wet, zoals bij testamentair bewind¹³, maar kan ook door de insteller zelf in het leven geroepen worden, hetgeen bij certificering aan de orde zal zijn, aangezien daar een wettelijke regeling ontbreekt. Daarbij kan het bovendien meerwaarde hebben om zorgvuldig vast te leggen wat de insteller met de ingestelde beschermingsfiguur beoogde, om een richtlijn te bieden waar het handelen van de beheerder mede aan getoetst kan worden.

Naar mijn mening is voor een succesvolle beheersregeling¹⁴ in elk geval noodzakelijk dat deze de mogelijkheid biedt om het handelen van de beheerder op enige wijze ter toetsing voor te leggen aan een onafhankelijke instantie, zoals de rechter of een arbiter, oftewel een vorm van geschillenregeling bevat. Een geschillenregeling dient ook het belang van de beheerder zelf, aangezien hij op basis hiervan bij onterechte verwijten aan zijn adres van de rechthebbende bevestigd kan worden in zijn positie. Ook kan ik mij voorstellen dat, bij een beschermingsfiguur die wel een bepaalde mate van (mede) zeggenschap aan de rechthebbende toekent, een geschillenregeling kan dienen om deze bevoegdheden van de rechthebbende in te perken, indien hij deze niet in redelijkheid uitoefent. In het verlengde van de geschillenregeling (en voor een werkbare toepassing hiervan) is het naar mijn mening noodzakelijk dat de beheerder verplicht wordt om rekening en verantwoording af te leggen over het door hem gevoerde beheer.

Gezien het uitgangspunt dat de beschermingsfiguur noodzakelijk is om te voorzien in een, al dan niet reëel, onvermogen van de rechthebbende om zelf zijn vermogen te beheren, is een waardevolle aanvulling mijns inziens dat ook een regeling getroffen wordt die de mogelijkheid biedt om de rechthebbende op termijn in meer of mindere mate bij het beheer van het vermogen te betrekken, indien hij zich hiervoor (toch) voldoende bekwaam toont. Aangezien de insteller zijn vertrouwen stelt in een derde beheerder, moet dit vertrouwen dan wellicht ook zo ver strekken dat de insteller de beoordeling van de geschiktheid van de rechthebbende aan deze beheerder overlaat. Het is in principe mogelijk om een regeling te treffen die de beheerder niet een dergelijke vrijheid biedt, maar het is de vraag hoe wenselijk dit is. Indien de beschermingsfiguur naast de bescherming beoogt om het vermogen te spreiden over meerdere personen/generatie, kan dit overigens anders komen te liggen.

Vanuit dit perspectief kijk ik bij de bespreking van bewind, certificering en trustachtige figuren dan ook niet alleen in hoeverre deze figuren gebruikt kunnen worden om een

13 Vergelijk artikel 4:164 lid 2 BW.

14 Met beheersregeling doel ik op een regeling die de kaders schept van het beheer van het vermogen door de beheerder, waarbij een regeling getroffen wordt voor de onderlinge verhouding tussen beheerder en rechthebbende, waarin de rechten en verplichtingen die zij jegens elkaar hebben zijn neergelegd.

duurzame scheiding van zeggenschap en belang tot stand te brengen, maar ook naar de mate waarin sprake is van een evenwicht tussen de bij deze scheiding betrokken belangen, omvattende ten minste een geschillenregeling, dan wel een dergelijk evenwicht gecreëerd kan worden.

Ad (b) fiscale neutraliteit

Bij het bereiken van een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang is niet alleen noodzakelijk dat deze scheiding civielrechtelijk aangebracht moet worden, maar ook dat deze fiscaal op (relatief) neutrale wijze behandeld wordt: de beschermingsfiguur kan uitsluitend effectief zijn als scheidingsinstrument indien toepassing daarvan geen “fiscale zelfmoord” impliceert. Derhalve wordt onderzocht in hoeverre de toepassing van een beschermingsfiguur tot gevolg heeft dat meer, of eventueel eerder, belasting verschuldigd is, dan het geval zou zijn zonder toepassing van deze beschermingsfiguur.

Ad (c) onvolkomenheden in de wetgeving en oplossingen

In het verlengde van de vraag naar fiscale neutraliteit ligt vraag in hoeverre de fiscale regels op een soepele inpassing van de onderzochte rechtsfiguren zijn toegespitst. Indien fiscale neutraliteit ontbreekt, kan dit een belemmering zijn voor het toepassen van een beschermingsfiguur. Een dergelijke belemmering zal ik hierna ook aanduiden als een knelpunt. Denkbaar is dat een dergelijk knelpunt veroorzaakt wordt doordat het mogelijk maken van een fiscaal neutrale inpassing van een rechtsfiguur te veel inbreuk maakt op een of meer (andere) doelen van de fiscale wetgeving, zoals het tegengaan van misbruik. Hierin kan dan een rechtvaardiging gevonden worden voor het knelpunt. Mogelijk wordt de omstandigheid dat de beschermingsfiguur niet op fiscaal neutrale wijze toegepast kan worden veroorzaakt door onvolkomenheden in de fiscale wetgeving, in welk geval naar mijn mening de rechtvaardiging voor dit knelpunt ontbreekt. Ik zal derhalve onderzoeken in hoeverre geconstateerde knelpunten bij de toepassing van beschermingsfiguren veroorzaakt worden door onvolkomenheden in de fiscale wetgeving en in voorkomend geval een voorstel doen voor het wegnemen van een dergelijke onvolkomenheid.

Door Gribnau, Lubbers en Vording is onderzoek verricht naar de kwaliteit van fiscale wetgeving en de terugkoppeling van onvolkomenheden hierin aan de regelgever of uitvoerder van de regelgeving. In dat verband hebben zij de verschillende vormen van onvolkomenheden die aan fiscale wetgeving kunnen kleven gerubriceerd:¹⁵

- (I) de regeling bevat onvolkomenheden van juridische aard;
- (II) de regeling leidt tot uitvoeringsproblemen;

15 J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers en H. Vording, Verbetering van de kwaliteit van (de uitvoering van) fiscale regelgeving door terugkoppeling, WFR 2009/6814, paragraaf 4.

(III) er is geen behoorlijke behandeling bij de toepassing van een regeling.

Zeker de hier niet weergegeven subcategorieën in aanmerking nemend is een breed scala aan onvolkomenheden in de wetgeving denkbaar. In het kader van mijn onderzoek zal ik mij beperken tot categorie (I), de onvolkomenheden van juridische aard, aangezien het onderzoek zich richt op de juridische en fiscale analyse van bepaalde beschermingsfiguren. De vraag of de desbetreffende regelgeving een juridische consistent en sluitend geheel vormt, past goed bij deze analyse. De vraag of de regelgeving tevens praktisch uitvoerbaar is, alsmede de vraag of de belastingplichtige bij de uitvoering van deze regelgeving op behoorlijke wijze behandeld wordt, gaat het bestek van dit onderzoek naar mijn mening echter te buiten.

De categorie onvolkomenheden van juridische aard is op een later moment verder onderverdeeld door Lubbers, die tot de volgende subcategorieën komt:¹⁶

- (1) De regeling is in strijd met hogere regelgeving of fundamentele algemene rechtsbeginselen, onder te verdelen in strijd met:
 - (a) verdragen, zoals het EVRM of IVBPR;
 - (b) het gemeenschapsrecht;
 - (c) het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden;
 - (d) de Grondwet; of
 - (e) (andere) fundamentele algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel.
- (2) Er bevinden zich onvolkomenheden in de tekst van de regeling:
 - (a) de regeling bevat een kenbare vergissing;
 - (b) de regeling is gebrekkig geformuleerd niet het is niet onmiddellijk duidelijk hoe de tekst moet worden geïnterpreteerd;
 - (c) ten opzichte van de uit de parlementaire geschiedenis blijkende bedoeling van de wetgever is de tekst van de regeling te ruim of te beperkt geformuleerd;
 - (d) in de tekst van de regeling worden open normen of niet-gedefinieerde

16 A.O. Lubbers, Rechtsvinding bij kwalitatief ondermaatse wetgeving, TFB 2010/01, paragraaf 2.

begrippen gebruikt, waarvan in de praktijk volstrekt onduidelijk is wat hun inhoud is, zodat niet duidelijk is hoe de regeling moet worden toegepast;

- (e) in de tekst van de regeling worden begrippen gebruikt die niet aansluiten op begrippen die in andere wetten worden gebruikt; of
 - (f) de tekst van de regeling sluit niet naadloos aan op de tekst van een Europese richtlijn, terwijl die regeling dient ter implementatie van die richtlijn.
- (3) De regeling is onvoldoende toegesneden op bepaalde gevallen:
- (a) voor belastingplichtige of bestuursorgaan leidt de toepassing van een regel tot gevolgen die, gelet op het stelsel van de regeling, ongerijmd zijn;
 - (b) er doen zich leemten voor in de regeling, waardoor voor bepaalde gevallen geen regeling is getroffen; of
 - (c) bij de toepassing van de regeling wordt het doel niet bereikt of niet meer bereikt.

Bij het onderzoek naar de vraag in hoeverre de fiscale regelingen, die van toepassing zijn op de te analyseren beschermingsfiguren, zal ik mij richten op onvolkomenheden in de wetgeving die vallen in categorie (2) en categorie (3). De te beantwoorden vraagstelling is of het ontbreken van fiscale neutraliteit het gevolg is van een onvolkomenheid in de wetgeving, hetgeen mijns inziens in dit geval primair neerkomt op de vraag of deze wetgeving consistent, alle situaties dekkend en eenduidig is. De complexiteit van wetgeving kan daarbij een element zijn dat raakt aan de eenduidigheid: op het moment dat de wetgeving zeer complex wordt, kan het gevolg zijn dat deze voor meer dan één interpretatie vatbaar is. Categorie (1) richt zich op de samenhang tussen wetgeving en andere regelgeving en niet op de te toetsen wetgeving als zodanig en valt daarmee buiten de reikwijdte van mijn onderzoek.

Indien juridische onvolkomenheden tot gevolg hebben dat een beschermingsfiguur niet neutraal toegepast kan worden, kan dit beschouwd worden als een knelpunt, dat de toepassing van die beschermingsfiguur belemmert. Waar ik dergelijke knelpunten constateer, zal ik onderzoeken op welke wijze de onvolkomenheid in de wetgeving verholpen kan worden, zodat dit knelpunt wordt weggenomen. Daarbij neem ik het bestaande systeem van de desbetreffende regeling als uitgangspunt en beoordeel ik de voorgestelde oplossing tevens vanuit het perspectief van het doel van die regeling, zoals het tegengaan van misbruik in het geval van de APV-regeling.



3

Afbakening van het onderzoek

3 Afbakening van het onderzoek

3.1 Algemeen

De aanleiding van het onderzoek is gelegen in de, uit het toenemend gebruik van vermogensbescherming blijken, binnen de familiesfeer bestaande behoefte om vermogen te beschermen tegen diegene die dit verkrijgt.¹⁷ Als eerste uitgangspunt hanteer ik dan ook de situatie van de in Nederland woonachtige¹⁸ erflater die overlijdt en vermogen nalaat¹⁹. Voorts ga ik uit van een verkrijger die in beginsel niet (bijvoorbeeld als gevolg van een geestelijke beperking) ongeschikt geacht moet worden om zelf vermogen te beheren. In dit verband bekijk ik een aantal alternatieve maatregelen die de insteller tijdens zijn leven zou kunnen treffen om de door hem gewenste vermogensbescherming te realiseren: (testamenteir) bewind, certificering en familiestichting- c.q. trustachtige figuren (zie voor deze afbakening nader hieronder). Uiteraard kan een dergelijke behoefte ook bestaan in het geval iemand vermogen schenkt in plaats van nalaat. Juist in de situatie van overlijden wordt het spanningsveld tussen vermogensbescherming vanuit het perspectief van degene van wie dit afkomstig is, in dit geval de erflater, en vanuit het perspectief van degene die dit verkrijgt, met op de achtergrond de legitieme portie, echter goed zichtbaar. De legitieme portie voorziet in een wettelijke bescherming van de legitimaris als verkrijger, op grond waarvan bepaalde beperkingen aan de verkrijging als strijdig met zijn belangen worden aangemerkt, die in geval van schenking ontbreekt. Derhalve heb ik de situatie van overlijden met achterlating van legitimarissen als uitgangssituatie voor mijn onderzoek genomen. Veelal zal evenwel voor vermogen dat geschonken wordt een vergelijkbare beschermingsmaatregel getroffen kunnen worden.²⁰ Waar ik dit van belang acht, zal ik ook kort op de situatie van geschonken vermogen ingaan.

Naast de afbakening als gevolg van de voorgaande uitgangssituatie, is mijn onderzoek beperkt tot drie (soorten) rechtsfiguren: testamentair bewind, certificering en familiestichtingen c.q. trustachtige figuren. Uiteraard zijn meerdere andere rechtsfiguren denkbaar, waarbij de zeggenschap van de rechthebbende ter zake van vermogen is beperkt. Hierbij kan gedacht worden aan een fidei-commissaire making, aan een schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik, maar ook aan vermogen ter zake waarvan de beschikkingsmogelijkheden van de rechthebbende

17 Zie hoofdstuk 1 voor de onderbouwing van de behoefte aan en het toenemende gebruik van vermogensbescherming.

18 En daarmee samenhangend de aanname dat op zijn nalatenschap Nederlands erfrecht van toepassing is. Hierna aangeduid als de "insteller", ongeacht de rechtsfiguur die behandeld wordt.

19 Bij een trust speelt bij uitstek dat er geen verschil is tussen de schenker en de erflater, omdat de rechtsfiguur een andere basis heeft: uitgaande van een discretionary trust verkrijgt de beneficiary nog geen concrete aanspraak. De settlor treedt derhalve niet op in de hoedanigheid van schenker of erflater, althans niet in de verhouding met de beneficiary (in die hoedanigheid), en er gaat nog geen vermogen over op de beneficiary, maar dit wordt hem in zekere zin juist (al dan niet tijdelijk) onthouden. In zoverre gaat men met een trust verder dan het aanbrengen van een scheiding tussen zeggenschap en belang: aangezien de beneficiary geen rechthebbende is, heeft hij zelfs nog geen belang.

op grond van een overeenkomst beperkt zijn, zoals bij een uitsluitingsclausule²¹, een beheersovereenkomst of fonds voor gemene rekening, of aan vermogen in een personenvennootschap.

Mede om het onderzoek qua omvang overzichtelijk te houden, heb ik gekozen voor het onderzoeken van die rechtsfiguren die naar mijn mening het beste passen bij de situatie van de insteller die onvoldoende vertrouwen heeft in de capaciteiten van zijn erfgenamen. Deze omvatten allereerst het testamentair bewind, als de wettelijke regeling die specifiek gericht is op het beschermen van vermogen tegen de verkrijger hiervan, althans in het geval van een bewind in het belang van de rechthebbende. Een interessant aspect hierbij is hoe de wetgever de belangen van erflater en rechthebbende tegen elkaar heeft afgewogen en waar de nadruk ligt bij het oplossen van het in paragraaf 1 genoemde spanningsveld tussen het belang van degene die het vermogen nalaat en het belang van degene die het vermogen verkrijgt.

Bij het maken van de verdere keuze voor te behandelen rechtsfiguren zijn voorts de volgende factoren van belang geweest. Allereerst is dit de omstandigheid dat de hiervoor beschreven uitgangssituatie impliceert dat de insteller in staat moet zijn om de scheiding tussen zeggenschap en belang eenzijdig aan te brengen. Dit past minder bij figuren als een beheersovereenkomst of een personenvennootschap. Vanuit dit perspectief valt ook de schenkingsovereenkomst af, aangezien dit een wederkerige overeenkomst is. De fideï-commissaire making zou wel bij de gehanteerde uitgangspunten passen, maar aangezien hier reeds uitgebreid aandacht aan is c.q. wordt besteed in andere dissertaties²², heb ik er voor gekozen deze rechtsfiguur niet te behandelen.

Certificering past daarentegen mijns inziens wel goed bij deze mijn uitgangspunten, aangezien de insteller deze zelfstandig in het leven kan roepen. Voorts is certificering een veel gebruikte figuur om zeggenschap en belang van elkaar te scheiden, hetgeen het interessant maakt om hier nader naar te kijken en te onderzoeken in hoeverre de hiermee aangebrachte scheiding daadwerkelijk duurzaam is. Daarnaast heb ik de keuze voor familiestichtingen en trustachtige figuren gemaakt, omdat deze ook bij uitstek geschikt zijn voor het aanbrengen van de gewenste scheiding, of eigenlijk zelfs nog verder kunnen gaan²³, en tevens zelfstandig door de erflater tot stand gebracht kunnen worden. Daarbij zijn deze figuren vanwege de per 2010 ingevoerde APV-regeling naar mijn mening vanuit fiscaal perspectief interessant om nader te bekijken.

21 Die uiteraard niet alleen bij schenking c.q. gift, maar ook aan een testamentaire making verbonden kan zijn.

22 Zie het recente proefschrift van R.E. Brinkman, *Het fideicommiss in de notariële praktijk*, Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2014, alsmede het nog lopende onderzoek van B.B.A. de Kroon.

23 Aangezien bij een discretionaire entiteit de begunstigten immers zelfs nog geen rechthebbenden zijn.

3.2 Nadere civielrechtelijke afbakening

Binnen het civielrechtelijke deel is, gezien de probleemstelling, uiteraard de nadruk gelegd op de vraag in hoeverre een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang te realiseren is met een bepaalde rechtsfiguur. Daarbij is tevens gekeken naar de wijze waarop de zeggenschap c.q. mogelijkheden voor de rechthebbende om te beschikken beperkt zijn. Dit is geplaatst in een algemener kader waarin de civielrechtelijke kenmerken van met name certificering uitgebreider onderzocht zijn.

De focus op de kenmerken van certificering is gebaseerd op het volgende. Hoewel het mijns inziens gezien de aanleiding van het onderzoek noodzakelijk is om in te gaan op het testamentair bewind, wordt eenvoudig duidelijk dat een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang met deze figuur niet te bereiken is.²⁴ Om deze reden houd ik mijn behandeling van deze figuur beperkt. Daarnaast verdient de certificering mijns inziens meer aandacht omdat er, in tegenstelling tot met betrekking tot het testamentair bewind en de trust, geen wettelijke regeling is die de kenmerken van certificering bepaalt.²⁵ Dit betekent dat het noodzakelijk is om certificering als rechtsfiguur te definiëren en voorts te kwalificeren, in de zin dat onderzocht wordt of certificering voldoet of kan voldoen aan de definitie van een wel in de wet geregelde figuur. Indien dit het geval zou zijn, zouden de regels die de desbetreffende figuur beheersen ook van toepassing worden op de certificering, hetgeen mogelijk met zich brengt dat er andere mogelijkheden tot beëindiging van de certificering zijn, dan geboden worden door de statuten van de stichting administratiekantoor²⁶ (“STAK”) of de administratievoorwaarden. Voorts is een vraag of certificering niet in strijd kan komen met het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW. Ten slotte wordt gekeken naar de toepassing van certificering als instrument voor het scheiden van zeggenschap en economisch belang en in dat verband naar de grenzen aan de flexibiliteit van de figuur vanuit het perspectief van deze scheiding, oftewel hoe restrictief de voorwaarden aan de certificering, bijvoorbeeld in termen van royeerbaarheid of overdraagbaarheid van de certificaten, mogen zijn.

De civielrechtelijke behandeling van familiestichting- c.q. trustachtige figuren is eveneens beperkt. Hierbij speelt mee dat het Nederlandse recht geen van beide figuren (als zodanig) kent. Vanwege het uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW leent een Nederlandse stichting zich niet van nature voor het gebruik als familiestichting, zodat ik bij deze variant vooral uitga van de rechtsfiguur die de APV-regeling met name geïnspireerd heeft: de Anglo-Amerikaanse trust. De stichting komt in dit verband slechts kort aan bod. Wel is binnen het civielrechtelijke onderzoek ook een passage over de trust

24 Gezien de mogelijkheid die artikel 4:178 lid 2 BW de rechthebbende biedt om na vijf jaar de rechter te verzoeken om opheffing van het bewind (besproken in paragraaf 6.4).

25 Althans niet als overeenkomst. De wet bevat een beperkt aantal bepalingen inzake certificering, zoals de regeling van een wettelijk pandrecht in artikel 3:259 BW.

26 Hoewel niet noodzakelijk is dat het administratiekantoor een stichting is, is dit doorgaans wel het geval (zie paragraaf 7.8.1). Ik zal daarom het administratiekantoor in beginsel aanduiden als STAK.

naar Engels recht²⁷ opgenomen. Deze is echter beknopt gehouden, aangezien deze figuur in ander onderzoek reeds uitgebreid beschreven is.²⁸ Bovendien ga ik met name in op de discretionary trust, aangezien bij een fixed trust sprake is van afdwingbare rechten van de beneficiaries, hetgeen zeer wel met een andere reden kan en vaak ook zal zijn ingegeven dan vermogen te beschermen tegen de rechthebbende.²⁹ Op de civielrechtelijke erkenning in Nederland van de trust onder het Haags Trustverdrag zal ik kort ingaan.

Bij de behandeling van de verschillende beschermingsfiguren ga ik voorts in op het genoemde spanningsveld tussen de bescherming van vermogen tegen de verkrijger hiervan en de bescherming van vermogen tegen degene die dit nalaat, of anders gezegd: ten gunste van degene die dit verkrijgt. Dit vertaalt zich in de vraag in hoeverre de legitieme portie in de weg kan staan aan het aanbrengen van de door mijn erflater gewenste scheiding tussen zeggenschap en belang. Hierbij beperk ik mij tussen het raakvlak tussen deze scheiding en de legitieme portie en laat ik de werking van de legitieme portie overigens onbehandeld.

In het kader van dit spanningsveld besteed ik tevens aandacht aan de voornaamste aspecten waarmee naar mijn mening rekening gehouden moet worden om tot een evenwichtige beschermingsfiguur te komen. Een dergelijk evenwicht dient niet alleen de belangen van de rechthebbende, maar ook het uiteindelijke doel van de erflater. De insteller zal immers moeten vertrouwen op het zorgvuldig handelen van een ander dan de rechthebbende, maar het is denkbaar dat deze persoon bijvoorbeeld het in hem gestelde vertrouwen niet waard is, of uiteindelijk toch minder capabel blijkt dan door de erflater verondersteld. Derhalve dient, zowel om tegemoet te komen aan de belangen van de rechthebbende, als om te voorkomen dat de beheerder van het vermogen hier op onverantwoorde manier mee om gaat, voorzien te worden in maatregelen die het mogelijk maken om het handelen van een overijverige beheerder, die wellicht ook niet meer in de geest (van de bedoeling) van de insteller handelt, juridisch ter discussie te stellen en zo nodig voor te leggen aan de rechter. Ook bij dit onderwerp ligt de meeste nadruk op certificering, die als niet in de wet geregelde figuur geen automatisch mechanisme kent om het evenwicht tussen beheerder en rechthebbende te bewaren. De insteller zal hierin bij het instellen van de certificering dus zelf moeten voorzien en er hierbij zorg voor moeten dragen dat de voorwaarden hiervan voldoende rekening houden met de belangen van de verkrijgers van de certificaten.

Tot slot merk ik op dat de civielrechtelijke analyse in zoverre neutraal is, dat gekeken

27 Dat wil zeggen: het recht van Engeland en Wales. Het Schotse recht kent niet een dergelijk systeem met een splitsing tussen legal en equitable ownership (vergelijk D.J. Hayton, *Trusts*, in: *Vertrouwd met de trust* (Serie Onderneming en Recht, deel 5), W.E.J. Tjeenk Willink Deventer 1996, pagina 56).

28 Zie J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, SDU Uitgevers 2011, hoofdstuk 6 en G.D.L.M. Gilissen, *De express private trust*, Wolf Legal Publishers Nijmegen 2012, hoofdstuk 2.

29 Het is overigens ook bij een fixed trust goed mogelijk dat sprake is van een beschermingselement, bijvoorbeeld indien de voorwaarden bepalen dat de beneficiary een maandelijks bedrag verkrijgt en zo het trustvermogen in behapbare porties kan genieten, omdat hij zelf niet in staat is om het vermogen adequaat te beheren. Vergelijk bijvoorbeeld ook een protective trust.

wordt naar de mogelijkheden en gevolgen ongeacht wat de aard is van het vermogen waarvan sprake is. Ik bespreek in dit verband bijvoorbeeld slechts het concept van certificering. Naar specifieke regels of gevolgen, zoals de bepalingen van boek 2 BW die specifiek gelden voor het certificeren van aandelen, wordt derhalve niet gekeken.

3.3 Nadere fiscale afbakening

Het fiscale deel van het onderzoek betreft allereerst het in kaart brengen van de fiscale gevolgen van testamentair bewind, certificering en trusts/APV's³⁰, vanuit de centrale vraag in hoeverre deze figuren fiscaal neutraal toegepast kunnen worden. Waar in het civielrechtelijke deel de certificering de meeste aandacht krijgt, geldt dat in het onderhavige deel voor de APV-regeling. De omstandigheid dat de regelingen voor de fiscale behandeling van bewind en certificering beperkt zijn, de aard van de APV-regeling als antimisbruikregeling en de relatief recente invoering per 1 januari 2010 rechtvaardigen mijns inziens om in dit deel het langst bij de APV-regeling stil te staan. Aangezien het onderzoek uitgaat van de positie van natuurlijke personen (en mede om de omvang overzichtelijk te houden), is het fiscale onderzoek beperkt tot de heffingen die voor hen het meest van belang zijn: de inkomstenbelasting en de schenk³¹- en erfbelasting. Over andere heffingen wordt hoogstens zijdelings een opmerking gemaakt.

Omdat het fiscale onderzoek voorts ingekaderd is door de vraag in hoeverre een scheiding tussen zeggenschap en belang fiscaal neutraal geïmplementeerd kan worden, leidt dit ertoe dat niet alle fiscale aspecten van de onderzochte rechtsfiguren, met name het APV, uitputtend behandeld zullen worden. Een eerste beperking is dat ik niet inga op grensoverschrijdende aspecten, noch op de problematiek die kan voortvloeien uit verschillen in de kwalificatie van een rechtsfiguur in verschillende landen. Het uitgangspunt is derhalve de in Nederland woonachtige inbrenger met Nederlands vermogen.

Nadat ik onderzocht heb in hoeverre fiscaal neutrale implementatie mogelijk is, bekijk ik, indien geen sprake is van fiscale neutraliteit, oftewel van een knelpunt, in hoeverre dit gebrek aan neutraliteit het gevolg is van juridische onvolkomenheden in de wetgeving. Indien naar mijn mening sprake is van een dergelijke onvolkomenheid, doe ik een voorstel voor het oplossen hiervan. Het is daarbij niet de bedoeling om tot een geheel andere wettelijke regeling te komen. Ik neem derhalve, met name in het geval van de APV-regeling, de geldende regeling en de (antimisbruik)bedoeling daarvan als uitgangspunt en bekijk in hoeverre het wegnemen van fiscale hindernissen binnen het raamwerk van deze regeling mogelijk is.

30 In civielrechtelijke context is mijn uitgangspunt de trust, maar in fiscale context de regeling waarin de fiscale behandeling van onder meer de trust is geregeld: de APV-regeling. In het civielrechtelijke deel zal ik daarom voornamelijk spreken van trusts, terwijl ik in het fiscale deel aan het ruimere begrip APV zal refereren.

31 Hoewel mijn uitgangspunt de erflater is, is het toch noodzakelijk om aandacht aan de eventuele schenkbelastingaspecten te besteden, bijvoorbeeld bij de vraag of de implementatie van de onderzochte rechtsfiguren als zodanig schenkbelastinggevolgen kan hebben.



4

Opbouw van het onderzoek

4 Opbouw van het onderzoek

Na dit inleidende hoofdstuk valt het onderzoek in twee delen uiteen:

- (a) civielrechtelijke analyse; en
- (b) fiscale analyse.

De civielrechtelijke analyse is daarbij als volgt opgebouwd:

- (i) testamentair bewind en verhouding daarvan met de legitieme portie;
- (ii) certificering en de verhouding met de legitieme portie; en
- (iii) familiestichtingen en trust, alsmede de verhouding hiervan met de legitieme portie.

Van de genoemde beschermingsfiguren wordt steeds eerst een algemene omschrijving gegeven. Aangezien certificering niet als zodanig in de wet geregeld is, worden daarbij voorts de kenmerken van certificering geanalyseerd om tot een definitie en eventuele inpassing binnen wel in de wet geregelde figuren te komen. Tevens wordt ingegaan op de vraag of de onderzochte beschermingsfiguren als zodanig geschikt zijn om tot een duurzame scheiding van zeggenschap en belang te komen en wordt gekeken naar de wijzen waarop bij deze figuren de zeggenschap c.q. beschikkingsmacht van de rechthebbende kan worden ingeperkt. Daarnaast wordt gekeken naar de wijzen van beëindiging en in het kader daarvan ook de verhouding met de legitieme portie. Tot slot wordt gekeken in hoeverre bij de beschermingsfiguren sprake is van een regeling die het evenwicht tussen de verschillende betrokken belangen bewaart (zoals in het algemeen besproken in paragraaf 2), dan wel een dergelijke regeling getroffen kan worden.

De opbouw van de fiscale analyse is als volgt:

- (i) fiscale gevolgen van testamentair bewind;
- (ii) fiscale gevolgen van certificering;
- (iii) APV-regeling; en
- (iv) fiscale knelpunten bij het duurzaam scheiden van zeggenschap en belang, veroorzaakt door onvolkomenheden van juridische aard in de wetgeving, en aanbevelingen voor opheffing van deze knelpunten.

Het onderzoek wordt afgesloten met een overkoepelende civielrechtelijke en fiscale conclusie, waarin een antwoord wordt gegeven op de probleemstelling.



II

Civielrechtelijke analyse



5

Inleiding

5 Inleiding

In dit hoofdstuk ga ik in op de civielrechtelijke aspecten van het duurzaam scheiden van juridische zeggenschap en economisch belang en bespreek ik de civielrechtelijke kenmerken van testamentair bewind, certificering en trustachtige figuren. Bij het laatste ga ik in op de mogelijkheid om een Nederlandse stichting vorm te geven als trustachtige figuur, alsmede op de trust naar Engels recht. Bij deze figuren wordt steeds onderzocht in hoeverre met de figuur als zodanig een duurzame scheiding van zeggenschap en macht bereikt kan worden, op welke wijze de figuur de zeggenschap van de rechthebbende beperkt, in hoeverre sprake is van een regeling om het evenwicht tussen de betrokken belangen te bewaren en ten slotte of de legitieme portie de in beginsel aangebrachte scheiding tussen belang en macht weer teniet zou kunnen doen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een vergelijkende conclusie.



6

Testamentair bewind

6 Testamentair bewind

6.1 Algemeen

Over goederen die geschonken of nagelaten worden kan een bewind ingesteld worden.³² De wet definieert daarbij niet wat een bewind is; de parlementaire geschiedenis geeft aan dat dit voldoende kenbaar zou moeten zijn uit de rechtsgevolgen van het bewind.³³ Voorts omschrijft de parlementaire geschiedenis een bewind als een verband op goederen. Als zodanig is het bewind onafhankelijk van de bewindvoerder: het kan op de goederen rusten voordat de beoogde bewindvoerder zijn functie aanvaardt en blijft ook daarop rusten indien de bewindvoerder defungeert.³⁴ De rechtsgevolgen zullen per bewind verschillen, omdat deze deels afhankelijk zijn van de persoon of personen in wiens belang het bewind is ingesteld (zie hierna) en voorts omdat de insteller de mogelijkheid heeft om de verplichtingen en bevoegdheden van de bewindvoerder nader te regelen bij uiterste wil.³⁵

Kern van het bewind is evenwel dat de rechthebbende in beginsel het beheer verliest over de goederen waarop het bewind rust; dit komt toe aan de bewindvoerder.³⁶ Aangezien het bewind op de goederen rust en niet op de rechthebbende, wordt de rechthebbende evenwel niet handelingsonbekwaam als gevolg van het bewind, maar heeft dit slechts tot gevolg dat hij in beginsel de onderbewindgestelde goederen niet zelfstandig kan beheren of daarover kan beschikken.³⁷ In geval van een bewind dat uitsluitend of mede in het belang van de rechthebbende is ingesteld heeft het bewind tevens tot gevolg dat de onderbewindgestelde goederen slechts uitgewonnen kunnen worden voor bepaalde schulden, zoals schulden in verband met die goederen.³⁸ De crediteuren die de rechthebbende al had op het moment van zijn verkrijging kunnen zich dus niet verhalen op de onderbewindgestelde goederen. In dit opzicht kan het

32 Artikel (7:182 lid 1 jo.) 4:153 lid 1 BW. Artikel 7:182 lid 2 BW bepaalt dat een schenkingsbewind dezelfde gevolgen heeft als een bij uiterste wilsbeschikking ingesteld bewind. Tenzij bij de instelling anders is bepaald, omvat het bewind ook de goederen die in de plaats komen van goederen die onder het bewind staan, alsmede vruchten en andere voordelen van deze goederen, zolang deze vruchten niet zijn uitgekeerd aan degene die daar recht op heeft (artikel 4:154 BW).

33 C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*; boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, Kluwer Deventer 1981, pagina 468.

34 *Parlementaire geschiedenis BW* boek 3, pagina's 468 en 492. Zie voorts artikel 4:153 lid 2 BW, dat bepaalt dat het bewind in beginsel aanvangt bij het overlijden van de insteller.

35 Artikel 4:171 lid 1 BW.

36 *Parlementaire geschiedenis BW* boek 3, pagina's 474 en 492. Vergelijk voorts G. van der Burght, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*; invoeringswet boek 4, Erfrecht, Kluwer Deventer 2003, pagina 2078: "Bewind betekent vóór alles: beheer".

37 Vergelijk Pitlo/Van der Burght, Ebben, Erfrecht, punt 445. De bevoegdheden van de rechthebbende worden nader besproken in paragraaf 6.3.

38 Artikel 4:175 BW. Artikel 4:176 BW bepaalt dat de onderbewindgestelde goederen wel uitgewonnen kunnen worden voor andere schulden bij een bewind uitsluitend in het belang van een ander dan de rechthebbende of in een gemeenschappelijk belang, maar dan slechts onder de last van het bewind.

bewind dus meer bescherming bieden dan bijvoorbeeld certificering, aangezien in het laatste geval de certificaten zelf verhaalsobject kunnen zijn.³⁹

Het bewind kan in het belang van verschillende personen ingesteld zijn:⁴⁰

- uitsluitend in het belang van de rechthebbende, bijvoorbeeld omdat deze niet zelf in staat is om de onderbewindgestelde goederen te beheren (een beschermingsbewind);
- een bewind in het belang van een ander dan de rechthebbende, zoals een bewind op een vruchtgebruik in het belang van de hoofdgerechtigde (een conflictbewind); en
- een bewind in het gemeenschappelijke belang van zowel de rechthebbende als een of meer anderen, bijvoorbeeld met oog op een soepele verdeling van de nalatenschap.

Het bewind kan ook een combinatie van deze vormen zijn, indien het gericht is op de bescherming van verschillende belangen.⁴¹ Aangezien afhankelijk van het belang dat door het bewind gediend wordt de rechtsgevolgen daarvan verschillen, bijvoorbeeld in de bevoegdheden van de rechthebbende en de bewindvoerder⁴² of in de wijze waarop het bewind eindigt⁴³, is van belang dat de insteller goed vastlegt welk belang dit betreft.⁴⁴ Aangezien mijn onderzoek zich richt op bewind als beschermingsfiguur, ga ik bij het navolgende uit van een beschermingsbewind. Hierbij richt ik mij op de wijze waarop bewind als beschermingsfiguur fungeert, alsmede de geschiktheid van het bewind als instrument om langdurig zeggenschap en economisch belang van elkaar te scheiden.⁴⁵

6.2 Wijze van beperking zeggenschap

De wijze waarop het testamentair bewind zeggenschap en belang scheidt, is neergelegd in de regeling van de artikelen 4:166 e.v. BW. Deze regeling houdt allereerst in dat de

39 Los overigens van de vraag wat de waarde hiervan is, indien sprake is van niet- of beperkt royeerbare certificaten (zie paragraaf 7.14.4).

40 Zie ook Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 4, pagina 2078.

41 Parlementaire geschiedenis boek 3, pagina 477 en Parlementaire geschiedenis Inv. boek 4, pagina 2079.

42 Zie artikelen 4:167 en 4:169 BW.

43 Zie artikelen 4:177 – 4:181 BW.

44 Artikel 4:155 BW geeft bovendien een aantal vermoedens te dier zake, met als hoofdregel dat het bewind vermoed wordt te zijn ingesteld in het belang van de rechthebbende (lid 1). Deze vermoedens kunnen evenwel weerlegd worden door een uitdrukkelijke bepaling dienaangaande in het testament (zie Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 4, pagina 2089).

45 Voor een beschrijving van de overige aspecten van bewind zij verwezen naar literatuur die dieper op het testamentair bewind ingaat, zoals Asser/Perrick 4 (2017), hoofdstuk 17, Handboek Erfrecht (2020), B.M.E.M. Schols, hoofdstuk XV en F.J.W.M. Schols, Testamentair bewind naar nieuw erfrecht, in: Bewind en aan bewind verwante vormen, preadvies KNB, Koninklijke Vermande Lelystad 2004.

rechthebbende slechts zelfstandig bevoegd is tot handelingen die dienen tot gewoon onderhoud van de goederen die hij in gebruik heeft, alsmede tot handelingen die geen uitstel kunnen lijden. Voor het overige komt het beheer over de onderbewindgestelde goederen uitsluitend toe aan de bewindvoerder.⁴⁶ Voorts is bij een beschermingsbewind de rechthebbende slechts met medewerking of toestemming van de bewindvoerder bevoegd tot andere dan de hiervoor genoemde handelingen.⁴⁷ Niettemin is sprake van een beperkte mate van derdenbescherming, welke echter niet zover strekt dat een derde te goeder trouw nakoming van een verbintenis tot vervreemding of bezwaring van een onder bewind staand goed kan vorderen.⁴⁸

De bevoegdheden van de bewindvoerder zijn evenmin onbeperkt, althans in de basisregeling waarin de wet voorziet, aangezien deze op zijn beurt in beginsel toestemming van de rechthebbende, dan wel een machtiging van de kantonrechter, nodig heeft voor andere handelingen dan gewoon onderhoud of die geen uitstel kunnen lijden.⁴⁹ De erflater kan de bevoegdheden van de bewindvoerder evenwel verruimen (of beperken)⁵⁰ en de bewindvoerder op deze wijze alsnog de mogelijkheid geven om te beschikken over de onderbewindgestelde goederen zonder medewerking van de rechthebbende en zonder machtiging van de kantonrechter.⁵¹

De rechthebbende is aansprakelijk voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die de bewindvoerder als zodanig in naam van de rechthebbende verricht, zij het dat de rechthebbende onder bewind staande goederen kan aanwijzen die verhaal bieden. Voor zover dit voldoende is, kunnen zijn overige goederen niet uitgewonnen worden voor de desbetreffende schulden.⁵² Omgekeerd kunnen de onder bewind staande goederen slechts voor bepaalde schulden uitgewonnen worden, zoals schulden van de nalatenschap en schulden die met de desbetreffende goederen verband houden.⁵³

Bij het beschermingsbewind wordt de scheiding tussen zeggenschap en belang derhalve niet zozeer aangebracht door de juridische eigendom in handen van een ander dan de rechthebbende te brengen, maar door de bevoegdheden van de rechthebbende ter zake van zijn eigen goederen in belangrijke mate te beperken. Daarnaast wordt binnen het vermogen van de rechthebbende een afgescheiden vermogen gecreëerd, waarop de “reguliere” schulden van de rechthebbende in beginsel niet verhaald kunnen worden.

46 Artikel 4:166 BW.

47 Artikel 4:167 lid 1 BW.

48 Artikel 4:168 BW.

49 Artikel 4:169 BW.

50 Artikel 4:171 lid 1 BW.

51 Vergelijk Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 4, pagina 2132.

52 Artikel 4:174 BW.

53 Artikel 4:175 BW.

6.3 Beheersregeling bij testamentair bewind

De wettelijke regeling van het testamentair bewind kent een beheersregeling⁵⁴ in de vorm van een aantal bepalingen die de verhouding tussen de rechthebbende en de bewindvoerder regelen in termen van aansprakelijkheid van de bewindvoerder en de mogelijkheid om deze te laten vervangen als hij tekort schiet in de vervulling van zijn taak. Zo is de bewindvoerder verplicht om, in beginsel jaarlijks en aan het einde van zijn bewind, rekening en verantwoording af te leggen aan de rechthebbende en in voorkomend geval aan zijn opvolger.⁵⁵ De bewindvoerder kan bovendien aansprakelijk zijn jegens de rechthebbende. Dit is het geval indien hij in de zorg van een goed bewindvoerder tekort is geschoten, tenzij hij kan aantonen dat deze tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.⁵⁶ Het bewindvoederschap eindigt onder meerdere omstandigheden, waaronder ontslag door de kantonrechter. Het verzoek hiertoe kan onder meer gedaan worden door de rechthebbende. In dat geval zijn gewichtige redenen voor het ontslag vereist.⁵⁷

De wet voorziet derhalve in een regeling die de verplichtingen van de bewindvoerder afbakt en ook de rechthebbende een mogelijkheid biedt om de bewindvoerder te laten vervangen. Hiermee creëert de wet een zeker evenwicht tussen de belangen van de rechthebbende en van het belang dat door het bewind gediend wordt door de bewindvoerder (en tot op zekere hoogte ook het belang van de bewindvoerder zelf). Voorts kan de insteller op dit punt nadere invulling geven aan de positie van de bewindvoerder, omdat hij diens bevoegdheden en verplichtingen ruimer, maar ook beperkter, kan vaststellen dan uit de wet voortvloeit.⁵⁸ Hiermee kan de insteller het bewind nader toespitsen op hetgeen hij hiermee precies voor ogen heeft en ook in het evenwicht tussen rechthebbende en bewindvoerder de positie van de bewindvoerder, of juist van de rechthebbende, versterken.

6.4 Geschiktheid als beschermingsfiguur: beëindiging van het testamentair bewind

De wet geeft een aantal algemene gronden voor de beëindiging van een testamentair bewind, die dus ook voor andere vormen dan het beschermingsbewind gelden. Dit betreft (i) het verstrijken van de termijn waarvoor het bewind was ingesteld en (ii) verwerping van de nalatenschap of het legaat waarbij de onderbewindgestelde goederen zijn vermaakt, althans indien het door het bewind gediende belang met deze verwerping

54 Zie hoofdstuk 1 voor een beschrijving van de kenmerken waar een evenwichtige beheersregeling naar mijn mening aan moet voldoen.

55 Artikel 4:161 BW.

56 Artikel 4:163 BW.

57 Artikel 4:164 BW.

58 Artikel 4:171 lid 1 BW.

vervalt.⁵⁹ Deze regeling is bovendien niet limitatief: het bewind kan bijvoorbeeld ook eindigen door de vervulling van een ontbindende voorwaarde.⁶⁰ Daarbij zou gedacht kunnen worden aan het bereiken van een bepaalde leeftijd door de rechthebbende of het verstrijken van een bepaalde termijn⁶¹. Daarnaast zal het bewind, gezien de koppeling met de onderbewindgestelde goederen, eindigen als deze tenietgaan en daarvoor niets in de plaats komt.⁶² Een beschermingsbewind eindigt bovendien ook door het overlijden van de rechthebbende.⁶³ Voorts kan een beschermingsbewind worden opgeheven door de rechtbank.⁶⁴

- op verzoek van de bewindvoerder (i) in geval van onvoorziene omstandigheden of (ii) als aannemelijk is dat de rechthebbende de onderbewindgestelde goederen zelf op verantwoorde wijze kan besturen;
- door de rechthebbende zelf, indien (i) vijf jaar verstreken zijn na het overlijden van de insteller én (ii) hij aannemelijk kan maken de onderbewindgestelde goederen zelf op verantwoorde wijze te kunnen besturen⁶⁵.

De rechter kan indien hij het verzoek om opheffing van het bewind afwijst desverzocht ook de regels van het bewind wijzigen, al dan niet onder voorwaarden. Het behoeft weinig toelichting dat indien het langdurig scheiden van economisch belang en juridische zeggenschap het doel van het bewind is, deze regeling met zich kan brengen dat dit doel niet bereikt wordt. De kans dat het bewind voortijdig beëindigd wordt is immers aanmerkelijk. Dit geldt des te meer als men in gedachten houdt dat, althans naar de tekst van artikel 4:178 lid 2 BW, de vijfjaarstermijn begint te lopen op het moment dat de erflater overlijdt. Er is geen uitzondering voorzien voor de situatie dat de rechthebbende minderjarig is, terwijl in dat geval een opvolging

59 Artikel 4:177 BW.

60 Zie Parlementaire geschiedenis BW boek 3, pagina 557-558, bij artikel 3.6.2.4a lid 2, waarnaar verwezen wordt door Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 4, pagina 2144. Vergelijk voorts Asser/Perrick 4, 2017/758 (referentie aldaar bevat mijns inziens een onjuistheid), waar ook de mogelijkheid genoemd wordt om aan de bewindvoerder een (geclausuleerde) bevoegdheid tot beëindiging van het bewind te geven.

61 Dit laatste is uiteraard een tijdsbepaling en geen voorwaarde.

62 Een vervangende schadevergoeding zal bijvoorbeeld gezien artikel 4:154 BW onder het bewind komen.

63 Artikel 4:178 lid 1 BW. Als de rechthebbende een rechtspersoon is, eindigt het bewind door ontbinding door de rechtspersoon of door opzegging door de rechtspersoon, indien 30 jaar verstreken zijn na het overlijden van de insteller.

64 Artikel 4:178 BW.

65 Dit is een strengere toets dan die van het in paragraaf 6.5.3 te bespreken artikel 4:75 lid 1 sub a BW, aangezien voor artikel 4:178 lid 2 BW vereist is dat de rechthebbende de goederen *zelf* verantwoord kan besturen, terwijl voor artikel 4:75 lid 1 sub a BW volstaat dat de rechthebbende in staat is om te voorzien in het beheer door een ander. Rechtbank Amsterdam geeft aan deze eis de invulling dat het bewind geen goede zin meer heeft (rechtbank Amsterdam 25 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3827). Deze opheffingsmogelijkheid bestaat overigens ook voor een schenkingsbewind, vergelijk artikel 7:182 lid 2 jo. 4:178 lid 2 BW.

van minderjarigenbewind en testamentair bewind zeker wenselijk zou zijn,⁶⁶ of de mogelijkheid dat de erflater bepaald heeft dat het bewind op een later moment in werking treedt dan zijn overlijden.⁶⁷

F.J.W.M. Schols bespreekt de mogelijkheid om te “spelen” met de strekking van het bewind en aldus de houdbaarheid daarvan te verlengen.⁶⁸ Indien het bewind (mede) een andere strekking heeft dan de bescherming van de rechthebbende, zou artikel 4:178 lid 2 BW niet van toepassing zijn. Wel dient sprake te zijn van een reëel, te beschermen, belang, omdat zijns inziens sprake is van *substance over form*. Schols verwijst in dit verband ook naar de suggestie van Ebben om dit belang te creëren door middel van een fidei-commissaire making, waarbij het bewind (mede) het belang van de verwachter beschermt. Schols ziet hierbij echter, naar mijn mening terecht, een aantal bezwaren: (i) de making wordt anders, aangezien de verwachter wel een reëel te beschermen belang moet krijgen, (ii) voor zover het bewind niet in het belang van de verwachter strekt, is opheffing op grond van artikel 4:178 lid 2 BW nog steeds mogelijk en (iii) voor zover het bewind in het belang van de verwachter is biedt artikel 4:179 lid 1 BW de mogelijkheid voor de rechthebbende en de verwachter om het met een gemeenschappelijk besluit op te heffen. Door een andere strekking aan het bewind te geven, haalt men derhalve nieuwe, wellicht niet gewenste elementen binnen om een te beschermen belang van een ander te creëren, terwijl nog steeds geen sprake is van zekerheid dat het bewind langdurig in stand blijft. Dit lijkt mij derhalve geen begaanbare weg. Schols concludeert overigens tot certificering als alternatief om dit resultaat wel te bereiken.

Samenvattend maakt de regeling van artikel 4:178 lid 2 BW het bewind naar mijn mening ongeschikt als beschermingsfiguur, omdat het langdurig voortbestaan van de door het bewind geboden bescherming te onzeker is. Daarbij merk ik tevens op dat het beschermingsbewind in vergelijking tot certificering en trustachtige figuren relatief beperkt is in de tijd, aangezien het tevens gekoppeld is aan het leven van de rechthebbende, hetgeen overigens gezien de achtergrond van een dergelijk bewind een logische bepaling is.

Gezien deze mogelijkheid voor de rechthebbende om na vijf jaar om opheffing van het bewind te verzoeken, legt de wetgever in de afweging tussen het belang van de rechthebbende en dat van de insteller de nadruk op het belang van de rechthebbende, hetgeen ook past bij de beschermingsgedachte achter dit bewind. Indien de rechthebbende aannemelijk kan maken dat hij deze bescherming niet nodig heeft, verliest het bewind vanuit dit perspectief zijn functie. De insteller kan echter behoefte

66 In de literatuur is ook wel bepleit om in dit geval het testamentaire bewind pas te laten ingaan op het moment dat de rechthebbende 18 jaar wordt, maar de wettekst biedt geen aanknopingspunt voor deze interpretatie. Zie bijvoorbeeld Pitlo/Van der Burght, Ebben, Erfrecht, nr. 331, Asser/Perrick 4, 2017/761 en T.J. Mellema-Kranenburg, *Executele en bewind*, Kluwer Deventer 2007, pagina 65.

67 Zie artikel 4:153 lid 2 BW.

68 F.J.W.M. Schols, *preadvies* 2004, pagina 40 e.v.

hebben aan een stringenter beschermingsfiguur, waarbij meer de nadruk ligt op zijn belang bij het langdurig scheiden van zeggenschap en economisch belang. Het testamentair bewind zal veelal niet in deze behoefte kunnen voorzien.

6.5 Testamentair bewind en legitieme portie

6.5.1 Inleiding

Hiervoor heb ik onderzocht in hoeverre in het algemeen door middel van een testamentair bewind een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang tot stand gebracht kan worden. In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre een door middel van testamentair bewind aangebrachte scheiding tussen zeggenschap en macht door een legitimaris met een beroep op zijn legitieme portie ongedaan gemaakt kan worden, althans (gedeeltelijk) omzeild kan worden, doordat hij vrij kan beschikken over het bedrag dat hij uit hoofde van zijn legitieme portie ontvangt. Het is daarbij niet mijn bedoeling om de werking van de legitieme portie te bespreken, daarvoor verwijs ik naar literatuur die dit onderwerp behandelt⁶⁹. Ik beperk mij hier slechts tot enkele korte opmerkingen over die aspecten die relevant zijn voor een goed begrip van de samenloop tussen de legitieme portie en bewind.⁷⁰

6.5.2 Legitieme portie in het algemeen

Ten opzichte van de regeling van vóór 2003 zijn de aanspraken van de legitimaris aanmerkelijk beperkt. Thans bestaat de legitieme portie uit een vordering van de legitimaris in geld, waarvan de omvang kort gezegd bepaald wordt door de helft van het percentage waarvoor hij erfgenaam bij versterf is te vermenigvuldigen met de omvang van de nalatenschap vermeerderd met bepaalde giften en verminderd met bepaalde schulden.⁷¹ Onder het oude recht werd de legitieme portie geschonden indien de legitimaris deze niet als erfgenaam ontving en in geval van schending kon de legitimaris uiterste wilsbeschikkingen en giften die zijn legitieme portie schonden vernietigen.⁷² In vergelijking daarmee heeft de huidige legitimaris dus een aanmerkelijk zwakkere positie.⁷³

69 Zie bijvoorbeeld Asser/Perrick 4 (2017), hoofdstuk 8 en Handboek Erfrecht (2020), B.C.M. Waaijer, hoofdstuk X.

70 Voor zover in de verhouding tussen de legitieme portie en certificering respectievelijk trustachtige figuren andere aspecten van de regeling met betrekking tot de legitieme portie van belang zijn, zullen deze in het desbetreffende hoofdstuk besproken worden.

71 Zie artikel 4:63 jo. 4:64 lid 1 jo. 4:65 BW, alsmede artikel 4:79 BW. Dit wordt nader besproken in paragraaf 8.6.

72 Asser/Perrick 4, 2017/297.

73 Deze kan bovendien onder omstandigheden nog verder beperkt worden: Artikel 4:81 BW beperkt de opeisbaarheid van de legitimaire vordering, met name voor zover de legitimaris een vordering heeft op de langstlevende echtgenoot. Daarnaast kan ook een vruchtgebruik op grond van artikel 4:29 of 4:30 BW aan opeisbaarheid van de vordering van de legitimaris in de weg staan (zie Handboek Erfrecht (2020), B.C.M. Waaijer, paragraaf X.19.2). Ook heeft de erflater een mogelijkheid om de opeisbaarheid

De omvang van de legitieme portie wordt verminderd met de waarde van (i) giften die de erflater aan de legitimaris gedaan heeft⁷⁴, (ii) hetgeen de legitimaris krachtens erfrecht verkrijgt⁷⁵ en (iii) datgene wat de legitimaris als erfgenaam of uit hoofde van een legaat kan verkrijgen, maar niet verkrijgt omdat hij verwerpt⁷⁶. Op het laatste geldt echter een uitzondering in geval van zogenoemde inferieure makingen; indien daarvan sprake is, komt de waarde van de making niet in mindering op de legitieme portie.⁷⁷ Een making is onder andere inferieur indien hieraan een voorwaarde, een last of een bewind verbonden is, waarbij in het geval van een bewind onder omstandigheden weer een (hierna te bespreken) uitzondering geldt.

Bij de afweging tussen de belangen van de erflater en de legitimaris heeft de wetgever derhalve thans een behoorlijke vrijheid aan de erflater gelaten. Naast de beperking van de omvang van de legitieme portie heeft de erflater invloed op datgene wat de legitimaris wel of juist niet verkrijgt, omdat de erflater binnen bepaalde grenzen kan bepalen welke goederen de legitimaris verkrijgt⁷⁸ en voorts de legitimaris thans niet meer heeft dan een aanspraak in geld. Desalniettemin is de vrijheid van de erflater in deze niet absoluut.

6.5.3 Testamenteir bewind en legitieme portie

Hiervoor is reeds aangegeven dat een erfrechtelijke making (zowel een erfstelling als legaat) die door de erflater onder bewind gesteld wordt niet in alle gevallen inferieur is. Dit vloeit voort uit artikel 4:75 BW, waarin bepaald is dat indien de erflater het bewind mede⁷⁹ op een of beide van de in deze bepaling genoemde gronden heeft ingesteld en deze grond(en) heeft vermeld in zijn testament, de legitimaire portie van de legitimaris wel verminderd wordt met de waarde van de desbetreffende making. Het betreft hier allereerst de grond dat de legitimaris zelf ongeschikt of onmachtig is om in het beheer van de hem nagelaten goederen te voorzien. Het gaat hier, aldus de wetgever, om de situatie dat de legitimaris niet alleen zelf ongeschikt is om de goederen naar behoren te beheren, maar dat hij ook niet in staat is de goederen te laten beheren door een ander die

van de legitieme portie te beperken ten gunste van de langstlevende echtgenoot of andere levensgezel (artikel 4:82 BW).

74 Artikel 4:70 BW. Het betreft hier de giften als bedoeld in artikel 4:67 BW (zie Asser/Perrick 4, 2017/320).

75 Artikel 4:71 BW, ook als deze verkrijging niet vrij en onbezwaard is (zie Asser/Perrick 4, 2017/322).

76 Artikelen 4:72 en 4:73 BW.

77 Vereiste is wel dat de legitimaris binnen drie maanden na het overlijden van de erflater verwerpt (artikel 4:72 respectievelijk 4:73 lid 1 BW). In geval van een erfstelling dient tevens direct een zogenoemde contantenverklaring afgelegd te worden: indien de legitimaris niet bij de verwerping verklaart zijn legitieme portie te willen ontvangen, verliest hij zijn recht hierop (artikel 4:63 lid 3 BW). In het algemeen is de periode gedurende welke een beroep op de legitieme portie gedaan kan worden vijf jaar na het overlijden van de erflater (artikel 4:85 BW).

78 Pitlo/Van der Burght, Ebben, Erfrecht, punt 301.

79 Schols is van mening dat er naast de gronden van artikel 4:75 lid 1 BW ook andere gronden genoemd kunnen worden, doch dat het feit dat één van de gronden van dit artikel (terecht) vermeld is, de onderbewindgestelde making non-inferieur maakt (F.W.J.M. Schols, Preadvies 2004, pagina 53 – 54).

daar wel de capaciteiten voor heeft.⁸⁰ De tweede grond ziet op de situatie dat de nagelaten goederen hoofdzakelijk ten goede zouden komen aan de crediteuren van de legitimaris, indien er geen bewind ingesteld zou zijn. Tijdens het bewind kunnen de onder bewind staande goederen slechts voor bepaalde schulden worden uitgewonnen, zodat de bestaande crediteuren van de legitimaris hier in beginsel geen verhaal op hebben.⁸¹

De legitimaris die zijn erfdeel of legaat heeft aanvaard, heeft de mogelijkheid om binnen drie maanden na het overlijden van de erflater de juistheid van de vermelde grond te betwisten.⁸² Degene die het bewind staande houdt, de bewindvoerder, zal dan de juistheid van deze grond moeten bewijzen.⁸³ Zowel de solventie van de legitimaris als zijn capaciteiten om de nagelaten goederen te (doen) beheren, dienen beoordeeld te worden op het tijdstip van overlijden van de erflater en niet op het moment dat deze zijn testament maakte.⁸⁴ Indien de grond onjuist verklaard wordt, heeft de legitimaris twee mogelijkheden. Enerzijds kan hij aanspraak maken op het ontvangen van zijn legitieme portie in geld.⁸⁵ Anderzijds kan hij het bewind dulden, in welk geval bij het vaststellen van de op zijn legitimaire vordering te imputeren waarde rekening wordt gehouden met het bewind dat op de goederen rust.⁸⁶

Deze uitzondering op het inferieur zijn van een making onder bewind is echter vrij beperkt, met name aangezien de grond, dat de legitimaris niet zelf in staat is om in het beheer van de nagelaten goederen te (doen) voorzien, naar mijn mening geen hele hoge drempel opwerpt. De kans dat een van de gronden van artikel 4:75 BW van toepassing is op het moment van overlijden van de erflater en stand houdt in geval van betwisting door de legitimaris is derhalve niet zo groot. In de meeste gevallen zal een making onder bewind derhalve inferieur zijn. Het voorgaande betekent dat, nog los van de mogelijkheid van opheffing door de rechtbank op verzoek van de rechthebbende,⁸⁷ een testamentair bewind geen geschikte figuur is voor de bescherming van familievermogen door het aanbrengen van een duurzame scheiding tussen juridische zeggenschap en economisch belang, althans niet in gevallen waarin de legitimaris niet duidelijk onmachtig is om zelf zijn vermogen te beheren. Het hoeft natuurlijk geenszins zo te zijn dat de legitimaris door middel van een beroep op zijn legitieme portie het bewind vermijdt. Het gevolg van de legitieme portie kan niet zijn dat het bewind wordt opgeheven, maar hoogstens dat de legitimaris een (kleiner) bedrag in geld vrij in handen krijgt. Het verschil in

80 Zie Parlementaire geschiedenis BW boek 4, pagina 486.

81 Artikel 4:175 BW.

82 Gezien artikel 4:75 lid 4 BW kan de legitimaris ook de mogelijkheid hebben om op te komen tegen een bij schenking ingesteld bewind.

83 Artikel 4:75 lid 2 BW.

84 Asser/Perrick 4, 2017/328.

85 Artikel 4:75 lid 3 BW.

86 Artikel 4:75 lid 5 BW. Dit impliceert overigens dat de wetgever in civielrechtelijke context van mening was dat een bewind een waardedrukkend effect kan hebben. In fiscale context wordt hiermee echter geen rekening gehouden, zie paragraaf 12.2.

87 Artikel 4:178 lid 2 BW; zie voorts paragraaf 6.4.

waarde kan met zich brengen dat de legitimaris het bewind duldt, zeker omdat hij na een relatief korte termijn de mogelijkheid zal hebben om de rechter te verzoeken om opheffing van het bewind en dan zijn gehele verkrijging ter vrije beschikking zal hebben.⁸⁸ Aangezien een beroep op de legitieme portie echter een reële mogelijkheid is, biedt het bewind de erflater ook vanuit dit perspectief onvoldoende zekerheid dat hij een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang heeft gecreëerd.

6.6 Conclusie

Het testamentair (beschermings)bewind creëert een scheiding tussen zeggenschap en economisch belang door enerzijds het beperken van de bevoegdheden van de rechthebbende jegens de onderbewindgestelde goederen en anderzijds het creëren van een afgescheiden vermogen met betrekking tot deze goederen, die als gevolg daarvan in beginsel niet vatbaar zijn voor verhaal voor de “reguliere” schulden van de rechthebbende.

Als getoetst wordt aan de in hoofdstuk 2 onder (a) genoemde civielrechtelijke toetsingscriteria, duurzaamheid en evenwicht tussen de bij het bewind betrokken belangen, moet echter geconcludeerd worden dat het testamentair bewind ongeschikt is als beschermingsfiguur. De wet voorziet in een regeling met betrekking tot de bevoegdheden, rechten en verplichtingen van de bewindvoerder en van de rechthebbende, waarbij de insteller mogelijkheden heeft om wijzigingen aan te brengen en de bewindvoerder bijvoorbeeld verderstrekkende bevoegdheden te geven. Daarmee is sprake van een wettelijk systeem voor het bewaren van het evenwicht tussen de belangen die bij het bewind betrokken zijn.

Het bewind kan de toets van duurzaamheid echter niet doorstaan. De regeling van het bewind zelf brengt al met zich dat een duurzame scheiding van zeggenschap en belang niet te realiseren is, aangezien de rechthebbende vijf jaar na het overlijden van de insteller om opheffing van het bewind kan verzoeken. Voorts biedt de legitieme portie een verkrijger c.q. rechthebbende, die tevens legitimaris zich, een aanvullende mogelijkheid om zich (gedeeltelijk) aan de invloed van het bewind te onttrekken.

88 Een beroep op de legitieme portie lijkt mij derhalve met name in het belang van de legitimaris indien hij is onterfd of in de legitieme is gesteld. Een legitimaris die zijn volledige erfdeel (of het grootste deel daarvan) verkrijgt onder een bewind heeft economisch gezien meer belang bij wachten.



7

Certificering

7 Certificering

7.1 Inleiding

In dit onderdeel wordt ingegaan op certificering, beginnend met een historische schets van de ontwikkeling van certificering. Voor de certificering van vermogen kunnen uiteenlopende redenen zijn, zoals vermogensbescherming of de wens om het gecertificeerde vermogen bijeen te houden, maar ook motieven buiten de persoonlijke sfeer, zoals het verstrekken van zekerheid⁸⁹. Gezien het onderwerp van dit onderzoek zal ik echter in beginsel slechts kijken naar certificering in het kader van vermogensbescherming. Aangezien certificering geen in de wet geregelde figuur is, ga ik daarbij allereerst in op het rechtskarakter van certificering, waarbij ook gekeken wordt naar wel in de wet geregelde figuren, zoals de overeenkomst van opdracht of de maatschap, en de vraag of bij certificering een dergelijke figuur aan de orde kan zijn. In dat geval zijn immers ook de dwingendrechtelijke bepalingen die de desbetreffende figuur beheersen van toepassing, hetgeen met zich kan brengen dat er meer wijzen zijn waarop de certificering beëindigd kan worden, dan opgenomen in de administratievoorwaarden. Ook wordt gekeken naar de juridische toelaatbaarheid van certificering, in het kader van het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW.

Vervolgens ga ik in op de aard van het certificaat, alsmede op het administratiekantoor, de relatie tussen administratiekantoor en certificaathouder en de administratievoorwaarden, waarna de mogelijkheden voor beëindiging van de certificering worden besproken. In de context van het laatste onderwerp komt tevens de geschiktheid van certificering als beschermingsfiguur aan bod, alsmede de wijze waarop bij certificering de zeggenschap van de rechthebbende aan banden wordt gelegd en het bereiken van een evenwicht tussen de verschillende bij de certificering betrokken belangen. Ten slotte wordt de verhouding tussen certificering en de legitieme portie besproken. In het algemeen ga ik slechts in op certificering ongeacht de aard van het goed dat gecertificeerd wordt, zodat specifieke aspecten van bijvoorbeeld de certificering van aandelen niet besproken worden.

7.2 Historie van certificering

In deze paragraaf ga ik in op enige historie van certificering, mede vanuit de vraag in hoeverre een wens tot vermogensbescherming een rol heeft gespeeld bij de ontwikkeling van deze figuur, bijvoorbeeld vanuit een parallel met de trust. Het is daarbij niet de bedoeling om uitputtend te zijn, maar om bij wijze van achtergrond een beeld te schetsen van de oorsprong van deze rechtsfiguur en van hoe deze zich in de loop der tijd ontwikkeld heeft.

89 Vergelijk bijvoorbeeld HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3803, BNB 2010/266.

7.2.1 Ontwikkeling van certificering

Reeds in 1809 was sprake van een wettelijke mogelijkheid tot het uitgeven van certificaten: artikel 19 van het Besluit houdende een Wet tot daarstelling van een Grootboek der Publieke Schuld van 27 januari 1809 refereerde expliciet aan de mogelijkheid om certificaten van Grootboekinschrijvingen uit te geven:

Wanneer eenig persoon of personen mogten goedvinden Negotiatiën te doen op inschrijvingen in het Grootboek, ten hunnen name ofte die van Directeuren ofte derdens gesteld, of te stellen, ofte fondsen van anderen op hunne namen te nemen, ofte Certificaten of Acten van aandeel in fondsen, op hunnen naam gesteld, aftegeven; zullen de zoodanige Acte van Aandeel, Schuldbekentenissen, Certificaten of hoedanige Documenten als daarvan zullen worden afgegeven, moeten worden vertoond bij de Directie van het Grootboek, ten einde op dezelve het exhibitum te stellen, en het verband van eene gelijke somme op het Grootboek te registeren;

Deze Grootboekwet gaf hierbij bepaalde waarborgen om de certificaathouders te beschermen tegen onrechtmatige handelingen van het administratiekantoor, zoals de verplichting dat de certificaten aan de Directie van het Grootboek moesten worden getoond en als bewijs daarvan afgetekend.⁹⁰ Wat een certificaat was en welke rechtsgevolgen hieraan verbonden waren, werd verder niet geregeld. Derhalve kon bijvoorbeeld de vraag rijzen wat de rechten waren van de certificaathouder en of hij een persoonlijk vorderingsrecht had jegens degene die de certificaten uitgaf, of dat hij eigenaar⁹¹ was van de gecertificeerde Grootboekinschrijving. In de literatuur is deze vraag uitgebreid aan de orde gesteld, zie onder meer de hierna aangehaalde auteurs.

De redenen om de uitgifte van certificaten van Grootboekinschrijvingen mogelijk te maken waren volgens Land: (i) het voorkomen dat openbaar werd wie het belang bij de inschrijving had, (ii) het in omloop brengen van gemakkelijk verhandelbare toonderstukken en (iii) wellicht het wekken van interesse in de Nederlandse Schuld.⁹² Land geeft aan dat in de eerste plaats natuurlijke personen certificaten konden uitgeven; bij meer dan twee samen handelende personen was sprake van een administratiekantoor. De Grootboekinschrijving werd gesteld op naam van de natuurlijke persoon of de directie van het administratiekantoor gesteld.

90 Zie P.M. Booy, *Trustee's bij geldleeningen*, N.V. Drukkerij Jacob van Campen Amsterdam, dissertatie 1935, pagina 146.

91 Tegenwoordig zou de formulering "rechthebbende op" zuiverder zijn, aangezien het gecertificeerde goed een vermogensrecht is, maar in de aangehaalde literatuur wordt gesproken van eigendom. In deze paragraaf zal ik die formulering derhalve volgen.

92 Zie A. Land, *Zijn de rechten der houders van certificaten Nederlandsche Werkelijke Schuld wel voldoende gewaarborgd?*, WPNR 1908/2012 (1908), pagina 366. Grootboekcertificaten worden voorts nader beschreven in F.J.M.A.H. Houben, *Het certificaat*, N.V. H. van der Marck's Uitgeversmij. Roermond 1942, paragraaf I.1.

De vormgeving van het administratiekantoor was verder niet wettelijk geregeld. Land is van mening dat het administratiekantoor geen rechtspersoonlijkheid had (hij ziet administratiekantoren als vennootschappen onder firma), maar dat het wel aan te bevelen was om hiervoor een rechtspersoon in het leven te roepen. Hij geeft aan dat de meeste administratiekantoren in de periode 1809 – 1814 zijn opgericht.

In WPNR 1908/2013 gaat Land nader in op de positie van de certificaathouders. Die werd in zoverre gewaarborgd doordat certificaten slechts mochten worden uitgegeven voor zover aangetoond was dat er een voldoende vrij saldo aan inschrijvingen aanwezig was om de certificaten te dekken. Land geeft aan dat de heersende opvatting op dat moment is dat de certificaathouder slechts concurrent crediteur was in het faillissement van het administratiekantoor, in beginsel zonder preferentie, hetgeen de zekerheid van diens positie onder druk zette, zeker in aanmerking nemend dat het administratiekantoor in zijn ogen geen rechtspersoonlijkheid heeft.⁹³ In WPNR 1908/2014 bepleit hij zelf echter dat de certificaathouder als eigenaar van (een deel van) de inschrijving gezien zou moeten worden, om zijn positie te waarborgen. De certificaathouder is in dat geval crediteur van de Staat, terwijl het administratiekantoor slechts als tussenpersoon of soort van trustee fungeert. Deze discussie, welke rechten een certificaathouder precies heeft en wat zijn positie is indien het administratiekantoor failliet, heeft de gemoederen in de literatuur nog lang bezig gehouden (zie nader hierna).

Vanuit certificaten van Grootboekinschrijvingen heeft certificering zich ontwikkeld tot een bredere figuur. Van der Heijden⁹⁴ noemt in 1930 de volgende varianten:

- (a) Het Grootboekcertificaat, waarover Van der Heijden opmerkt dat de certificaathouder krachtens artikel 70 van de Grootboekwet 1913 een onvoorwaardelijk recht heeft om tegen intrekking van het certificaat zelfstandig overschrijving van het bedrag op zijn eigen naam in het Grootboek te vorderen. De overige rechten van de certificaathouder worden bepaald door de voorwaarden waaronder de certificaten zijn uitgegeven. Van der Heijden ziet het Grootboekcertificaat, mede vanwege de royeerbaarheid⁹⁵, als meer dan een persoonlijk vorderingsrecht jegens het administratiekantoor. Zijns inziens

93 In dit verband merk ik op dat kort nadat Land dit schreef de Grootboekwet aangepast is (in 1913). Onder de Grootboekwet 1913 werd de positie van de certificaathouders versterkt, zij kregen de mogelijkheid om de certificaten om te wisselen voor de onderliggende Grootboekinschrijving zonder medewerking van het administratiekantoor. Deze laatste factor heeft meerdere auteurs tot de opvatting gebracht dat de houder van dergelijke certificaten eigenaar is van de Grootboekinschrijving, zie ook hierna.

94 E.J.J. van der Heijden, Het certificatengevaar, De NV IX (1930), pagina 1 e.v.

95 Hiermee doel ik op de mogelijkheid voor de certificaathouder om het certificaat zonder medewerking van het administratiekantoor, althans de partij die de certificaten heeft uitgegeven, om te wisselen voor het gecertificeerde goed (zie paragraaf 7.7.2). In het geval van Grootboekcertificaten kwam royeerbaarheid erop neer dat de certificaten zonder medewerking van het administratiekantoor door de certificaathouder bewerkstelligd kon worden. Medewerking van de Staat als debiteur van de Grootboekinschrijving was wel vereist.

verschafft dit certificaat een rechtstreeks aandeel in de gecertificeerde Grootboekinschrijvingen is de certificaathouder eigenaar van een overeenkomstig deel van die inschrijving. Van der Heijden omschrijft de verhouding tussen certificaathouder en administratiekantoor als een trustverhouding, die te allen tijde door de certificaathouder beëindigd kan worden.

- (b) Certificaten van aandelen of obligaties, die op naam van een administratie- of trustkantoor staan. Van der Heijden geeft aan dat dit veelvuldig wordt toegepast bij Amerikaanse aandelen op naam, vanwege moeilijkheden daarbij om dividend te innen of stemrecht uit te oefenen. Ook kan door middel van certificering de hoge nominale waarde van aandelen of obligaties gesplitst worden in kleinere coupures.
- (c) Voorts worden genoemd certificaten die een aandeel vertegenwoordigen in een gemeenschappelijke eigendom van effecten die door een administratiekantoor worden beheerd. Bij deze variant is kennelijk sprake van een soort van beleggingsfonds, waarbij certificaten als participaties worden uitgegeven.

Van der Heijden is van mening dat ook bij de onder (b) en (c) genoemde varianten de certificaathouder de eigenaar is van het recht waartegenover het certificaat is uitgegeven, zodat het administratiekantoor slechts optreedt als beheerder van dit onderliggende recht en als zodanig de aan de certificaathouders toekomende rechten op eigen naam uitoefent. Hij geeft aan dat de certificaathouders het recht plegen te krijgen om hun certificaten om te wisselen tegen de onderliggende stukken. Kennelijk werden dus in beginsel royeerbare certificaten uitgegeven.

- (d) Certificaten uitgegeven door een Beschermingscomité, dat op zich neemt om bepaalde belangen van de eigenaars van aandelen of obligaties te behartigen. Het doel hiervan was kennelijk het bundelen van de zeggenschapsrechten van de houders van aandelen of obligaties om deze gezamenlijk uit te oefenen en het behartigen van hun belangen. Ten bewijze van het inleveren van de aandelen of schuldbrieven werden certificaten uitgereikt.⁹⁶ Van der Heijden ziet dit Comité als beheerder, waarbij de certificaten het eigendomsrecht van de bewaargever vastleggen, maar dit niet omzetten in een persoonlijk vorderingsrecht.

Van der Heijden ziet het certificaat duidelijk niet als (slechts) een vorderingsrecht, maar als een bewijs van eigendom (althans recht op) van het recht dat gecertificeerd is, dat het gecertificeerde recht volledig en ongemodificeerd vertegenwoordigt. Daarbij kan zijns inziens verzekerd worden dat het certificaat recht geeft op het onderliggende recht

⁹⁶ Zie Houben dissertatie 1942, paragraaf I.6. Hij verwijst hier ook naar een uitspraak van rechtbank Amsterdam (10 januari 1899, W. 7331), waarin de rechtbank deze rechtsverhouding niet kwalificeert als bewaargeving, maar als een overeenkomst van eigen aard.

doordat het certificaat royeerbaar is, maar ook doordat dit recht van de certificaathouder uitdrukkelijk wordt erkend.⁹⁷ Voorts merkt Van der Heijden op dat het certificaat een trustverhouding veronderstelt tussen de certificaathouder en degene die het certificaat uitgeeft, waarbij de laatste slechts fiduciair eigenaar is.⁹⁸

Russel gaat in op het begrip “certificaat” in de Zegelwet 1917.⁹⁹ Hij beschrijft in dit kader een procedure over de vraag of bepaalde toondercertificaten van aandelen aangemerkt konden worden als certificaten van aandelen in de zin van de Zegelwet 1917 en gaat in dit kader in op de aard van het certificaat. Deze kwalificatie is als zodanig minder relevant, maar in zijn artikel geeft Russel wel inzicht in de historische ontwikkeling van certificering. Zo refereert hij aan de Zegelwet 1897, die een bepaling bevatte voor (onder meer) het zegelrecht ter zake van certificaten van aandelen uitgegeven door administratiekantoren. Hij geeft voorts aan dat de Zegelwet 1843 nog geen vergelijkbare regeling bevatte, omdat op dat moment certificaten van aandelen, uitgegeven door administratiekantoren, niet of slechts sporadisch voorkwamen. Dit impliceert dat dergelijke certificering tussen deze twee momenten zodanig gebruikelijk is geworden, dat hiervoor een wettelijke regeling is getroffen. Russel vermeldt ook dat in de periode 1843 – 1897 veel certificaten zijn uitgegeven die niet onvoorwaardelijk

97 Waarbij men zich overigens kan afvragen of dergelijke maatregelen niet overbodig zijn, indien de certificaathouder inderdaad eigenaar van de gecertificeerde rechten is.

98 In vergelijkbare zin E.J.J. van der Heijden, Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht, 3e druk N.V. Uitgevers-maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1936, nr. 197. Meerdere auteurs omschrijven de relatie tussen certificaathouder en administratiekantoor als een trustverhouding. Zie bijvoorbeeld W.C.L. van der Grinten, De Trustee naar Nederlandsch recht, WPNR 1941/3738, paragraaf III. In WPNR 1941/3737 omschrijft hij in paragraaf I van hetzelfde artikel de trustee als iemand die eigen rechten heeft, meer is dan een vertegenwoordiger (die qualitate qua handelt in plaats van op eigen naam). De trustee is echter verplicht om deze rechten uit te oefenen ten behoeve van een ander, waarbij diens rechten ook zijn toegekend omwille van de verplichtingen, om uitvoering hiervan mogelijk te maken. Zie voorts Houben, dissertatie 1942, paragraaf II.4. Zie evenwel D. te Winkel, Trust-verhoudingen, Drukkerij Mouton & Co. 's-Gravenhage 1914, pagina 150 e.v. Te Winkel ziet certificering niet als trustverhouding, maar als twee afzonderlijke rechtsverhoudingen, waarbij het administratiekantoor schuldeiser van de Staat is en de certificaathouder schuldeiser van het administratiekantoor (pagina 152 – 153). Hij acht in deze verhouding onvolkomen (middellijke) vertegenwoordiging toepasbaar, waarbij het administratiekantoor jegens derden als enige rechthebbende geldt (pagina 157). Vanuit het perspectief van de bescherming van de certificaathouder acht hij deze kwalificatie echter onbevredigend, zodat hij bescherming die een trustverhouding biedt wel wenselijk acht bij certificaten, dan wel een voorkeurspositie van de certificaathouder als crediteur in het faillissement van het administratiekantoor (pagina 162 – 165). Opgemerkt zij in dit verband dat Te Winkel een specifiek (en in beginsel beperkt) trustbegrip hanteert dan andere auteurs, aangezien hij een vergelijking maakt met het Engelse trustrecht.

Zie voorts de casus die ten grondslag ligt aan een tweetal uitspraken, van rechtbank Amsterdam (27 oktober 1898, W. 7308) en hof Amsterdam (8 oktober 1900, W. 7530, dit betreft het hoger beroep). Deze hebben betrekking op het al dan niet bestaan van een verplichting om rekening en verantwoording af te leggen door een trustkantoor, dat “trustcertificaten” had uitgegeven tegenover een obligatielening verstrekt aan een Amerikaanse vennootschap. Ook dit impliceert dat deze certificeringsovereenkomst als een trustverhouding werd gezien. Ten slotte zij gewezen op HR 14 juni 1929, ECLI:NL:HR:1929:237, NJ 1929, pagina 1434 (Buma), waarin de Hoge Raad fiduciaire rechtsverhoudingen (*fiducia cum amico*) erkent en in dat verband expliciet het woord “trustee” gebruikt.

99 G. Russel, Het Certificaat-Begrip volgens de Zegelwet 1917, De NV XI (1932), pagina 260 e.v. en 296 e.v.

en onbeperkt royeerbaar waren. In tegenstelling tot bij Grootboekcertificaten, waarvoor een wettelijke regeling getroffen was, moest de royeerbaarheid bij certificaten van andere vermogensrechten ook (uiteraard, mijns inziens) expliciet in de administratievoorwaarden zijn opgenomen. Hij refereert hierbij aan belangengroepen die het wenselijk achtten om het stemrecht op de originele stukken in één hand te hebben, hetgeen bewerkstelligd werd door certificering, waarbij de certificaten niet of beperkt royeerbaar waren. Kennelijk was het gebruik van certificering als beschermingsconstructie op dit moment ten minste enigszins gebruikelijk. De mogelijkheid om te royeren was, logischerwijs, ook beperkt bij certificaten die dienden om stukken met een hoge nominale waarde in kleine coupures te verdelen.

Ook geeft Russel aan dat er in de literatuur verschillend gedacht werd over het antwoord op de vraag of de certificaathouder eigenaar was van het gecertificeerde recht of niet. Kennelijk was voor invoering van de Grootboekwet 1913, die recht invoerde voor de houders van Grootboekcertificaten om deze te royeren en de inschrijving op hun naam te doen stellen, de heersende leer dat de certificaathouder geen eigenaar van de Grootboekinschrijving was en dat hij het certificaat niet kon royeren. Hij haalt een aantal auteurs aan die van mening zijn dat de certificaathouder inderdaad eigenaar is van het onderliggende vermogensrecht, maar ook meerdere auteurs die een andere mening zijn toegedaan. Kennelijk werd begin twintigste eeuw uiteenlopend over dit onderwerp gedacht.

Een verder inzicht in de historie van certificering wordt gegeven door Booy, die in zijn dissertatie onder meer uitgebreid ingaat op de geschiedenis van administratiekantoren.¹⁰⁰ Hij definieert een administratiekantoor als volgt:

Onder administratiekantoren verstaat men die instellingen welke er hun beroep van maken en voorzoover noodig ook daartoe gerechtigd zijn, certificaten uit te geven voor op hun naam staande fondsen of inschrijvingen¹⁰¹, zonder dat deze fondsen of inschrijvingen hun kapitaal vormen.

Booy beschrijft in dit verband ook de formaliteiten die vervuld moesten worden voordat een administratiekantoor Grootboekcertificaten kon uitgeven. Hij merkt op dat het concept van een Grootboek der Nationale Schuld niet uniek is, maar dat de mogelijkheid tot certificering van de inschrijving een afwijking betreft van het Engelse, Franse en Amerikaanse systeem. Hij ziet echter onmiskenbaar Engelse invloeden in deze certificeringsmogelijkheid en is van mening dat de rechtsverhouding bij administratiekantoren slechts te verklaren is met het trustbegrip. De Grootboekinschrijving staat op naam van een of meerdere personen, die als eigenaar

¹⁰⁰ Booy, dissertatie 1935, pagina 144 e.v.

¹⁰¹ "Inschrijvingen" heeft in dit verband betrekking op certificaten van de Nationale Werkelijke Schuld, oftewel Grootboekcertificaten.

dienen te worden aangemerkt. Hiertegenover mogen certificaten worden uitgegeven tot maximaal het totaalbedrag van de inschrijving. Hoewel het eigendomsrecht van de inschrijving toekomt aan het administratiekantoor, komt het genot hiervan (de rente) toe aan de certificaathouders. Aldus kan men volgens Engelse terminologie zeggen dat het administratiekantoor de inschrijving “in trust” heeft voor de certificaathouders. Uit het betoog van Booy wordt ook duidelijk dat certificering van Grootboekinschrijving niet de oudste vorm van certificering is. Hij vermeldt namelijk dat men al ongeveer 20 jaar voor de invoering van de Grootboekwet 1809 administratiekantoren aantroef, die zich hoofdzakelijk bezighielden met de administratie van Amerikaanse publieke fondsen.¹⁰² Booy geeft bovendien twee voorbeelden van een verhouding die als administratie te beschouwen is, met betrekking tot (obligatie)leningen, waarvan één reeds in 1753.¹⁰³

Van de administratiekantoren en de wijze waarop deze zich in de loop der tijd ontwikkeld hebben, maakt Booy de overstap naar het certificaat. Hij definieert dit als volgt:

*Een aan toonder luidend waardepapier, dat door te Amsterdam kantoor houdende Nederlandsche administratiekantoren wordt uitgegeven.*¹⁰⁴

Hij constateert in dit verband dat de wet op meerdere plaatsen over certificaten spreekt, maar dat het begrip “certificaat” nergens nader omschreven wordt. Dat is overigens ook nu nog het geval. Ook constateert Booy op dit punt dat de meeste administratiekantoren verenigd zijn met trustkantoren, maar dat administratie en toezicht houden twee geheel verschillende werkzaamheden zijn. Hij is kennelijk geen voorstander van de combinatie van deze werkzaamheden, omdat de certificaathouders een financieel risico lopen als het administratiekantoor ook als trustee fungeert en als zodanig risico's loopt. Dit hangt samen met zijn opvatting dat het administratiekantoor de eigenaar van de originele waarden is, zodat die meegetrokken worden in een eventueel faillissement. Deze risico's hebben kennelijk de Vereeniging voor den Effectenhandel te Amsterdam geïnspireerd tot het nemen van maatregelen, want Booy refereert eraan dat deze op 15 februari 1933 nieuwe bepalingen heeft ingevoerd, die door administratiekantoren nageleefd dienden te worden om een notering in de Prijscourant te kunnen krijgen voor door hen uitgegeven certificaten. Deze betroffen onder meer eisen aan de statuten van het

102 Zie voorts Houben, dissertatie 1942, paragraaf I.2.

103 Booy, dissertatie 1935, pagina 148. Evenzo Houben, dissertatie 1942, die in hoofdstuk 1, paragraaf 2, de historie van administratiekantoren beschrijft.

104 Booy, dissertatie 1935, pagina 152. Houben (dissertatie 1942, pagina 11) acht deze definitie, mijns inziens niet ten onrechte, enerzijds niet nauwkeurig genoeg, omdat het onderscheid tussen een certificaat en een andersoortig effect niet duidelijk wordt, en anderzijds te specifiek, omdat uitgifte door een administratiekantoor in Amsterdam slechts een formeel vereiste is (naar ik aanneem om de certificaten te kunnen noteren), terwijl dit voor de aard van het certificaat niet relevant is. Gezien metgeen Houben in paragrafen I.2 – I.4 bespreekt was kennelijk voor een certificaat vereist dat één of meerdere certificaten staan tegenover één aandeel (of deel in een geldlening). Een waardepapier dat recht geeft op een aandeel in een depot van aandelen wordt door Houben aangeduid als een participatiebewijs of een depotfractiebewijs, afhankelijk van de specifieke voorwaarden. Alle drie konden overigens worden uitgegeven door een administratiekantoor.

administratiekantoor en aan de administratievoorwaarden. Op grond hiervan werd onder andere vereist dat een administratiekantoor slechts als doel mocht hebben het uitgeven van certificaten van originele waarden en het verrichten van daarmee direct verband houdende handelingen. Iedere aanvullende activiteit die tot financieel risico zou kunnen leiden moest hiermee uitgesloten worden. Voorts mochten de statuten weliswaar bepalen dat de originele waarden in eigendom of in administratie werden genomen door het administratiekantoor, maar slechts certificaten waarbij in de administratievoorwaarden was bepaald dat deze alleen in administratie waren genomen, konden worden opgenomen in de Prijscurant. In het laatste geval heeft het administratiekantoor evenwel slechts het beheer van de onderliggende aandelen en zou geen sprake zijn van certificering volgens de huidige invulling die aan dit begrip gegeven wordt. Bovendien rijst dan naar mijn mening de vraag in hoeverre een dergelijke bepaling er wel aan kan afdoen dat het administratiekantoor de juridisch eigenaar is, aannemend dat de aandelen wel op naam van het administratiekantoor werden gesteld.¹⁰⁵

De vraag wie juridisch eigenaar is van gecertificeerde goederen was ten tijde van het schrijven van Booy's proefschrift nog steeds bepaald geen uitgemaakte zaak. Booy haalt Molengraaff aan, die kennelijk in een certificaat een zakenrechtelijk papier zag. Booy deelt deze stelling echter in haar algemeenheid niet en maakt daarbij een onderscheid tussen certificaten van fondsen en Grootboekcertificaten:¹⁰⁶

- (a) In het eerste geval geeft het administratiekantoor certificaten uit voor (i) reeds op zijn naam ingeschreven, volgestorte, fondsen of voor (ii) originele fondsen die nog niet op naam van het administratiekantoor staan, maar waarvoor door de eigenaar (ik neem aan in dit geval van de certificaten) voldoende onderpand is gedeponeerd, terwijl voor de overschrijving van de fondsen zorg wordt gedragen. Het voorgaande kan betrekking hebben op aandelen, maar ook administratie van buitenlandse obligaties komt voor. De certificaten zijn doorgaans royeerbaar, maar dit is geen vereiste. Booy beschouwt hierbij volledig royeerbare certificaten als de meest oorspronkelijke en zuivere vorm. Oorspronkelijk omdat kennelijk de oudste voorbeelden van certificering, dan wel de figuren waaruit certificering zich ontwikkeld heeft, royeerbaar waren. Zuiver vanuit de achterliggende gedachte dat het doel van certificering was om het publiek de mogelijkheid te geven om door middel van een toonderstuk te beleggen in effecten op naam, waarvan de verhandelbaarheid en het innen van dividend niet eenvoudig waren.

Booy ziet het recht van de certificaathouder in dit geval als volgt. De houder van een royeerbaar certificaat heeft een waardepapier, dat niet staat tegenover

105 Booy, dissertatie 1935, pagina 157 geeft aan dat de aandelen inderdaad op naam van het administratiekantoor gesteld worden, ook bij de variant waarbij slechts sprake zou zijn van beheer en niet van het overnemen van de eigendom van de aandelen.

106 Booy, dissertatie 1935, pagina 155 e.v.

één of meerdere specifieke effecten (certificaten zijn niet genummerd). Slechts staat vast tot welk (nominaal) bedrag de certificaathouder gerechtigd is, maar dit is niet voldoende om een eigendomsrecht van de certificaathouder aan te nemen.¹⁰⁷ Als iemand een origineel effect in administratie geeft, gaat zijn eigendomsrecht teniet en krijgt hier in plaats daarvan een persoonlijk recht jegens het administratiekantoor. Booy definieert administratie als volgt:

Administratie omvat het uitoefenen van het eigendomsrecht van de daarvoor aangewezen fondsen en het afstaan van de daarop te ontvangen uitkeringen, onder aftrek van onkosten en provisie, aan de certificaathouders.

Het bezit van het certificaat geeft de houder hiervan een persoonlijk vorderingsrecht tot uitkering van een evenredig deel van de ontvangen uitkeringen op fondsen, alsmede op eventuele afgifte van de fondsen zelf (dit laatste afhankelijk van de mate van royeerbaarheid). Het administratiekantoor ziet Booy als fiduciair eigenaar van de rechten waartegenover de certificaten zijn uitgegeven. De fiduciair eigenaar is slechts obligatoir verplicht om de belangen van de derde (in casu de certificaathouder) te behartigen. Deze laatste heeft slechts een persoonlijk vorderingsrecht en uitsluitend wettelijke bepalingen, zoals van de Grootboekwet, kunnen hierin verandering brengen.

- (b) Grootboekcertificaten beschouwt Booy dan ook op andere wijze. De Grootboekwet van voor 1913 verschafte de certificaathouder slechts het recht om overschrijving van de Grootboekinschrijving op zijn naam te vorderen indien dit recht uitdrukkelijk was verleend en dan nog was medewerking van het administratiekantoor nodig voor de feitelijke overschrijving. Met de Grootboekwet 1913 werd echter uitdrukkelijk een zelfstandige vordering tot overschrijving van de certificaathouder erkend. Op grond hiervan, in combinatie met enige andere bepalingen die de positie van de certificaathouder versterken, beschouwt Booy een Grootboekcertificaat als een zakenrechtelijk papier. Het administratiekantoor is dan slechts eigenaar voor de op zijn naam staande Grootboekinschrijving voor zover hier tegenover geen certificaten zijn uitgegeven. Zijns inziens heeft de certificaathouder voor de rente, die door bemiddeling van het administratiekantoor wordt uitgekeerd, wel echter slechts een persoonlijk vorderingsrecht.

De essentiële grond voor Booy om een certificaat al dan niet als (slechts) een obligatoir recht te zien, is kennelijk gelegen in het antwoord op de vraag of de certificaathouder zich zelfstandig en zonder verdere tussenkomst van het administratiekantoor de juridische titel van de gecertificeerde aandelen, dan wel de hierop uitgekeerde rente,

¹⁰⁷ Dit suggereert dat er wel een mogelijkheid zou zijn om de certificaathouder als eigenaar van de gecertificeerde effecten te zien, indien de connectie tussen certificaat en effect wel te maken zou zijn.

kan verschaffen. De omstandigheid dat men zich zelfstandig de juridische titel van een goed kan verschaffen maakt degene die dit recht heeft naar mijn mening echter nog niet tot eigenaar voor het moment dat deze verschaffing daadwerkelijk plaatsvindt.¹⁰⁸

Ook Van der Grinten¹⁰⁹ signaleert dat de wet geen omschrijving van het begrip “certificaat” kent, noch van de rechtspositie van de certificaathouder. Ook de jurisprudentie over certificering is beperkt. Van der Grinten noemt dat hij bekend is met een vijftal uitspraken over dit onderwerp¹¹⁰. Het betreft de volgende uitspraken (samenvatting mijnerzijds):

- Rechtbank Amsterdam 13 mei 1929¹¹¹, met betrekking tot de vraag of een houder van certificaten aan toonder het recht heeft om vervangende toonderstukken te vorderen van het administratiekantoor.
- Rechtbank Amsterdam 29 mei 1931¹¹², met betrekking tot de vraag of bij certificering van aandelen de certificaathouders de eigendom van de aandelen behouden (of in voorkomend geval verkrijgen), of dat deze eigendom verworven wordt door het administratiekantoor.
- Hof Amsterdam 11 december 1931¹¹³, dit betreft het hoger beroep in de zaak waarin rechtbank Amsterdam op 13 mei 1929 uitspraak deed; het hof oordeelt dat geen sprake is van een recht op vervangende certificaten aan toonder.
- Hof Amsterdam 8 maart 1932¹¹⁴, betreffende het hoger beroep in de zaak van rechtbank Amsterdam van 29 mei 1931. Het hof oordeelt dat het (gefaillleerde) administratiekantoor geen eigenaar van de aandelen geworden is. Weliswaar kon de certificaathouder kennelijk geen recht op een bepaald aandeel aantonen, maar dit maakt in de ogen van het hof het administratiekantoor nog niet tot eigenaar, althans het hof acht onvoldoende aangetoond dat de aandelen tot het vermogen

108 Vergelijk tevens W.C.L. van der Grinten, De rechtspositie van den certificaathouder, De NV 1939, pagina 263. Hij merkt, mijns inziens terecht, op dat het feit dat men een stuk voor een ander stuk kan omwisselen, niet betekent dat men voor die omwisseling enig eigendomsrecht op dit andere stuk heeft.

109 Van der Grinten, De NV 1939, pagina's 262 e.v. en 294 e.v.

110 Kennelijk heeft dit slechts betrekking op civielrechtelijke jurisprudentie, want Russel refereert in zijn hiervoor genoemd artikel aan een uitspraak van hof Amsterdam van 15 juli 1932 met betrekking tot de kwalificatie van toondercertificaten van aandelen onder de Zegelwet 1917. Ook kan gewezen worden op de uitspraken van rechtbank Amsterdam (27 oktober 1899, W. 7308) en hof Amsterdam (8 oktober 1900, W. 7530), inzake het al dan niet aanwezig zijn van een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording door een trustkantoor dat certificaten van een obligatielening had uitgegeven, alsmede op de uitspraak van rechtbank Amsterdam van 10 januari 1899, W. 7331, met betrekking tot de vraag of royerling van certificaten door de certificaathouder gevorderd kon worden en waarin de rechtbank van oordeel is dat sprake is van een overeenkomst van eigen aard (in tegenstelling tot bewaargeving).

111 Rechtbank Amsterdam 13 mei 1929, ECLI:NL:RBAMS:1929:AG1821, NJ 1929, pagina 1300.

112 Rechtbank Amsterdam 29 mei 1931, ECLI:NL:RBAMS:1931:16, NJ 1932, pagina 453 (nr. 2).

113 Hof Amsterdam 11 december 1931, ECLI:NL:GHAMS:1931:AG1846, NJ 1932, pagina 267.

114 Hof Amsterdam 8 maart 1932, W. 12449.

van het administratiekantoor behoorden: het hof ziet een derde mogelijkheid, te weten dat de certificaathouder bij storting zijn aandelen in een gemeenschap van certificaathouders heeft gebracht, ter zake waarvan het administratiekantoor het beheer voert.¹¹⁵

- Ten slotte kan gewezen worden op HR 18 december 1933¹¹⁶, welk arrest echter niet zozeer betrekking heeft op de rechtsgevolgen van certificering, als wel op het antwoord op de vraag of bepaalde rechten gekwalificeerd konden worden als certificaten in de zin van de Loterijwet 1905.

Van der Grinten concludeert dat geen sprake is van een heersende jurisprudentie en dat uit de rechtspraak niet af te leiden is welke positie een certificaathouder inneemt. Hij vervolgt zijn betoog met een inventarisatie van (enige) meningen in de literatuur, en constateert dat allerm minst eensgezindheid bestaat over het begrip “certificaat”. De meningen van de door hem aangehaalde auteurs vallen uiteen in twee visies: enerzijds dat het administratiekantoor (fiduciair) eigenaar van de gecertificeerde stukken is en anderzijds dat de certificaathouder de eigenaar is. Zelf benadert Van der Grinten het vraagstuk vanuit de positie van het administratiekantoor. Zijns inziens is dit in veel gevallen meer dan een beheerder en ook meer dan een vertegenwoordiger; het heeft zelfstandig rechten ter zake van de aandelen. Kennelijk is deze stelling in de literatuur van dat moment onomstreden. Het administratiekantoor is bovendien niet zelden eigenaar van de gecertificeerde aandelen; deze staan op diens naam. Daarnaast kan men in ogenschouw nemen wat er gebeurt bij certificering: het administratiekantoor is eigenaar van aandelen en geeft daartegenover certificaten uit. Een levering van deze aandelen aan de certificaathouder vindt niet plaats, zodat er geen grond is om de certificaathouder als eigenaar van deze aandelen te zien. Dit argument wordt mijns inziens nog sterker indien de certificaathouder het certificaat verkrijgt in ruil voor aandelen die eerst op zijn naam stonden, maar aan het administratiekantoor worden overgedragen.¹¹⁷ De dubbele eigendom die sommigen aannemen, waarbij de certificaathouder eigenaar is en het administratiekantoor fiduciair eigenaar, past naar de mening van Van der Grinten niet in het Nederlandse rechtssysteem. Ten slotte merkt hij op dat de certificaten niet tegenover specifieke aandelen staan. Van der Grinten concludeert derhalve dat de certificaathouders niet meer dan een persoonlijk recht jegens het administratiekantoor hebben. Desalniettemin staat hij een sterkere dan obligatoire positie voor de certificaathouder voor, in die zin dat hij het onbillijk acht dat crediteuren van het administratiekantoor zich kunnen verhalen op aandelen die het administratiekantoor economisch niet toebehoren. De aandelen vallen zijns inziens wel

115 Zie voor kritiek op dit oordeel Booy, dissertatie 1935, pagina 160. Evenzo Van der Grinten, De NV 1939, pagina 263.

116 HR 18 december 1933, ECLI:NL:HR:1933:28, NJ 1934, pagina 524.

117 Van der Grinten noemt deze mogelijkheid zelf ook op pagina 296 – 297 en geeft daarbij aan van mening te zijn dat het administratiekantoor, dat aandelen in administratie neemt en daar tegenover certificaten uitgeeft, de eigendom van het aandeel overneemt.

in het faillissement van het administratiekantoor, maar hij wil de certificaathouder de positie van separatist geven op grond van het feit dat die de economisch belanghebbende bij de gecertificeerde aandelen is. Buiten faillissement wil hij verhaal door crediteuren afweren met een beroep op misbruik van recht. Samenvattend ziet hij het recht van de certificaathouder als een persoonlijk recht met een bijzondere zekerheid, en de certificaathouder als economisch eigenaar, terwijl het administratiekantoor fiduciair eigenaar van het gecertificeerde aandeel is. “Fiduciair” houdt in deze context in dat geen sprake is van zakenrechtelijke beperkingen van het eigendomsrecht.

Houben gaat eveneens in zijn dissertatie in op de achtergrond en vormen van certificering, alsmede op de rechtspositie van de certificaathouder. Hij signaleert zeven doelstellingen van certificering:¹¹⁸

- vergemakkelijken van beleggingen, doordat gekozen kon worden voor de meest gewilde coupure;
- omzetten van een aandeel op naam in een toonder-effect, dat gemakkelijker verhandelbaar is;
- concentratie van het stemrecht;
- uitoefening van de rechten van en inning van baten ten behoeve van de certificaathouders door het administratiekantoor;
- uitgifte van Nederlandse certificaten voor buitenlandse certificaten uitgegeven tegenover buitenlandse aandelen (in hoeverre dit een separaat doel is, kan men zich afvragen);
- verlenging van de gebruikelijke verkorte verjaringstermijn van vijf jaar, doordat deze niet geldt voor coupons en talons van certificaten; en
- bereiken van een beursnotering zonder dat de aandelen in ongewenste handen konden komen.

Deze doelstellingen hangen alle nog samen met het certificaat in zijn hoedanigheid van effect. Andere vormen van certificering waren op dit moment kennelijk nog niet gebruikelijk.

Vervolgens buigt Houben zich over de rechtspositie van de certificaathouder. Interessant is in dit verband zijn referentie aan een auteur, die opmerkt dat de vraag, of de certificaathouder eigenaar is van de onderliggende waarden, al meer dan

118 Houben, dissertatie 1942, pagina 55.

driekwart eeuw het onderwerp is van zeer diepgaande studies en beschouwingen, zonder dat dit tot een positief resultaat heeft geleid.¹¹⁹ Ook hierna is er nog geruime tijd overheen gegaan voordat de heersende leer werd dat de certificaathouder slechts een obligatoir recht heeft. Houben geeft een zeer uitgebreide weergave van de meningen van een groot aantal verschillende schrijvers op dit punt,¹²⁰ alsmede van de (beperkte) relevante jurisprudentie.¹²¹ Zelf is hij van mening dat de certificaathouder, en niet het administratiekantoor, de eigenaar van de gecertificeerde originele waarden is.¹²²

Ook Scholten gaat in op de rechtsverhouding tussen administratiekantoor en certificaathouder.¹²³ Hij merkt op dat onder auteurs een heersende leer ontstaat ter zake van de aard van deze rechtsverhouding, waarbij interessant is om op te merken dat de inmiddels gangbare mening in de literatuur kennelijk niet gedeeld werd door de leden van de Vereniging voor Effectenbeheer, oftewel van degenen die leiding gaven aan een administratiekantoor of in certificaten handelden. Scholten beschrijft een administratiekantoor als een aparte NV, met als uitsluitend doel het uitgeven van certificaten tegenover originele waarden, alsmede de daarmee verband houdende handelingen. De standaardcertificering was op dit moment de uitgifte van toondercertificaten tegenover originele aandelen.¹²⁴ In de administratievoorwaarden zijn allerlei waarborgen voor de certificaathouder neergelegd, zoals de bepaling dat het administratiekantoor slechts met medewerking van een “derde” (meestal een notaris) over de gecertificeerde aandelen kan beschikken.

De rechtsvraag die hij vervolgens bespreekt, is wie eigenaar is van de gecertificeerde aandelen: het administratiekantoor of de certificaathouder. De jurisprudentie op dit punt heeft zich kennelijk niet ontwikkeld sinds het artikel van Van der Grinten in De NV uit 1939, aangezien Scholten de door Van der Grinten geciteerde uitspraken aanhaalt. De schaarse andere zaken over deze materie hebben niet geleid tot een uitspraak over dit eigendomsvraagstuk. Wel is er een fiscale uitspraak waarin wordt uitgegaan van het administratiekantoor als eigenaar van de aandelen.¹²⁵ Voorts merkt Scholten op dat hoewel enkele jaren eerder de voor- en tegenstanders van het standpunt, dat het administratiekantoor eigenaar van de onderliggende aandelen is, elkaar in evenwicht hielden, er nu een belangrijke meerderheid is van de aanhangers van dit standpunt. Ook Scholten zelf behoort hiertoe, op basis van mijns inziens overtuigende argumenten. Dit impliceert dat in de periode tussen het proefschrift van Houben (1942) en het artikel van Scholten (1958) sprake is van een omslag in de wijze waarop de aard van de

119 Houben, dissertatie 1942, pagina 66 – 67.

120 Houben, dissertatie 1942, paragraaf II.1.

121 Houben, dissertatie 1942, paragraaf II.2.

122 Houben, dissertatie 1942, paragraaf II.3 – II.4.

123 Y. Scholten, Administratiekantoor en certificaathouder, WPNR 1958/4557 – 4559.

124 Booy beschrijft reeds dat de Grootboekwet van 1913 de uitgifte van Grootboekcertificaten zo goed als overbodig heeft gemaakt (dissertatie 1935, pagina 162).

125 Hof Amsterdam 25 juni 1957, te kennen uit HR 22 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AY1846, BNB 1958/86.

rechtsverhouding certificering gezien werd, waarbij de mening dat de certificaathouder slechts een vorderingsrecht heeft aan invloed heeft gewonnen.

Het toepassingsbereik van certificering heeft zich voorts in deze periode verder verruimd, aangezien Treurniet¹²⁶ in zijn preadvies refereert aan de volgende motieven voor certificering van aandelen: (a) het verkleinen van coupures, (b) het beschermen van de vennootschap tegen overvallen en (c) bij besloten vennootschappen het voorkomen van twisten tussen de erfgenamen van de aandeelhouder. Hier verschijnt dus een toepassing van certificering in de familiesfeer op het toneel. In dit verband noemt Treurniet ook dat certificering kan zien op iedere situatie waarin een vermogensbestanddeel juridisch toebehoort aan de één, maar economisch aan de ander, waarbij aan de laatste bewijzen zijn uitgereikt, zij het aan toonder of op naam.¹²⁷

In hetzelfde preadvies wordt bovendien door Van der Grinten ingegaan op de certificering van onroerend goed.¹²⁸ Hij noemt als oudste vorm van certificering het Grootboekcertificaat.¹²⁹ Certificering van onroerend goed is in zijn ogen het jongste type van certificering, hetwelk voor zover hem bekend voor het eerst heeft plaatsgevonden door de NV Nationale Grondtrustee Amsterdam, welke was opgericht in 1929. Een sterkere opkomst van onroerend goedfondsen kwam echter kennelijk pas begin jaren zestig, mede ingegeven door de omstandigheid dat participaties hierin fiscaal gunstig behandeld werden.¹³⁰ Van der Grinten gaat vervolgens uitgebreid in op de verschillende onroerendgoedfondsen die er op dat moment waren en de wijze waarop die de rechtsverhouding tussen de verschillende betrokkenen hebben ingericht. Een gemene deler is dat bij deze onroerend goedcertificering de rechtshouding niet in tweeën uiteen valt, maar in drieën: economische eigendom (certificaathouder), juridische eigendom (bewaarder) en beheer (beheerder).¹³¹ Interessant is ten slotte de constatering van Van der Grinten, dat in het buitenland niet of nauwelijks figuren voorkomen, die vergelijkbaar zijn met de door hem beschreven onroerendgoedfondsen waarbij certificaten tegenover het onroerend goed worden uitgegeven. Hij heeft gekeken naar België, Duitsland, Engeland, Frankrijk en Zwitserland. Van deze landen kwam in België en Engeland geheel geen vergelijkbare figuur voor. In Frankrijk werd gewerkt met aandelen in een (fiscaal gefaciliteerde) vastgoedvennootschap, een Société Immobilière d'Investissement. Zwitserland kende wel onroerendgoedfondsen die uiterlijk op de Nederlandse leken, maar waarbij de rechtsverhoudingen tussen de betrokkenen kennelijk toch behoorlijk afweken van die bij de betrokkenen bij een

126 W.C. Treurniet, Certificering van onroerend goed, preadvies KNB 1964, paragraaf 26.

127 Treurniet, preadvies 1964, paragraaf 27.

128 W.C.L. van der Grinten, Certificering van onroerend goed, preadvies KNB 1964.

129 Zie echter o.a. Booy, dissertatie 1935, pagina 148, waar die opmerkt dat reeds twintig jaar voor invoering van de Grootboekwet 1809 instellingen bestonden die zich met de administratie van aandelen bezighielden.

130 Van der Grinten, preadvies 1964, paragrafen 1 en 2.

131 Van der Grinten, preadvies 1964, paragraaf 4. Zie voorts paragraaf 13.

Nederlands onroerendgoedfonds met certificaten. Met betrekking tot Duitsland merkt Van der Grinten op dat hier geen onroerend goed gecertificeerd werd, maar wel aandelen in onroerendgoedvennootschappen, oftewel een figuur vergelijkbaar met de certificering van aandelen.¹³² Dit impliceert dat de rechtsfiguur certificering redelijk uniek is voor Nederland, hoewel het rechtsvergelijkend onderzoek beperkt is in zowel de landen waarmee een vergelijking wordt gemaakt, als in de aard van het te certificeren vermogen. Van den Ingh constateert in zijn dissertatie dat de rechtsfiguur certificering in andere West-Europese landen ontbreekt.¹³³

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme merkt eveneens op dat certificering sinds de jaren '50 van de vorige eeuw ook veelvuldig voorkomt bij besloten (familiale) vennootschappen, veelal met als doel om de stabiliteit van de besluitvorming in de algemene vergadering en daarmee de continuïteit van de vennootschap en haar onderneming te bevorderen, waarbij erfrechtelijke of huwelijksvermogensrechtelijke overwegingen een rol kunnen spelen. Een voorbeeld hiervan is de casus in het Drukker-arrest¹³⁴, welke zaak betrekking had op een erfgenaam die opkwam tegen de certificering door de erflater van de aandelen in diens vennootschap (welke plaatsvond in 1968), onder andere met een beroep op de omstandigheid dat de aandelen niet rechtsgeldig aan de STAK zouden zijn overgedragen, alsmede op strijd met de legitieme portie.

Van den Ingh geeft ten slotte (in de context van de certificering van BV-aandelen) aan dat in latere jaren een verzameling van andere motieven voor certificering is aan te wijzen, die gemeen hebben dat men, anders dan voorheen, gebruik ging maken van de scheiding die een certificering in materiële zin tot stand brengt tussen twee groepen van rechten die aan een aandeel zijn verbonden, namelijk de zeggenschapsrechten (stemrecht, andere vergaderrechten en recht op informatie) en de vermogensrechten (recht op aandeel in (liquidatie)winst, voorkeursrecht bij uitgifte aandelen en reflectierecht in verband met blokkeringsregeling).¹³⁵

7.2.2 Beschouwing

Er bestond in oudere literatuur een stroming die de certificaathouder als eigenaar van de onderliggende stukken zag c.q. wilde zien. Dit is wellicht verklaarbaar vanuit de achtergrond van het certificaat als effect en de behoefte om de certificaathouder vanuit dat perspectief de zekerheid te willen verschaffen dat zijn belegging niet verloren zou gaan, ook niet in geval van deconfiture van het administratiekantoor. Sommige auteurs zagen daarbij de (wettelijke) mogelijkheid om de certificaten te

132 Van der Grinten, preadvies 1964, paragraaf 36.

133 F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap*, Kluwer Deventer 1991, pagina 2.

134 HR 1 juli 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB7695, NJ 1989, 226 (Drukker), nader besproken in paragraaf 7.14.3.

135 Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 29.

royeren¹³⁶ als omstandigheid die ertoe leidde dat de certificaathouder rechthebbende van het gecertificeerde goed was. Ook die auteurs echter, die het administratiekantoor als eigenaar van de gecertificeerde aandelen, effecten, etc. zagen, dachten veelal de certificaathouder wel een sterkere positie toe, of wilden hem deze toedenken, dan die van concurrent crediteur. Dit uitte zich bijvoorbeeld in het aannemen van een positie van de certificaathouder als separatist, of het veronderstellen van een onrechtmatige daad indien een crediteur, die bekend was met de certificering, desalniettemin de gecertificeerde goederen onder het administratiekantoor zou uitwinnen.¹³⁷ In dit beeld past bovendien dat certificaten in eerste instantie veelal royeerbaar waren (althans indien de houder zoveel certificaten had als tegenover één gecertificeerd aandeel, etc., stonden), in het geval van Grootboekcertificaten op een gegeven moment op grond van een wettelijke regeling. Beperkingen in de royeerbaarheid worden immers met name relevant indien de certificering tot doel heeft om de certificaathouder de zeggenschap over het gecertificeerde goed te onthouden en niet zozeer indien het doel is om een beleggingsobject op een publieksvriendelijke manier aan te bieden.

Desondanks, veronderstellenderwijs vanwege blijvende onzekerheid over de positie van de certificaathouder, werden certificaten die aan de beurs genoteerd waren omgeven met waarborgen om de certificaathouder te beschermen, zoals de eis dat het doel van het administratiekantoor in een dergelijk geval beperkt moest zijn tot het “uitgeven van certificaten tegen originele waarden en het verrichten van handelingen, welke daarmee onmiddellijk verband houden, het uitoefenen van het aan de originele waarden verbonden stemrecht en van andere werkzaamheden van administratieve aard, terwijl elke bedrijfsuitoefening, welke commercieel risico voor het A.K. kan medebrengen, moet zijn uitgesloten”¹³⁸. Gaandeweg heeft echter de, thans gemeengoed geworden, mening dat de certificaathouder slechts een vorderingsrecht heeft jegens het administratiekantoor¹³⁹, de overhand gekregen.

Certificering vindt zijn oorsprong in de wens om de participatie in beleggingen mogelijk te maken voor een breder publiek. In de loop der tijd heeft certificering zich ontwikkeld, zowel binnen haar functie als beleggingsinstrument, doordat steeds meer soorten goederen voorwerp werden van certificering, zoals onroerende zaken, als door een toename in de verschillende doeleinden waarvoor certificering gebruikt werd. Naast haar functie van het faciliteren van beleggen is certificering gebruikt om

136 Zoals geregeld in de Grootboekwet 1913.

137 Zie bijvoorbeeld Van der Grinten, De NV 1939, pagina 296.

138 Eén van de voorwaarden van de Vereeniging voor den Effectenhandel te Amsterdam, zie bijvoorbeeld Houben, dissertatie 1942, pagina 36 – 37.

139 Zie C.Æ. Uniken Venema en S.E. Eisma, Eigendom ten titel van beheer naar komend recht, preadvies van de Vereeniging Handelsrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1990, pagina 52, alsmede het op pagina 64 geciteerde rapport van de Commissie-Hellema; voorts R.P. Voogd, Certificering, in: Vennootschapsrecht in EG-perspectief, Kluwer Deventer 1993, pagina 24. De wetgever hanteert voorts bij de toelichting op artikel 3:259 BW ook het uitgangspunt dat het administratiekantoor de eigenaar van het gecertificeerde vermogen is, zie Parlementaire geschiedenis BW boek 3, pagina 569.

zeggenschap over en economisch belang bij goederen van elkaar te scheiden, waaronder in familieverhoudingen Certificering met als doel vermogensbeheer is echter van een veel latere datum dan het ontstaan van de figuur certificering als zodanig. De oudste mij bekende vorm in dat verband is de certificering van aandelen in familievennootschappen, die is opgekomen in de jaren '50 van de vorige eeuw. De ontwikkeling dat certificering gebruikt wordt om allerlei soorten goederen te beschermen dan wel bijeen te houden, is voor zover ik kan beoordelen zelfs pas van vrij recente datum.¹⁴⁰ Over deze mogelijkheid wordt in elk geval pas sinds rond de eeuwwisseling met enige frequentie gepubliceerd¹⁴¹ en sindsdien is dit een veelvuldig toegepast instrument geworden. Vanuit het perspectief van deze toepassing zal ik in de hiernavolgende paragrafen de verschillende aspecten van certificering nader onderzoeken.

7.3 Definitie van certificering

Certificering is een flexibele rechtsfiguur, die in vele verschillende gedaanten kan voorkomen. Dat maakt haar ook moeilijker in een eenduidige definitie te vangen.¹⁴² De essentiële kenmerken van certificering zijn de volgende:

- de (aspirant)certificaathouder draagt goederen¹⁴³ over aan de STAK;
- in ruil voor deze goederen reikt de STAK certificaten uit aan de certificaathouder;¹⁴⁴
- de STAK is aldus juridisch gerechtigd tot het gecertificeerde vermogen geworden, maar zij houdt dit vermogen ten titel van beheer;
- de certificaathouder is (slechts nog) in economische zin gerechtigd tot de gecertificeerde goederen, alsmede de opbrengsten daaruit.

De aldus gerealiseerde splitsing tussen juridische gerechtigdheid (zeggenschap) en economisch belang is daarbij mijns inziens de kern van certificering.

140 Evenzo Vegter in F.W.J.M. Schols, K. Blankman en J.B. Vegter, Bewind en aan bewind verwante vormen, preadvies KNB, Koninklijke Vermande Lelystad 2004, paragraaf 4.1.

141 Zie bijvoorbeeld R.J.C. van Helden, De certificering van een Rembrandt, oftewel hoe het onaantastbare beheer te houden over geschonken zaken, KWEP 1997/3, H.W.P.M. Peeters en W. Burgerhart, Gecertificeerd schenken. Het cadeau moet ingepakt blijven!, FTV 2001/12 en W. Burgerhart, Certificering en legitieme portie; slikken of stikken?, FTV 2003/2.

142 Vergelijk ook Eisma, preadvies 1990, pagina 54, die opmerkt dat het geven van een sluitende, algemeen geldende definitie van certificaten van aandelen niet mogelijk is.

143 In het algemeen kan een onderscheid gemaakt worden tussen certificering tegen goederen en certificering tegen contanten, zie paragraaf 7.4. In beide gevallen is het evenwel zo dat goederen overgedragen worden aan de STAK.

144 Al dan niet als fysiek stuk; veelal zal slechts sprake zijn van opname van de certificaathouder in een register van certificaathouders.

Ieder overdraagbaar goed kan voorwerp zijn van certificering.¹⁴⁵ De nuance van iedere specifieke certificering, zoals het doel, maar ook de (neven)rechten en verplichtingen van de certificaathouders, worden per geval nader ingevuld in de statuten van de STAK en de administratievoorwaarden. Gezien de tussen de STAK en de certificaathouder gesloten beheersovereenkomst, zal de STAK haar eigendomsrecht in elk geval mede in het belang van de certificaathouder moeten uitoefenen.¹⁴⁶

De wet geeft geen omschrijving van certificering, maar in de parlementaire geschiedenis van de geschillenregeling heeft de Minister van Justitie hierover het volgende gezegd:

*Certificering is een constructie waarvan [...] de materiële inhoud eindeloos kan variëren. Het lijkt niet goed mogelijk daarvoor in de wet een deugdelijk kader te scheppen.*¹⁴⁷

In de literatuur zijn uiteraard in de loop der tijd verschillende definities van certificering gegeven; ik ben bekend met definities van Van der Grinten¹⁴⁸, Treurniet¹⁴⁹, Van den Ingh¹⁵⁰, Van Helden¹⁵¹, Lentze en Kroon¹⁵², Heering¹⁵³, Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme¹⁵⁴, Stein¹⁵⁵, Van Steensel¹⁵⁶ en Oosterhoff¹⁵⁷.

In de meeste van deze omschrijvingen komen de genoemde elementen van certificering terug, zij het dat in mijn ogen bij sommige een wat sterke focus ligt op bijvoorbeeld de vormen die het certificaat kan aannemen.

Zelf zou ik, in aanmerking nemend dat de kern van certificering de splitsing tussen juridische gerechtigdheid en economisch belang is, de volgende definitie van certificering willen geven:

145 Specifieke omstandigheden, zoals een blokkeringsregeling, kunnen uiteraard nog wel aan daadwerkelijke certificering in een specifiek geval in de weg staan.

146 Afhankelijk van het doel van de certificering kunnen er ook andere belangen zijn die gediend moeten worden en die onder omstandigheden ook zwaarder kunnen wegen dan die van de certificaathouder, zie paragraaf 7.8.2.

147 Kamerstukken II, vergaderjaar 1984/1985, 18 905, nr. 3, pagina 15.

148 Van der Grinten, preadvies 1964, pagina 7.

149 Treurniet, preadvies 1964, pagina 86 – 87.

150 Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 18.

151 Van Helden, KWEP 1997/3, pagina 11.

152 I.I. Lentze en A. Kroon, Doelvermogens in de estate planning, S&V 2002/1, pagina 11.

153 A.D.G. Heering, De Stichting Administratiekantoor als Familiestichting, FTV 2005/9, paragraaf 2.

154 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/658.

155 P.A. Stein, GS Vermogensrecht, artikel 3:259 BW, aantekening 2.2.

156 M.A.M. van Steensel, Handboek Stichtingen Vereniging (red. J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman), Uitgeverij Paris Zutphen 2015, pagina 441.

157 G.P. Oosterhoff, Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang, Wolters Kluwer Deventer, dissertatie 2017, pagina 116. Hierbij is interessant om op te merken dat in zijn visie ook sprake kan zijn van certificering indien slechts een deel van de uitkeringen op het gecertificeerde goed (maar kennelijk wel alle waardemutaties) voor rekening en risico van de certificaathouder komen

Certificering is de overeenkomst die als rechtsgevolg heeft dat goederen juridisch toekomen aan de een, terwijl deze de goederen ten titel van beheer houdt voor rekening en risico van de ander (ten bewijze waarvan de juridisch gerechtigde certificaten heeft uitgegeven).

7.4 Totstandkoming van certificering

Vooropgesteld zij dat in beginsel ieder goed, dat overdraagbaar is, gecertificeerd kan worden.¹⁵⁸ De wijze waarop de STAK het te certificeren vermogen verkrijgt, kan echter verschillen. Een eerste mogelijkheid is overdracht van dit vermogen door de (aspirant) certificaathouder aan de STAK, waarop de STAK de certificaten uitgeeft. De STAK verkrijgt deze goederen dan krachtens overdracht ten titel van beheer. Men zou dit certificering tegen goederen kunnen noemen.¹⁵⁹ Het is echter ook mogelijk dat sprake is van certificering tegen contanten: de STAK verkrijgt geen goederen van de (aspirant)certificaathouder, maar een geldbedrag. Dit gebruikt de STAK om het beoogde te certificeren vermogen te verwerven van een derde, bijvoorbeeld door koop, maar storting op nieuw uit te geven aandelen is ook denkbaar.¹⁶⁰ Ten slotte is er de, mijns inziens meer theoretische variant, dat de STAK het te certificeren vermogen reeds in volle eigendom bezit en daartegenover certificaten uitgeeft (tegen betaling).¹⁶¹

Bij certificering in de familiale sfeer zal doorgaans sprake zijn van certificering tegen goederen, omdat de insteller naar ik aanneem met name de behoefte zal hebben om reeds in zijn bezit zijnd vermogen te certificeren.

7.5 Rechtskarakter van certificering

Certificering is kort gezegd een overeenkomst, waarbij de ene partij een goed overdraagt aan de andere partij ten titel van beheer, waartegen de beheerder certificaten uitreikt. De beheerder is doorgaans een stichting.¹⁶² Deze STAK is juridisch eigenaar van de desbetreffende goederen, maar houdt deze voor rekening en risico van de certificaathouder, welke in economische zin gerechtigd is tot de goederen. De STAK dient

158 In specifieke gevallen kunnen er wel andersoortige beperkingen zijn, zoals een blokkeringsregeling die aan de certificering van aandelen in de weg staat.

159 Terminologie ontleend aan Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 17, die spreekt van certificering tegen aandelen en certificering tegen contanten.

160 Dit betekent dat de titel waaronder de STAK de gecertificeerde goederen verkrijgt een andere is, bijvoorbeeld koop. Het praktische belang daarvan lijkt mij overigens beperkt, in aanmerking nemend dat een overdracht ten titel van beheer in beginsel niet in strijd komt met artikel 3:84 lid 3 BW (zie paragraaf 7.6), noch aantastbaar is op grond van de legitieme portie (zie paragraaf 7.14).

161 Vergelijk Eisma, preadvies 1990, pagina 51, die dit een soort van inversie van eigendom noemt. Men zou hier een zekere parallel kunnen zien met het creëren van een trust door middel van een declaration of trust (zie paragraaf 8.2.3.5).

162 Deze stichting heet doorgaans 'Stichting Administratiekantoor ...'. Eenvoudshalve duid ik het administratiekantoor derhalve in beginsel aan als STAK. Het is overigens niet noodzakelijk dat het administratiekantoor een stichting is, zie nader paragraaf 7.8.1.

haar eigendomsrecht in beginsel¹⁶³ uit te oefenen in het belang van de certificaathouder. Het certificaat belichaamt hierbij het vorderingsrecht dat de certificaathouder te dier zake heeft op de STAK, welk vorderingsrecht voortvloeit uit de tussen hen geldende beheersovereenkomst (waarvan onder andere de administratievoorwaarden deel uitmaken).¹⁶⁴ Aangezien certificering een niet in de wet geregelde overeenkomst betreft, kan deze in belangrijke mate worden vormgegeven door partijen in hun administratievoorwaarden. Waar het gaat om het langdurig in stand houden van de certificering, kunnen hierin bijvoorbeeld afspraken worden vastgelegd die de royeerbaarheid van de certificaten en mogelijkheid tot decertificering¹⁶⁵ beperken.

Certificering is een wederkerige overeenkomst. Aan de ene kant is er de verplichting zijdens de (beoogde) certificaathouder om goederen over te dragen ten titel van beheer, aan de andere kant is er de voortdurende verplichting van de STAK om deze goederen voor rekening en risico van de certificaathouder te beheeren en de opbrengsten daarvan aan de certificaathouder te doen toekomen.¹⁶⁶ De STAK is na overdracht van de goederen eigenaar en bezitter hiervan, maar zij hoeft niet tevens de houder te zijn. Indien gebruiksgoederen gecertificeerd worden en er slechts een of enkele certificaathouders zijn, dan kunnen deze goederen in de macht van de certificaathouder blijven, zodat deze er gebruik van kan (blijven) maken. Een voorbeeld is het gecertificeerde schilderij, dat bij de certificaathouder aan de muur blijft hangen.

Certificering is voorts een rechtsfiguur waaraan veel gerefereerd wordt, maar die relatief weinig gedefinieerd wordt. In de literatuur bestaan ook verschillende opvattingen over wat voor soort overeenkomst certificering precies is. Sommige auteurs zijn van mening dat er sprake is van een overeenkomst *sui generis*, terwijl anderen bijvoorbeeld verdedigen dat er sprake zou zijn van een overeenkomst van opdracht of een vergelijking maken met een bewind. In het navolgende wordt ingegaan op verschillende in de wet geregelde figuren, zoals de overeenkomst van opdracht en de maatschap, die parallellen met certificering vertonen en wordt onderzocht in hoeverre de wettelijke bepalingen die deze figuren regelen van toepassing kunnen zijn op certificering. De relevantie hiervan voor mijn onderzoek is onder meer dat, indien dergelijke wettelijke bepalingen ook zouden gelden voor certificering, dit kan betekenen dat de houder van niet- of beperkt royeerbare certificaten (aanvullende) mogelijkheden heeft tot het beëindigen van de

163 Het lijkt mij denkbaar dat een ander belang prevaleert, bijvoorbeeld in het geval dat de certificering (mede) ten doel heeft om de continuïteit van de onderneming van een vennootschap, waarvan de aandelen gecertificeerd zijn, te waarborgen. Een dergelijk (neven)doel kan dan mijns inziens onder omstandigheden zwaarder wegen dan het (bijvoorbeeld economische) belang van de certificaathouder. Zie nader paragraaf 7.8.2.

164 Zie bijvoorbeeld Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/661.

165 Onder decertificering versta ik het op welke wijze dan ook beëindigen van de beheersovereenkomst tussen de uitgever en houder van certificaten. De mate van royeerbaarheid bepaalt in hoeverre de certificaathouder bevoegd is om van het stichtingsbestuur te verlangen dat dit certificaten omwisselt tegen gedecertificeerde goederen (terminologie ontleend aan Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 78 en 82). Zie voorts hierover nader paragraaf 7.7.2.

166 Vergelijk ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/658.

certificering zonder medewerking van de STAK. Nadat ik ben ingegaan op de aard van de certificeringsovereenkomst, zal ik een definitie van certificering formuleren.

Certificering kan voor uiteenlopende doelen in het leven geroepen worden, zoals geïllustreerd door de historische beschrijving hiervoor. Mijn uitgangspunt is certificering in het kader van vermogensbescherming, oftewel certificering met als doel om de zeggenschap over en het economische belang bij vermogen duurzaam van elkaar te scheiden. Aangezien dit een doelstelling is die in beginsel speelt in familiecontext, zal ik hierna eenvoudshalve ook spreken van “familiale certificering”. De juridische kwalificatie waar de analyse in deze paragraaf betrekking op heeft, zal dan ook primair gemaakt worden tegen de achtergrond van de kenmerken die een dergelijke familiale certificering doorgaans heeft, of zelfs moet hebben, om een duurzame scheiding van zeggenschap en economisch belang te kunnen bewerkstelligen. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de reeds genoemde beperkingen in de royeerbaarheid van de certificaten.

7.5.1 Opdracht

De certificeringsovereenkomst zou allereerst gekwalificeerd kunnen worden als een overeenkomst van opdracht. Bij een overeenkomst van opdracht verbindt de opdrachtnemer zich jegens de opdrachtgever om, anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst, werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.¹⁶⁷ Een overeenkomst van opdracht is in beginsel te allen tijde opzegbaar door de opdrachtgever.¹⁶⁸ In bepaalde gevallen, te weten indien de opdrachtgever een persoon is die de opdracht heeft verstrekt anders dan in de uitoefening van een beroep op bedrijf, is deze bevoegdheid tot opzegging van dwingend recht.¹⁶⁹ Aangezien iemand die zijn vermogen certificeert in principe niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf zal handelen, betekent het kwalificeren van certificering als een overeenkomst van opdracht dat de certificaathouder zijn overeenkomst met de STAK te allen tijde kan opzeggen. De mogelijkheid om niet- of beperkt royeerbare certificaten uit te geven zou dan beperkt worden of zelfs uitgesloten zijn.¹⁷⁰ Voor de zekerheid van het langdurig kunnen voortbestaan van een certificering is derhalve nodig dat geen sprake is van een overeenkomst van opdracht.

¹⁶⁷ Artikel 7:400 lid 1 BW.

¹⁶⁸ Artikel 7:408 lid 1 BW.

¹⁶⁹ Artikel 7:413 lid 2 jo. 7:408 lid 3 BW.

¹⁷⁰ Afhankelijk van de wijze waarop de certificaten overgaan c.q. overgedragen worden van de oorspronkelijke certificaathouder of diens rechtsopvolger. In geval van cessie van het vorderingsrecht, dat belichaamd wordt door het certificaat, gaan niet de gehele rechtsverhouding over en blijft mijns inziens de bevoegdheid tot opzegging achter, zie paragraaf 7.7.3.1.

Over de kwalificatie van certificering in dit verband zijn de meningen in de literatuur verdeeld. Vegter komt bijvoorbeeld tot de (voorzichtige) conclusie dat de bepalingen van de overeenkomst van opdracht inderdaad ook gelden voor certificering. Vegter is van mening dat de omschrijving van de overeenkomst van opdracht zeer ruim is. De wetgever heeft hierbij gedacht aan overeenkomsten waarbij wordt afgesproken dat de opdrachtnemer “het belang van de opdrachtgever behartigt”. Zijns inziens is derhalve voldaan aan de juridische omschrijving van het begrip opdracht, indien een eigenaar vermogen overdraagt ten titel van beheer. Dit lijkt hem ook het geval bij opvolging door een verkrijging in de rechtspositie van de vorige certificaathouder krachtens schenking of erfrecht.¹⁷¹

Eisma is daarentegen van mening dat de overeenkomst tussen de certificaathouders en het administratiekantoor een overeenkomst van eigen aard is; deze is niet te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht. Hij baseert dit op de omstandigheid dat, ook al verbindt het administratiekantoor zich tot het verrichten van werkzaamheden zoals omschreven in (thans) artikel 7:400 lid 1 BW, de omvang en aard van de verplichtingen en bevoegdheden van het administratiekantoor van zodanig ruimere strekking zijn, dat het “verrichten van werkzaamheden” hier slechts een onderdeel van vormt. Voorts merkt Eisma op dat de wetgever, blijkens de parlementaire toelichting, bij de bepalingen inzake opdracht (en lastgeving) ook niet gedacht heeft aan certificering.¹⁷²

Voorts acht Schols de mening van Vegter, dat certificering een overeenkomst van opdracht is, verdedigbaar, maar voelt zelf meer voor de visie dat de omvang en aard van de verplichtingen en bevoegdheden van het administratiekantoor zodanig ruim zijn, dat het verrichten van werkzaamheden hier slechts een onderdeel van vormt.¹⁷³

Mijns inziens is geen sprake van een overeenkomst van opdracht. Toegegeven zij dat zowel de omschrijving in artikel 7:400 lid 1 BW zelf, “verrichten van werkzaamheden”, als de in de parlementaire toelichting gegeven voorbeelden een ruim toepassingsbereik suggereren:

In de toelichting worden onder meer genoemd overeenkomsten met een advocaat, een arts, een accountant, een repetitor, een makelaar, een veilinghouder of een kapper, bemiddeling bij aankoop van effecten, vermogensbeheer en het bestuurderschap van een vereniging of stichting. [...] Hierbij moet nog worden bedacht dat het niet slechts gaat om «persoonlijke» dienstverrichting, maar ook om talrijke vormen van dienstverrichting die door ondernemingen

171 Vegter, preadvies 2004, pagina 124 – 125.

172 Zie Eisma, preadvies 1990, pagina 81 – 82. In vergelijkbare zin Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/661 en Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 154, voetnoot 7

173 F.W.J.M. Schols, Certificering en het stemrechtloze aandeel als alternatief voor bewind, WNPR 2007/6737, pagina 14.

*jegens elkaar worden verricht: research-overeenkomsten, computer-opdrachtovereenkomsten (bijvoorbeeld loonadministratie), organisatie-opdrachten, engineeringscontracten, etc.*¹⁷⁴

en

Onder opdracht vallen overeenkomsten waarvan de door de ene partij verschuldigde prestatie van zeer uiteenlopende aard is. Men denke bij voorbeeld aan medische hulpverlening, aan bemiddeling bij aankoop van effecten, aan rechtskundige bijstand, aan vermogensbeheer, aan het bestuurschap van een vereniging of een stichting. Het gemeenschappelijke van deze prestaties is, dat zij dienstverlening in enigerlei vorm betreffen. [Onderstreping AEdL]¹⁷⁵

De overeenkomst van opdracht heeft derhalve betrekking op vormen van dienstverlening, die zeer uiteenlopend van aard kunnen zijn. Samenloop met bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst of de aannemingsovereenkomst wordt voorkomen door de negatieve onderdelen van de definitie opgenomen in artikel 7:400 lid 1 BW. Vraag is dan of de positie van een STAK bij een certificeringsovereenkomst gezien moet worden als een vorm van dienstverlening, als het verrichten van werkzaamheden, die binnen het bereik van deze bepaling valt.

Interessant is in dit verband het onderscheid gemaakt door Tjong Tjin Tai in vier typen dienstverlening binnen de overeenkomst van opdracht.¹⁷⁶ Hij verdeelt de opdracht in twee hoofdtypen, de op een persoon gerichte dienstverlening en de kant-en-klare dienst (pakketdienst) en vervolgens in vier subtypen:

- (a) Persoonsgerichte dienstverlening – het beroep: dit betreft het type dienstverlening waarbij de opdrachtnemer een grote mate van zelfstandigheid heeft bij het uitvoeren van de opdracht en de opdrachtgever slechts een beperkte mate van controle heeft over de wijze waarop de opdracht wordt uitgevoerd. Dit kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van een bijzondere deskundigheid van de opdrachtnemer. Bij dit type kan gedacht worden aan de diensten van een arts of een jurist. Veelal zal sprake zijn van een opdracht in vrij algemene termen en zal deze (mede) belangenbehartiging inhouden.
- (b) Persoonsgerichte dienstverlening – de dienaar: dit type betreft de huur van arbeid, waarbij de opdrachtnemer meer optreedt als verlengd werktuig van de

¹⁷⁴ Kamerstukken II, vergaderjaar 1982/1983, 17 779, nr. 3, pagina 3.

¹⁷⁵ W.H.M. Reehuis, E.E. Slob & C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6; boek 7, Bijzondere overeenkomsten*, titels 1, 7, 9 en 14, Kluwer Deventer 1991, pagina 306 – 307.

¹⁷⁶ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/21 – 28. Hij beschouwt deze indeling als uitputtend, zie nr. 28.

opdrachtgever. De opdrachtgever geeft instructies, waarbij de deskundigheid van de opdrachtnemer met name ziet op de nadere uitvoering daarvan.

- (c) De kant-en-klare dienst: hierbij is sprake van een “pakket” dat wordt aangeboden aan het publiek in het algemeen en waarvan de kenmerken reeds (grotendeels) vastliggen, zodat de mogelijkheden voor de opdrachtgever om hier nader vorm aan te geven beperkt zijn. Hierbij kan gedacht worden aan een cursus of een abonnement.
- (d) De collectieve kant-en-klare dienst: een pakketdienst die massaal wordt aangeboden en waarbij de benodigde werkzaamheden verricht worden ten behoeve van een grote hoeveelheid producten, zoals bij telecomdiensten of een beleggingsfonds, dat belegt ten behoeve van alle deelnemers tegelijk.

In het geval van certificering is de essentie van de overeenkomst mijns inziens dat de STAK optreedt als eigenaar ten titel van beheer en dat zij als zodanig haar eigenaarsbevoegdheden uitoefent ten behoeve van (in principe) de certificaathouder. Dit impliceert het verrichten van werkzaamheden dan wel rechtshandelingen in de uitvoering van deze functie. Dat betekent echter niet dat sprake is van dienstverlening op de wijze als waarop de parlementaire geschiedenis invulling geeft aan de overeenkomst van opdracht, zeker niet als men probeert om certificering in te passen in de indeling van Tjong Tjin Tai. Gezien de hoge mate van flexibiliteit, de vrijheid die het bestuur van de STAK doorgaans zal hebben en de mate waarin certificering is toegespitst op de specifieke situatie van de betrokkenen, zou certificering dan hoogstens in de categorie “beroep” kunnen vallen. Gezien de invulling die Tjong Tjin Tai aan deze categorie geeft, namelijk die van de vrije beroepsbeoefenaar, past certificering als geheel hier echter ook niet onder.

De certificeringsovereenkomst kan, mede afhankelijk van de aard van het gecertificeerde vermogen en de noodzakelijke beheershandelingen die dit met zich brengt, leiden tot werkzaamheden die op zichzelf beschouwd binnen het begrip “opdracht” vallen. Om daarmee de gehele overeenkomst als overeenkomst van opdracht te beschouwen, miskent naar mijn mening echter de essentie van de rechtsverhouding die voortvloeit uit certificering, alsmede dat deze veel meer inhoudt dan de separate handelingen die als opdracht gezien zouden kunnen worden. Ik onderschrijf dan ook de visie van Eisma, dat de aard en omvang van de bevoegdheden en verplichtingen van de STAK zodanig ruim zijn, dat eventuele verrichte werkzaamheden hier slechts een (ondergeschikt) onderdeel van uitmaken. Derhalve is mijns inziens bij certificering geen sprake van een overeenkomst van opdracht.

7.5.2 Lastgeving

In het verlengde van de vraag of certificering een overeenkomst van opdracht kan inhouden, kan de vraag rijzen of sprake is van lastgeving. Lastgeving is een species van de overeenkomst van opdracht, waarbij lasthebber zich verbindt om voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten, in eigen naam of in naam van de lastgever.¹⁷⁷ Indien certificering gekwalificeerd zou kunnen worden als overeenkomst van lastgeving, dan geldt ook hier een dwingendrechtelijke opzeggingsbevoegdheid, met een uitzondering voor zover de overeenkomst strekt tot het verrichten van rechtshandelingen in het belang van de lasthebber of een derde.¹⁷⁸

Het feit dat de lasthebber eigenaar is van de goederen waarop de lastgeving betrekking heeft, sluit lastgeving niet uit,¹⁷⁹ zodat dit aspect van certificering niet in de weg hoeft te staan aan de kwalificatie als overeenkomst van lastgeving. De kern van deze overeenkomst is echter de verplichting van de lasthebber om rechtshandelingen te verrichten.¹⁸⁰ Hoewel certificering met zich kan brengen dat de STAK rechtshandelingen verricht ten aanzien van het gecertificeerde vermogen en derhalve voor rekening van de certificaathouder, zal de beheersovereenkomst doorgaans niet gericht zijn op het verrichten van rechtshandelingen, maar op het beheer van de gecertificeerde goederen. In beginsel zal er dus geen sprake zijn van een overeenkomst van lastgeving, hoewel dit onder specifieke omstandigheden wellicht anders zou kunnen zijn.¹⁸¹

Uiteraard kan de vraag of sprake is van lastgeving slechts aan de orde komen, indien eerst geconcludeerd is dat sprake is van een overeenkomst van opdracht, aanzien lastgeving een bijzondere vorm van opdracht is. Omdat van een overeenkomst van opdracht geen sprake is, kan mijns inziens reeds om die reden geen sprake zijn van lastgeving.¹⁸²

177 Artikel 7:414 BW.

178 Artikel 7:422 lid 1 jo 7:408 BW. Voor het bepalen wanneer er een belang is van de lasthebber wordt door artikel 7:422 lid 2 BW verwezen naar artikel 3:74 BW, welk artikel betrekking heeft op de verlening en het wijzigen of buiten werking stellen van een onherroepelijke volmacht. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3:74 BW volgt dat niet kan worden aangenomen dat het genoemde belang van de STAK een belang is als bedoeld in artikel 3:74 BW, aangezien in die context vereist is dat de gevolmachtigde een belang heeft bij de te verrichten rechtshandeling als zodanig (Parlementaire geschiedenis BW boek 3, pagina 292). Aangezien bij certificering de STAK geen belang heeft bij de door haar verrichte rechtshandelingen, welke immers voor rekening van de certificaathouder verricht worden, kan die uitzondering zich dus in elk geval niet voordoen.

179 W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving*, Kluwer Deventer 1993, pagina 28. Hij merkt op dat lastgeving kan zien op goederen die economisch aan de lastgever toebehoren en juridisch aan de lasthebber.

180 Parlementaire Geschiedenis BW Inv. 3, 5 en 6; boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, pagina 307. Het incidenteel verrichten van rechtshandelingen is onvoldoende.

181 Vergelijk Vegter, *preadvies* 2004, pagina 125 – 126, alsmede P.J. Dortmond, Van der Heijden *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Kluwer Deventer 2013, paragraaf 197.

182 Evenzo bijvoorbeeld Eisma, *preadvies* 1990, pagina 81.

7.5.3 Overeenkomstige toepassing lastgevingsbepalingen

Zelfs als certificering niet te kwalificeren is als overeenkomst van lastgeving, zoals mijns inziens het geval is, dan is denkbaar dat de bepalingen die lastgeving regelen toch in meer of mindere mate van toepassing zijn op de beheersovereenkomst. De schakelbepaling van artikel 7:424 lid 1 BW bepaalt dat de lastgevingsbepalingen ook van toepassing zijn op andere overeenkomsten dan lastgeving, krachtens welke de ene partij verplicht of bevoegd is om voor rekening voor de andere partij rechtshandelingen te verrichten, althans voor zover de strekking van deze bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daar niet tegen verzet.

Vegter is van mening dat ook fiduciaire rechtsverhoudingen, zoals certificering, in beginsel onder deze omschrijving kunnen vallen, maar dat de schakelbepaling geen betekenis heeft ten aanzien van het beëindigen van de beheersovereenkomst. Als er sprake is van een andere overeenkomst dan een overeenkomst van opdracht, dan zal deze doorgaans zelf een bepaling bevatten die de beëindiging regelt. Deze bepaling zal prevaleren boven de schakelbepaling, omdat de aard van de certificeringsovereenkomst zich er tegen verzet dat de schakelbepaling wordt toegepast.¹⁸³

Deze conclusie onderschrijf ik. Indien de strekking van de certificering is dat deze duurzaam een scheiding aanbrengt tussen zeggenschap over de gecertificeerde goederen en het economische belang daarbij, doordat de certificaten niet-royeerbaar zijn, dan is het in strijd met de aard van deze overeenkomst om op basis van overeenkomstige toepassing van de lastgevingsbepalingen te voorzien in een mogelijkheid tot opzegging op een moment dat de certificeringsovereenkomst deze mogelijkheid expliciet uitsluit. De wetgever had met de schakelbepaling van artikel 7:424 bovendien met name het oog op artikelen 7:419 – 421 BW.¹⁸⁴

7.5.4 Bewind

Een andere vergelijking die gemaakt kan worden, is die tussen certificering en bewind. Een (testamenteir) bewind kan onder andere beëindigd worden op verzoek van de rechthebbende op de onderbewindgestelde goederen, als er vijf jaar zijn verstreken na het overlijden van de erflater en als aannemelijk is dat de rechthebbende de goederen zelf op verantwoorde wijze kan besturen.¹⁸⁵ Indien deze bepaling van toepassing is op certificering, ofwel omdat de certificering gezien moet worden als een bewind, ofwel omdat de bepalingen inzake bewind, inclusief artikel 4:178 lid 2 BW inzake de beëindiging op verzoek van de rechthebbende, analoog van toepassing geacht

183 Vegter, preadvies 2004, pagina 127.

184 Zie J.J. van Hees, Het einde van de last als gevolg van faillissement, in: Vertegenwoordiging en tussenpersonen, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1999, pagina 185.

185 Artikel (7:182 lid 2 jo.) 4:178 lid 2 BW, nader besproken in paragraaf 6.4.

moeten worden, dan is het langdurige voortbestaan van de certificering niet zeker. Bovendien impliceert het aanmerken van de certificering als een bewind dat bij verkrijging van de certificaten als erfgenaam sprake is van een inferieure making, waar daar bij een de verkrijging van een certificaat dat niet als bewind gezien wordt geen sprake van is.¹⁸⁶ De consequentie hiervan zou zijn dat een legitimaris zijn erfdeel bestaande uit certificaten kan verwerpen en een beroep kan doen op zijn legitieme portie, teneinde niet-gecertificeerd vermogen te verkrijgen.¹⁸⁷

De meningen in de literatuur ter zake van de verhouding tussen certificering en bewind lopen uiteen. Kraan refereert in dit verband aan het Drukker-arrest¹⁸⁸, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de certificering van aandelen in een besloten familievennootschap, waarbij de certificaten niet-royeerbaar waren, in zijn algemeenheid niet maatschappelijk onaanvaardbaar is. Hij meent dat deze uitspraak de mogelijkheid open laat dat een certificering, vanwege het doel hiervan, feitelijk gezien kan worden als een onderbewindstelling van vermogen. Zijns inziens is dit bijvoorbeeld het geval indien de continuïteit in het bestuur en de zelfstandigheid van de onderneming redelijkerwijs niet met de certificering kunnen worden gediend.¹⁸⁹

Onder meer Burgerhart¹⁹⁰, Schols¹⁹¹ en Stollenwerck¹⁹² zijn daarentegen van mening dat geen sprake is van een bewind, gezien de verschillen tussen bewind en certificering. Schols acht bovendien de omstandigheid dat certificering gebruikt zou kunnen worden met eenzelfde motief als een bewind onvoldoende reden om artikel 4:178 lid 2 BW analoog toe te passen bij certificering. Er is zijns inziens te veel verschil in juridische structuur tussen beide rechtsfiguren.

Vegter ten slotte ziet certificering niet zozeer als bewind, maar stelt zich wel de vraag in hoeverre de regeling van artikel 4:178 lid 2 BW, inzake de beëindiging van een testamentair bewind door de rechter op verzoek van de rechthebbende, van overeenkomstige toepassing kan zijn in geval van certificering. Hij beantwoordt deze vraag evenwel ontkennend. Vegter is van mening dat het in het algemeen mogelijk is om in het kader van schenking en erfrecht een verplichting of last tot het gedurende een bepaalde periode in stand laten van de certificering op te leggen. Dit in aanmerking nemend acht hij analoge toepassing van artikel 4:178 lid 2 BW niet verdedigbaar.¹⁹³

186 Artikel 4:72 sub a BW. Een verkrijging van een certificaat als legataris is hoe dan ook inferieur, omdat sprake is van een vorderingsrecht (zie artikel 4:73 lid 1 BW en voorts paragraaf 7.14.5).

187 Zie over de verhouding tussen certificering en legitieme portie paragraaf 7.14.

188 HR 1 juli 1988, NJ 1989/226, NJ 1989/226, nader besproken in paragraaf 7.14.3.

189 C.A. Kraan, Certificeren van vermogen, FTV 2007/26, paragraaf 3.2. Zie voorts M. van Olffen, Certificering van aandelen en de legitieme portie, Bedrijfsjuridische berichten 1989/20, pagina 238, die onder extreme omstandigheden nog wel een mogelijkheid ziet voor het aanmerken van certificering als een bewind.

190 Burgerhart, FTV 2003/2, paragraaf 4.1.

191 F.W.J.M. Schols, WPNR 2007/6737, pagina 12 – 14.

192 A.H.N. Stollenwerck, Rechtsvraag: Certificeren en bewind, FTV 2006/35.

193 Vegter, preadvies 2004, pagina 128.

Deze conclusie, dat de bepaling inzake de beëindiging van een bewind niet van overeenkomstige toepassing is op certificering, lijkt mij juist. In geval van een schenking, of welke andere overeenkomst dan ook, heeft de verkrijgende certificaathouder het certificaat aanvaard in de “staat” waarin dit zich bevindt, dus inclusief eventuele beperkingen ten aanzien van het beëindigen van de hierbij horende beheersovereenkomst. Het omzeilen van een dergelijke beperking door analoge toepassing van een bepaling die ziet op de situatie dat iemand geconfronteerd wordt met een bewind, terwijl hij geen (reële) keuze heeft gehad om dit al dan niet te aanvaarden, lijkt mij dan niet aan de orde, noch redelijk, behoudens uiteraard de situatie dat in feite sprake is van een bewind. In dat geval verklaart artikel 7:182 lid 2 BW de beëindigingsmogelijkheid van artikel 4:178 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing.

Hetzelfde geldt voor een verkrijging van niet-royeerbare certificaten krachtens erfrecht: de goederen die verwerven worden verkregen in de staat waarin deze zich bevinden, dus ook inclusief de daaraan verbonden voorwaarden en beperkingen.¹⁹⁴ Daarbij is een regeling getroffen voor de bescherming van de positie van legitimarissen, in de vorm van de legitieme portie en in dit verband in het bijzonder de inferieure makingen. De wetgever heeft in artikelen 4:72 en 4:73 BW bepaald welke verkrijgingen “straffeloos” door de legitimaris verworpen kunnen worden. Situaties die daarbuiten vallen, waaronder het geval van de legitimaris die als erfgenaam certificaten verkrijgt, dient de legitimaris zich te laten welgevalen. Ook in dit geval kan men natuurlijk een uitzondering zien voor de situatie waarin de facto sprake is van een bewind. Het is echter de vraag of daar bij certificering sprake van kan zijn.

De wetgever heeft welbewust geen definitie van bewind in de wet opgenomen. Een bewind wordt verondersteld voldoende gekend te worden uit zijn rechtsgevolgen.¹⁹⁵ Deze rechtsgevolgen houden in essentie in dat de rechthebbende op de onderbewindgestelde goederen het beheer ontnomen wordt. De rechthebbende wordt niet handelingsonbekwaam als gevolg van het bewind, maar kan in beginsel niet meer zelfstandig over de goederen beschikken.¹⁹⁶ Bij de beoordeling of sprake is van een bewind, prevaleert het materiële gezichtspunt: de wensen van de erflater ter zake van duur en bevoegdheden van de getroffen voorziening zijn beslissend. Indien deze stroken met de regeling van het bewind, is wezenlijk ook sprake van een bewind.¹⁹⁷

194 Verstappen merkt in dit verband op dat men pas erfgenaam wordt na het overlijden van de erflater. Daarvoor is er slechts sprake van een hoopvolle verwachting. Indien de erfgenaam niet krijgt waar hij op hoopte, wordt hem derhalve niets ontnomen (L.C.A. Verstappen, De stichting tot afwikkeling van een nalatenschap (I), WPNR 1996/6245, pagina 841). Of met de woorden van Lubbers: de aanspraken van legitimarissen vangen pas bij het overlijden aan. Wat de erflater nalaat en de vorm waarin hij dit nalaat, is niet voor juridische kritiek van de legitimaris vatbaar (A.G. Lubbers, Aandelencertificering en huwelijksgoederenrecht; erfrecht, De NV 60/12, pagina 225).

195 Parlementaire geschiedenis BW boek 3, pagina 468.

196 Handboek Erfrecht (2020), B.M.E.M. Schols, paragraaf XV.2.

197 Parlementaire Geschiedenis Vaststellingswet erfrecht, Van der Burght c.s., pagina 837.

Naar mijn mening is certificering echter niet materieel gelijk aan een bewind, vanwege een aantal essentiële verschillen tussen beide rechtsfiguren:

- (a) De goederenrechtelijke positie van de bij certificering betrokken partijen verschilt wezenlijk van die van de betrokkenen bij een bewind. In geval van bewind is de rechthebbende eigenaar van c.q. rechthebbende op de desbetreffende goederen, terwijl de certificaathouder slechts een vorderingsrecht heeft jegens de STAK en verder (behoudens bijzondere afspraken) op geen enkele wijze tot de gecertificeerde goederen gerechtigd is. De STAK, die bij een gelijkstelling van certificering met bewind de rol van bewindvoerder zou vervullen, is de (juridisch) rechthebbende, waar een bewindvoerder dat nooit zou kunnen zijn.¹⁹⁸
- (b) Het bewind is beperkt in zowel de wijze van instellen, hetgeen slechts bij testament of schenking kan geschieden, als het object, zijnde nagelaten, vermaakte of geschonken goederen. Certificering kan daarentegen op elk gewenst moment tot stand gebracht worden, doorgaans geschiedt dit reeds tijdens leven.¹⁹⁹ Bovendien kan ieder willekeurig goed, mits overdraagbaar, het object zijn van certificering.
- (c) Certificering is een wederkerige overeenkomst, waarbij de certificaten een vorderingsrecht belichamen, waarbij bij de totstandkoming de wil van beide partijen op de certificering gericht moet zijn. Bewind is daarentegen een “verband op goederen”²⁰⁰, dat geheel buiten de wil van de rechthebbende om ontstaat. Dit verband is er ook onafhankelijk van de persoon van de bewindvoerder en kan er ook zijn voordat deze aanvaard heeft, of indien deze niet aanvaardt of overlijdt, zodat er geen bewindvoerder is. Certificering zonder een administratiekantoor is evenwel niet denkbaar, die verhouding kan niet zelfstandig bestaan.
- (d) Certificering richt zich puur op de gecertificeerde goederen en heeft verder geen persoonlijk element. De certificering geldt tegenover iedereen en de wederpartij van de STAK is de rechthebbende op de certificaten, ongeacht wie dat is. Bewind daarentegen, hoewel dit een verband op goederen is, heeft een hele duidelijke persoonlijke component en is gericht op de persoon wiens goederen onder bewind gesteld zijn. Deze is ook de enige voor wie het bewind gevolgen heeft voor zijn beschikkingsbevoegdheid ter zake van de onderbewindgestelde goederen.

Gezien het voorgaande zijn naar mijn mening de verschillen tussen certificering en

198 Evenzo Burgerhart, FTV 2003, pagina 29, F.W.J.M. Schols, WPNR 2007/6737, pagina 13 en Stollenwerck FTV 2006/35.

199 Evenzo Burgerhart, FTV 2003, pagina 29, F.W.J.M. Schols, WPNR 2007/6737, pagina 13 en Stollenwerck FTV 2006/35.

200 Parlementaire geschiedenis BW boek 3, pagina 468.

bewind dermate fundamenteel en dermate groot, dat deze rechtsfiguren niet met elkaar gelijkgesteld kunnen worden. Voor deze conclusie is bovendien een bevestiging te vinden in het ontwerpartikel 3.6.2.7 lid 1 BW, dat luidde:

Wanneer iemand door het uitgeven van certificaten doet delen in de opbrengst van door hem op eigen naam verkregen aandelen of schuldvorderingen, ontstaat daardoor geen bewind, maar hebben de certificaathouders een vordering tot uitkering van het hun toegezegde tegen de uitgever van de certificaten. [Onderstreping AEdL]²⁰¹

In de ogen van de wetgever is certificering, althans in elk geval van aandelen en schuldvorderingen, dus geen bewind.

Gezien het voorgaande ben ik van mening dat certificering noch gekwalificeerd kan worden als een bewind, noch op grond van analoge toepassing van artikel 4:178 lid 2 BW beëindigd kan worden.

7.5.5 Maatschap

Ten slotte rijst de vraag of certificering kan leiden tot een maatschap tussen de certificaathouders. De relevantie hiervan is onder meer dat een maatschap op meerdere wijzen ontbonden kan worden.²⁰² Dit betreft: (i) verloop van de periode waarvoor de maatschap is aangegaan, (ii) tenietgaan van een goed of volbrengen van een handeling, waarvoor de maatschap is aangegaan, (iii) opzegging van een maat aan de andere maten of (iv) overlijden of faillissement van één van de maten of het van toepassing worden van de schuldsanering natuurlijke personen ten aanzien van een maat. Voorts kan de rechter de maatschap op vordering van een maat wegens gewichtige redenen ontbinden.²⁰³ Het van toepassing zijn van deze regeling kan er mogelijk toe leiden dat in een situatie van niet- of beperkt royeerbare certificaten de certificering eerder beëindigd wordt dan beoogd is door de insteller.

In het geval van certificering zijn van de genoemde beëindigingsgronden opzegging en overlijden van een certificaathouder het meest voor de hand liggend. Ontbinding door de rechter is ook denkbaar, maar aangezien dit gewichtige redenen vereist, zal een dergelijke situatie zich mijns inziens minder snel voordoen. Van deze mogelijkheden is de regeling voor ontbinding door de rechter van dwingend recht²⁰⁴, de mogelijkheid tot opzegging door een maat kan, al dan niet voor een bepaalde termijn, worden uitgesloten²⁰⁵, en ook

201 Parlementaire geschiedenis BW boek 3, pagina 567.

202 Artikel 7A:1683 BW.

203 Artikel 7A:1684 lid 1 BW.

204 Zie Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII, 2017/217.

205 Zie Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII, 2017/231.

voor de situatie van overlijden, faillissement van of het van toepassing worden van de wettelijke schuldsanering ten aanzien van een maat kan een andere voorziening getroffen worden²⁰⁶. In geval van beperkt of niet-royeerbare certificaten is mijns inziens sprake van een eigen regeling voor opzegging, zodat, als men al van mening zou zijn dat sprake is van een maatschap, de werking van artikel 7A:1683 ten 3° BW ook is beperkt of uitgesloten. Deze bepaling verruimt de mogelijkheden tot voortijdige beëindiging van de certificering dan niet. Ontbinding door de rechter kan evenwel niet worden uitgesloten. Ontbinding als gevolg van overlijden, faillissement of schuldsanering kan weliswaar wel worden uitgesloten, maar aannemend dat met de certificering geen maatschap is beoogd, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat rekening gehouden moet worden met de toepassing van artikel 7A:1683 ten 4° BW, zodat een dergelijke voorziening niet getroffen zal zijn. Voor de beoordeling in hoeverre certificering inderdaad leidt tot een duurzame scheiding van zeggenschap en economisch belang, is derhalve van belang of deze als maatschap kan kwalificeren of niet. Bovendien kan de kwalificatie als maatschap andere gevolgen met zich brengen, zoals de aansprakelijkheid van de maten voor gelijke delen.²⁰⁷

Voor een maatschap is vereist dat sprake is van (i) een overeenkomst, (ii) die strekt tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening (iii) tussen twee of meer personen (iv) gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel (v) door middel van inbreng van geld, goederen, arbeid of goodwill van die personen.²⁰⁸ Een overeenkomst die aan deze criteria voldoet, kwalificeert als maatschap, ook indien partijen hun overeenkomst niet als zodanig kwalificeren.²⁰⁹ De beoordeling of sprake is van een maatschap is derhalve een materiële. Een overeenkomst van maatschap is bovendien vormvrij.²¹⁰ In geval van certificering, waar meer dan één certificaathouder bij betrokken is, is in elk geval voldaan aan criteria (i) en (iii).²¹¹ Op de overige punten zal ik separaat ingaan.

206 Zie Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII, 2017/237.

207 Artikel 7A:1680. Daarbij zij aangetekend dat het hieruit voortvloeiende risico naar mijn mening doorgaans beperkt zal zijn: tenzij bijvoorbeeld de STAK de mogelijkheid heeft om additioneel vermogen te verwerven en daarvoor een schuld aan te gaan (waarvoor ook de certificaathouders dan aansprakelijk zijn), kan het vermogen van de STAK weliswaar nihil worden en de certificaten daarmee waardeloos, maar zullen de certificaathouders geen verplichting krijgen tot bijstorting. Zie in vergelijkbare zin met betrekking tot een beleggingsfonds J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht*, Kluwer Deventer, dissertatie 2008, pagina 328.

208 Zie artikel 7A:1655 BW, alsmede C. Kramer, *De maatschap en het fonds voor gemene rekening*, V&O 2012/4, pagina 61.

209 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII, 2017/28. Zie voorts de conclusie van A-G Niessen bij het hierna te bespreken arrest HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:340, BNB 2017/85.

210 De overeenkomst van maatschap is geregeld in de artikelen 7A: 1655 e.v. BW. Er worden geen eisen gesteld aan de vorm van de overeenkomst, ook niet dat deze schriftelijk wordt aangegaan. Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII, 2017/39.

211 Bij één certificaathouder kan men zich bovendien afvragen of de STAK zelf partij kan zijn bij een maatschapsovereenkomst met deze certificaathouder. Op de vraag of de STAK ook een maat kan zijn ga ik hierna in.

7.5.5.1 Samenwerking voor gemeenschappelijke rekening

Om te beginnen moet voor een maatschap sprake zijn van een samenwerking voor gemeenschappelijke rekening. Dit vereiste is in jurisprudentie nader ingevuld:

- Allereerst is er het Union II-arrest²¹². Deze zaak betrof een beleggingsfonds, dat was opgezet met twee NV's, waarvan er een als beheerder van het belegde vermogen fungeerde en de andere (het administratiekantoor) als bewaarder. Er waren participatiebewijzen uitgegeven, die elk recht gaven op een evenredig deel van het vermogen van het fonds. Dit is derhalve een situatie die in hoge mate vergelijkbaar is met certificering; de omstandigheid dat de functie van het administratiekantoor in casu verdeeld was over een separate beheerder en bewaarder is mijns inziens geen relevant verschil. Er was voorts sprake van een vergadering van participanten, waaraan bepaalde bevoegdheden waren toegekend. Dit betrof onder meer de bevoegdheid tot het benoemen en ontslaan van een toezichthouder (die de beheerder en bewaarder kon vervangen, alsmede het fonds kon ontbinden), alsmede wijziging van de fondsvoorwaarden.

Het geschil betrof de vraag of dit beleggingsfonds een maatschap was, aangezien in dat geval registratierecht verschuldigd zou zijn. De Hoge Raad oordeelt hierover als volgt:

dat hiervan uitgaande het Hof [...] had moeten oordelen dat door het toetreden van de participanten tot het fonds, door storting van gelden daarin tegen uitgifte van participaties en aanvaarding van de voorwaarden, als onder c van het middel omschreven²¹³, door iedere participant afzonderlijk, tussen hen een overeenkomst tot stand kwam, waarbij twee of meer personen zich verbonden om iets in gemeenschap te brengen met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te delen, en dus een maatschap als waarop art. 1655 BW het oog heeft;

dat toch voor het tot stand komen van zodanige overeenkomst niet vereist is dat de participaties zich rechtstreeks tot elkaar richten, doch voldoende is dat zij afzonderlijk hun wil tot deelneming in het gezamenlijk kapitaal onder de even vermelde voorwaarden kenbaar maken door het nemen van een participatie op de wijze als voor ieder fonds in de desbetreffende notariële akte voorzien; [Onderstreping AEdL]

In de ogen van de Hoge Raad kan de samenwerking derhalve ook impliciet worden

²¹² HR 10 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC8776, NJ 1968/134 of BNB 1968/81.

²¹³ Dit heeft betrekking op de hierboven weergegeven mate van zeggenschap van de participanten.

aangegaan. Wel is daarbij een zekere mate van inspraak c.q. bevoegdheden van de participanten van belang.

- Dit oordeel vindt navolging bij rechtbank Almelo²¹⁴, die in vergelijkbare bewoordingen een fonds voor gemene rekening aanmerkt als maatschap. De rechtbank acht daarbij van belang dat (i) alle participanten een bedrag hebben ingelegd, (ii) zij zich akkoord hebben verklaard met de inhoud van de statuten, (iii) er periodieke vergaderingen plaatsvinden tussen de participanten, (iv) de participanten beslissingsbevoegdheid hebben en (v) er sinds de oprichting van het fonds vergaderingen van participanten zijn belegd, waarin rekening en verantwoording is afgelegd.
- Met betrekking tot een casus inzake de vraag of een overeenkomst tussen samenwoners een maatschap kon zijn, sanctioneerde de Hoge Raad het oordeel van hof Amsterdam, dat een maatschapsovereenkomst vereist dat deze ertoe strekt dat partijen in actieve samenwerking in het economische verkeer door middel van hun inbreng voordeel behalen.²¹⁵
- In een zaak met betrekking tot een dierenartspraktijk oordeelde het hof op grond van de feiten en omstandigheden dat stilzwijgend een maatschap tot stand was gekomen. De volgende elementen van het oordeel van de Hoge Raad zijn in het onderhavige verband van belang:²¹⁶
 - o De totstandkoming van de maatschapsovereenkomst kan worden afgeleid uit de feiten en omstandigheden. Daarbij zijn de gedragingen en verklaringen van partijen van belang, alsmede wat partijen hier over en weer uit hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden. De wil tot het aangaan van een maatschap is daarmee geobjectiveerd.²¹⁷
 - o Het is mogelijk dat in eerste instantie sprake is van een andersoortige overeenkomst, bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht, die zich ontwikkelt en als gevolg van de gewijzigde omstandigheden overgaat in een overeenkomst van maatschap. De Hoge Raad stelt echter hoge eisen

214 Rechtbank Almelo 28 december 2005, ECLI:NL:RBALM:2005:AU9917, V-N 2006/29.29. De rechtbank lijkt daarbij overigens fondsen voor gemene rekening in het algemeen als maatschap aan te merken, hetgeen mijns inziens een te ruime interpretatie is. Per geval zal van de omstandigheden, waaronder de fondsvoorwaarden, afhangen of sprake kan zijn van een fonds. Evenzo Van der Velden, dissertatie 2008, pagina 308.

215 HR 8 juli 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC0445, NJ 1986/358.

216 HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876, NJ 2012/75.

217 Zie rechtsoverwegingen 3.6.2 en 3.6.3. Vergelijk ook de noot van P. van Schilfgaarde in NJ 2012/75, alsmede S.A. Stevens, Fondsen voor gemene rekening fiscaal geduid (I), WPNR 2017/7139, paragraaf 4.1.

aan het oordeel van de rechter dat sprake is van een dergelijke ontwikkeling van een overeenkomst tot een overeenkomst van maatschap.²¹⁸

- Ten slotte is sprake van een tweetal recente uitspraken met betrekking tot een scheepvaartfonds en de vraag of participanten daarin aanspraak konden maken op ondernemersfaciliteiten. Hiervoor was onder meer vereist dat een participant rechtstreeks verbonden moest worden voor de verbintenissen van de scheepvaartonderneming, hetgeen (onder andere) het geval zou zijn indien het fonds gekwalificeerd kon worden als maatschap. Hof Arnhem-Leeuwarden²¹⁹ oordeelde, onder verwijzing naar het hiervoor aangehaalde Union II-arrest, dat door het toetreden van de participanten tot het fonds een maatschapsovereenkomst tussen hen tot stand kwam. Zoals de Hoge Raad reeds oordeelde is hiervoor niet relevant dat de participanten zich niet rechtstreeks tot elkaar gericht hebben, maar is voldoende dat zij hun wil tot deelneming kenbaar hebben gemaakt door het nemen van een participatie. De omstandigheid dat blijkens de fondsvoorwaarden de participanten geen onderlinge samenwerking beoogden, doet in de ogen van het hof aan het voorgaande niet af. De Hoge Raad heeft dit oordeel van het hof gesanctioneerd. Dit oordeel bevestigt derhalve dat het al dan niet aanwezig zijn van een maatschap een kwestie is van *substance over form*.

A-G Niessen gaat in zijn conclusies bij deze arresten nog in op een aantal punten, die bij de (summiere) behandeling door de Hoge Raad niet aan de orde gekomen zijn. In dit verband concludeert hij (onder meer) dat een samenwerkingsverband dat voldoet aan de materiële vereisten van een maatschap, als zodanig moet worden gekwalificeerd, ongeacht wat partijen zelf hebben opgemerkt over de kwalificatie van hun samenwerkingsverband. Desalniettemin is de A-G van mening dat een rechterlijk oordeel, dat sprake is van een maatschap in weerwil van een expliciete vermelding dat hiervan geen sprake is in de overeenkomst, aan hoge eisen dient te voldoen.²²⁰

Uit deze jurisprudentie volgt mijns inziens dat de drempel voor het constateren van een maatschap niet heel hoog is. De aanwezigheid hiervan kan worden afgeleid uit de feiten en omstandigheden van een geval, waaronder de (geobjectiveerde) gedragingen van partijen. Daarbij is niet vereist dat de maten zich bij toetreding tot de maatschapsovereenkomst tot elkaar richten, maar volstaat dat deze wil hiertoe impliciet volgt uit acceptatie van de voorwaarden van de overeenkomst. Voorts is

218 Zie rechtsoverwegingen 3.7.2 en 3.7.3.

219 Zie HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:340, Zie BNB 2017/84 voor een uitspraak met betrekking tot een participant in hetzelfde fonds, waar hof Amsterdam in hoger beroep oordeelde dat sprake is van een vennootschap onder firma. Dit oordeel is bekritiseerd, zie bijvoorbeeld de aantekening bij V-N 2017/13.12.

220 Zie punt 8.30 – 8.31 van de conclusie.

denkbaar dat een overeenkomst die van oorsprong geen maatschapsovereenkomst is, daar op een later moment in overgaat. Bij de beoordeling of sprake is van een maatschap, zijn bovendien de materiële omstandigheden doorslaggevend en niet de kwalificatie die partijen zelf aan hun overeenkomst hebben gegeven; de expliciete bepaling in de overeenkomst dat van een maatschap geen sprake is, staat er niet aan in de weg om deze toch als zodanig aan te merken. Wel is een actieve samenwerking tussen de maten vereist en hoewel de Hoge Raad hieraan geen hele hoge eisen lijkt te stellen, impliceert dit naar mijn mening dat alle maten in enige wijze betrokken zijn bij de besluitvoering met betrekking tot het door de maatschap te voeren beleid, bijvoorbeeld in de vorm van een vergadering van maten/participanten.²²¹ Voor de voor een maatschap vereiste samenwerking is derhalve noodzakelijk dat sprake is van (i) de al dan niet impliciete wil van de maten om met elkaar samen te werken, welke zich (ii) uit in ten minste een bepaalde zeggenschap van deze maten over het beleid van de maatschap.

Het lijkt mij in het geval van certificering niet ondenkbaar dat onder omstandigheden sprake is van een maatschap. Dat zal echter niet zozeer het geval zijn bij certificering tot behoud van het familievermogen, omdat het oogmerk van de certificaathouders dan niet zal zijn om met elkaar een samenwerking aan te gaan.²²² Het beheer en behoud van het gecertificeerde vermogen zullen in een dergelijk geval voorop staan en niet de onderlinge verhouding tussen de participanten. In het geval van één insteller komt daarbij dat in de initiële situatie slechts sprake is van één partij naast de STAK. Men kan zich dan (en in het algemeen) afvragen of de STAK zelf partij kan zijn bij een eventuele maatschapsovereenkomst. Mijns inziens is dit gezien de rol van de STAK bij certificering echter niet het geval: de functie van de STAK is de uitvoering van het beheer van het gecertificeerde vermogen en niet samenwerking met de certificaathouders. Bovendien ontvangt de STAK bij een certificering in de familiesfeer slechts een vergoeding van de kosten en deelt zij dus niet in een eventueel vermogensrechtelijk

221 Zie in dit verband ook Van Olffen, die van mening is dat de partijen bij een overeenkomst van maatschap moeten beogen om samen te werken op voet van gelijkheid, Dit dient zich met name te uiten bij het aangaan van de overeenkomst en bij de gezamenlijke besluitvorming "going-concern". Het gaat daarbij zijns inziens om deelname aan de besluitvorming omtrent het te voeren beleid, waarvan geen enkele maat kan worden uitgesloten. Hij geeft daarbij aan dat het uitsluiten van de beheersbevoegdheid van een maat niet ziet op diens beleidsinvloed en er dus niet toe leidt dat geen sprake is van gelijkwaardige samenwerking (M. van Olffen, *Ondernemer en ondernemingsvermogen*, Ars Notariatus XLI, Kluwer Deventer 1989, pagina 62 – 64).

Zie voorts Mathey-Bal, die van mening is dat uit de inhoud van de maatschapsovereenkomst de wil van de maten om samen te werken op voet van gelijkheid is af te leiden. Dit betekent evenwel niet dat de posities van de verschillende maten volstrekt gelijk moeten zijn, maar het is van belang dat geen sprake is van de ondergeschiktheid van een maat aan een andere. De overeenkomst dient ertoe te strekken dat de maten in actieve samenwerking in het economische verkeer voordeel behalen door middel van hun inbreng, waarbij actieve samenwerking niet vereist dat iedere maat arbeid levert, maar wel dat ieder mede het beleid bepaalt dat moet leiden tot verwezenlijking van het gezamenlijke doel (P.P.D. Mathey-Bal, *De positie van de vennootschap onder firma*, Wolters Kluwer Deventer, dissertatie 2016, pagina 25 – 26).

222 Enzo Vegter, preadvies 2004, pagina 115.

voordeel (zie nader hieronder voor dit vereiste). Reeds daarom kan ten aanzien van de STAK dus geen sprake zijn van een overeenkomst van maatschap.

Bij certificering die begint met één insteller speelt bovendien het volgende. Zoals opgemerkt is in deze beginsituatie slechts sprake van één certificaathouder, zodat de kwalificatie als maatschap zich niet voor kan doen. Op enig moment zullen er evenwel meer certificaathouders zijn, omdat de certificaten geschonken worden door de insteller, of omdat deze vererven. Daarmee is echter nog geen sprake van een wil tot samenwerking tussen deze nieuwe certificaathouders. Op zich is niet uitgesloten dat een overeenkomst overgaat in een maatschap of dat andere partijen hierbij betrokken raken en hun wil zich op de voor een maatschap vereiste samenwerking gaat richten. Het gaat mij echter te ver om de certificeringsovereenkomst op grond van de enkele wijziging in de certificaathouders te herkwalficeren tot maatschap, zonder dat heel expliciet blijkt van een wil tot zodanige samenwerking tussen de nieuwe certificaathouders. De Hoge Raad stelt gezien zijn arrest van 2 september 2011, NJ 2012/75, ook hoge eisen aan een dergelijke ontwikkeling van een overeenkomst tot maatschap. Deze ontwikkeling zal zich behoudens specifieke omstandigheden in familiale context mijns inziens dan ook niet voordoen.²²³ De enkele toetreding tot de certificeringsovereenkomst door het aanvaarden van een schenking of verkrijging krachtens erfrecht, en daarmee het aanvaarden dat men in een contractuele verhouding tot één of meer anderen komt te staan, is naar mijn mening in elk geval niet voldoende om aan te nemen dat deze contractuele verhouding vanaf dat moment ook gericht is op een onderlinge samenwerking die voordien niet aanwezig was.

Daarnaast kan bij certificering in de familiesfeer het volgende spelen. Enigszins afhankelijk van hoeveel vertrouwen de insteller heeft in de capaciteiten van de beoogde verkrijgers van de certificaten, kunnen de administratievoorwaarden zeer stringent opgesteld zijn. De certificaathouders zullen dan weinig zeggenschap hebben ter zake van het beleid van de STAK ter zake van het gecertificeerde vermogen, of wellicht geheel geen zeggenschap. Aangezien de actieve samenwerking, noodzakelijk voor een maatschap, ten minste enige invloed op dit beleid vereist, kan de mate waarin de administratievoorwaarden de certificaathouders dergelijke invloed onthouden reeds in de weg staan aan de kwalificatie van de certificeringsovereenkomst als maatschap.²²⁴ De enkele omstandigheid dat de certificaathouders rechten hebben ter bescherming van hun eigen positie, zoals het kunnen tegenhouden van een wijziging van de administratievoorwaarden, is daarbij mijns inziens in elk geval niet voldoende, omdat iedere zeggenschap ter zake van het beheer van het gecertificeerde vermogen dan ontbreekt.

223 Evenzo Vegter, preadvies 2004, pagina 115.

224 Vergelijk ook D.F.M.M. Zaman en M.S. Koppert – van Beek, Kwalificatie van het fonds voor gemene rekening, Ondernemingsrecht 2008/109, paragraaf 2.4, in de context van een fonds voor gemene rekening.

Een laatste factor is ten slotte de wijze waarop de certificaten uitgegeven zijn tegenover het gecertificeerde vermogen. Daarbij zijn een aantal varianten denkbaar, zoals: (a) één certificaat tegenover een (specifiek) vermogensbestanddeel, bijvoorbeeld voor één aandeel, (b) als variant hierop: meerdere certificaten tegenover één vermogensbestanddeel, bijvoorbeeld tien certificaten voor één aandeel of (c) certificaten die recht geven op een evenredig aandeel in het gehele vermogen het gehele gecertificeerde vermogen, bijvoorbeeld 100 certificaten die ieder een aandeel van 1% van de economische waarde van een gecertificeerde beleggingsportefeuille vertegenwoordigen. De aard van het gecertificeerde vermogen zal een rol spelen bij de opzet die gekozen wordt. Bij een directe band tussen een certificaat en een specifiek vermogensbestanddeel is in mijn ogen moeilijk vol te houden dat sprake is van (een oogmerk gericht op) voor gezamenlijke rekening voordeel behalen. Dit wordt des te meer zichtbaar indien bijvoorbeeld certificaten A zijn uitgegeven voor aandelen A en certificaten B voor aandelen B. De economisch positie van certificaathouder A staat dan los van die van certificaathouder B, behoudens de, mijns inziens onwaarschijnlijke, situatie dat aan één of beide aandelen een schuld gekoppeld is. Dan kan zich het geval voordoen dat het saldo van aandelen en schuld van bijvoorbeeld positie A negatief wordt, zodat (deels) verhaal op de aandelen B plaats kan vinden. Zelfs dit risico hoeft naar mijn mening echter nog niet met zich te brengen dat voor gezamenlijke rekening gehandeld wordt. Bij certificaten die recht geven op een evenredig aandeel in het gecertificeerde vermogen kan het element van handelen voor gemene rekening zich uiteraard wel voordoen.

Concluderend lijkt het mij in het algemeen wel denkbaar dat sprake is van een wil tot samenwerking met oog op het voor gemeenschappelijke rekening behalen van vermogensrechtelijk voordeel bij de certificaathouders, terwijl tevens sprake is van voldoende invloed van die certificaathouders op het beleid van de STAK om invulling te geven aan de voor een maatschap benodigde actieve samenwerking. Uiteraard is het een kwestie van beoordeling per geval, maar dit zal zich naar mijn mening in principe niet voordoen bij een certificering in de familiesfeer. Een dergelijke situatie lijkt mij eerder aannemelijk bij een overeenkomst die meer trekken heeft van een beleggingsfonds, dat wil zeggen direct opgezet tussen meerdere participanten en niet met als primaire oogmerk beheer, maar juist het gezamenlijk, en in gezamenlijk overleg, beleggen van de samengebrachte gelden.²²⁵ De omstandigheid dat partijen expliciet in de certificeringsovereenkomst opnemen dat géén sprake is van een maatschap kan ten slotte wel een indicatie zijn, maar dit is niet doorslaggevend: als naar de materiële kenmerken van de overeenkomst sprake is van een maatschap, dient de overeenkomst ook als zodanig te worden gekwalificeerd.

225 In dat geval zou ook sprake kunnen zijn van een fonds voor gemene rekening, zie paragraaf 13.6.2.

7.5.5.2 Vermogensrechtelijk voordeel

Zoals opgemerkt vereist een maatschap dat de samenwerking zich richt op het voor gemeenschappelijke rekening behalen van vermogensrechtelijk voordeel. Dit dient het oogmerk van de samenwerking te zijn, het is niet voldoende dat de toevallige uitkomst van de samenwerking is, dat een voordeel is behaald. Er hoeft geen sprake te zijn van winst: ook bij een besparing van kosten is sprake van een vermogensrechtelijk voordeel.²²⁶

Een belangrijk doel van certificering, althans van de familiale certificering die mij in de onderhavige context voor ogen staat, is het beheer, en het behoud, van het ingebrachte vermogen. Daarnaast kan sprake zijn van een of meer nevendoelen, zoals het waarborgen van de continuïteit van de onderneming van een vennootschap, waarvan de STAK de aandelen houdt. Al dan niet impliciet kan het behalen van vermogensrechtelijk voordeel natuurlijk deel uitmaken van het oogmerk waarmee vermogen gecertificeerd is, zij het dat dit niet noodzakelijkerwijs het geval is. Bij een situatie waarin het behalen van voordeel niet of althans minder speelt, kan bijvoorbeeld gedacht worden aan certificering van een kunstcollectie met als doel het behoud hiervan en niet zo zeer het maximaliseren van de waarde van de collectie. Het hangt derhalve naar mijn mening zeer af van de aard van het gecertificeerde vermogen en de reden waarom dit gecertificeerd is, of een oogmerk om vermogensrechtelijk voordeel te behalen aanwezig moet worden geacht. Bij het voornoemde beheer van een kunstcollectie is een dergelijk oogmerk waarschijnlijk niet aanwezig. Indien de certificering echter betrekking heeft op beleggingen (box 3-vermogen), kan naar mijn mening echter wel aangenomen worden dat ten minste mede sprake is van een oogmerk om voordeel te behalen. De omstandigheid dat het voordeel het oogmerk van de samenwerking dient te zijn, impliceert mijns inziens overigens dat, indien bij een certificering van vermogen een toename van het gecertificeerde vermogen slechts één van de (neven)doelen is, de voor een maatschap noodzakelijke gerichtheid om vermogensrechtelijk voordeel afwezig is. Als de certificering bijvoorbeeld primair gericht is op het beheer en behoud van vermogen en toename daarvan een aardige “bijkomstigheid” is, is het nastreven van vermogensrechtelijk voordeel mijns inziens in onvoldoende mate aanwezig om aan dit vereiste aan een maatschap te voldoen.

7.5.5.3 Inbreng

Om een overeenkomst te kunnen kwalificeren als maatschap dient niet alleen sprake te zijn van inbreng, maar dient deze inbreng ook gericht te zijn op het behalen van het beoogde vermogensrechtelijke voordeel. In dit verband is het vereiste niet de daadwerkelijke (effectuering van de) inbreng, maar dat de maten de verplichting

226 Zie Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII, 2017//31 – 32 en Mathey-Bal, dissertatie 2016, pagina 30.

tot het doen van deze inbreng op zich nemen.²²⁷ In beginsel zal bij certificering van vermogen sprake zijn van een causaal verband tussen de inbreng en het oogmerk van de certificering. Derhalve valt naar mijn mening aan te nemen dat indien (in voldoende mate) sprake is van een oogmerk om een vermogensrechtelijk voordeel voor de certificaaathouders te behalen, de inbreng van vermogen bij het instellen van de certificering daar ook op gericht zal zijn. Deze twee criteria gaan derhalve hand in hand: zij zijn ofwel beide aanwezig, of ontbreken allebei.

In dit verband zij voorts gewezen op de mening van Van der Velden, dat een fonds voor gemene rekening²²⁸ slechts kan kwalificeren als een personenvennootschap indien de participanten zich *jegens elkaar* verbinden tot inbreng. Van een dergelijke onderlinge verplichting is zijns inziens geen sprake indien de stortingsplicht uitsluitend geldt jegens de beheerder en de bewaarder van het fonds, ook niet als de participanten partij zijn bij dezelfde contractuele verhouding. Van der Velden sluit evenwel niet uit dat een rechter op basis van het geheel van verbintenissen tussen de beheerder, de bewaarder en de deelnemers toch tot het oordeel komt dat sprake is van (inbreng in) een personenvennootschap.²²⁹ Gezien het Union II-arrest, betreffende de kwalificatie van een fonds voor gemene rekening als maatschap, zou ik verwachten dat deze stap niet heel moeilijk te nemen is: voor zover op basis van de vermelde feiten beoordeeld kan worden, was in de desbetreffende zaak geen sprake van een (in de fondsvoorwaarden opgenomen) verplichting van de participanten jegens elkaar tot inbreng. Desalniettemin was de Hoge Raad van oordeel dat sprake kon zijn van een maatschap.²³⁰ Zoals hiervoor opgemerkt zal zich bij certificering in familiale context de wil tot samenwerken met oog op het voor gemeenschappelijke rekening behalen van vermogensrechtelijk voordeel in principe niet voordoen. Indien men echter toch zou kunnen aannemen dat sprake is van een impliciete wil tot samenwerking tussen

227 Zie Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII, 2017//34, Mathey-Bal, dissertatie 2016, pagina 31 – 32. Het is bovendien niet noodzakelijk dat de maten in staat zijn om onderling nakoming van de inbrengverplichting af te dwingen, zie de conclusie van A-G Niessen bij het arrest HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:340, BNB 2017/85, punt 8.18, alsmede de aldaar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

228 Een fonds voor gemene rekening is geen civielrechtelijk, maar een fiscaal begrip. Artikel 2 lid 2 Wet Vpb definieert een (open) fonds voor gemene rekening als een fonds ter verkrijging van voordelen voor de deelgerechtigden door het voor gemene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden, mits van de deelgerechtigdheid in het fonds blijkt uit verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid. Of een fonds open of besloten is hangt af van de mate van verhandelbaarheid van de bewijzen van deelgerechtigdheid. Een separate definitie van een besloten fonds voor gemene rekening komt overigens niet in de wet voor.

Aangezien er sterke parallellen kunnen zijn tussen een certificeringsstructuur en een fonds voor gemene rekening en het ook denkbaar is dat certificering van vermogen ertoe leidt dat in fiscale zin sprake is van een fonds voor gemene rekening, is het antwoord op de vraag, in hoeverre een fonds voor gemene rekening een maatschap kan zijn, ook relevant voor de kwalificatie van een certificeringsovereenkomst. Op de samenloop tussen certificering en fonds voor gemene rekening ga ik nader in in paragraaf 13.6.2.

229 Van der Velden, dissertatie 2008, pagina 320 – 321.

230 De Hoge Raad baseert zijn oordeel op veronderstelde feiten, die in het vervolg van de procedure door het verwijzingshof bewezen geacht werden (zie HR 4 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC8781, NJ 1970/228).

de certificaathouders, die zich uit door aanvaarding van de administratievoorwaarden, dan zal mijns inziens ook verondersteld kunnen worden dat zij de inbrengverplichting, die zij daarbij op zich genomen hebben, ook jegens elkaar zijn aangegaan.

7.5.5.4 Conclusie

Mijns inziens is een overeenkomst van certificering, zoals gebruikelijk vormgegeven binnen familiale context, niet te kwalificeren als overeenkomst van maatschap. De volgende elementen, die noodzakelijk zijn voor een maatschap, ontbreken in een dergelijk geval:

- (a) De wil tot samenwerking tussen de certificaathouders ontbreekt, omdat:
 - (i) het (primaire) doel van de certificering het beheer van het gecertificeerde vermogen is, niet samenwerking tussen de certificaathouders;
 - (ii) er bij het ontstaan van de certificering geen sprake kan zijn van een maatschap, althans indien er maar één certificaathouder is, aangezien een maatschap ten minste twee maten vereist en de STAK vanwege haar rol als beheerder als zodanig niet in aanmerking komt, terwijl de enkele verkrijging van de certificaten door de opvolgende certificaathouders niet met zich brengt dat de overeenkomst zich ontwikkelt tot een overeenkomst van maatschap;
 - (iii) bij restrictieve administratievoorwaarden en statuten van de STAK het de certificaathouders aan voldoende zeggenschap ter zake van het gecertificeerde vermogen ontbreekt om tot de vereiste actieve samenwerking in het economische verkeer te kunnen komen; en/of
 - (iv) de manier waarop de certificaten zijn uitgegeven tegenover het gecertificeerde vermogen de vermogensrechtelijke posities van de certificaathouders op zodanige wijze van elkaar scheidt, dat deze samenwerking tussen hen uitsluit.

Bij familiale certificering zal in elk geval de eerste factor zich voordoen, afhankelijk van de omstandigheden in combinatie met factoren (ii), (iii) en/of (iv).

- (b) Vanwege het doel van familiale certificering, beheer en bescherming van vermogen, ontbreekt het behalen van vermogensrechtelijk voordeel als oogmerk van de certificering. Hoewel dit vermogensrechtelijke voordeel een nevendoel kan zijn, is dit naar mijn mening ondergeschikt aan het

beheersoogmerk en daarmee meer een “bijkomstigheid”. Het oogmerk om vermogensrechtelijk voordeel te behalen is daarmee niet sterk genoeg om aan het desbetreffende vereiste gesteld aan een maatschap te voldoen. De aard van het gecertificeerde vermogen kan in dit verband ook een rol spelen en het oogmerk om vermogensrechtelijk voordeel te behalen uitsluiten (bijvoorbeeld bij een kunstcollectie die bijeen moet blijven).

- (c) De inbreng van vermogen moet, wil sprake zijn van een maatschap, gericht zijn op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel. In zoverre gaat deze factor hand in hand met punt (b): indien het oogmerk om vermogensrechtelijk voordeel te behalen niet sterk genoeg is, kan de inbreng hier vanzelfsprekend ook niet op gericht zijn.

De omstandigheid dat certificering in familiale context niet als maatschap kwalificeert hangt met name samen met het doel van een dergelijke certificering, eventueel in combinatie met de aard van het vermogen, het aantal personen dat op het moment van eerste uitgifte van de certificaten als eerste certificaathouders optreedt en de wijze waarop de certificaten zich tot het gecertificeerde vermogen verhouden.

Dat gezegd hebbende, kan ook niet uitgesloten worden dat een certificering in andere context weldegelijk als een maatschap kan kwalificeren. Er zijn vele doelstellingen voor het in het leven roepen van certificering mogelijk en als bijvoorbeeld sprake is van een opzet die zich meer laat vergelijken met een beleggingsfonds (die wellicht ook als fonds voor gemene rekening kwalificeert), lijkt mij denkbaar dat inderdaad sprake is van een maatschap.²³¹

7.5.6 Conclusie: overeenkomst *sui generis*

Hiervoor heb ik de certificeringsovereenkomst getoetst aan de bepalingen die verschillende soorten in de wet geregelde rechtsverhoudingen beheersen, met name soorten overeenkomsten, waarmee de certificeringsovereenkomst parallellen heeft: opdracht, lastgeving, bewind en maatschap. Zeer kort samengevat, concludeer ik dat van deze overeenkomsten geen sprake is, althans niet bij familiale certificering, om de volgende redenen:

- (a) Hoewel de certificeringsovereenkomst het verrichten van werkzaamheden met zich kan brengen, zijnde het (positieve) hoofdkenmerk van de overeenkomst van opdracht, richt certificering zich vooraleerst op het beheer van het gecertificeerde vermogen. Het eventuele verrichten van werkzaamheden

²³¹ In het verlengde daarvan kan de vraag opkomen of tevens sprake is van een vennootschap onder firma. Dit vereist evenwel (onder meer) optreden onder een gemeenschappelijke naam (zie artikel 16 WvK). Daar is mijns inziens bij certificering geen sprake van, omdat de STAK onder haar eigen naam optreedt.

is slechts een uitvloeisel van het beheer. Omdat certificering zoveel meer omvattend is, is geen sprake van een overeenkomst van opdracht.

- (b) De overeenkomst van lastgeving is een species van de overeenkomst van opdracht. Gezien mijn conclusie dat zich geen overeenkomst van opdracht voordoet, kan reeds om die reden geen sprake zijn van lastgeving. Daar komt bij dat lastgeving gaat om het verrichten van rechtshandelingen voor rekening van de lastgever en hoewel certificering zeker het verrichten van rechtshandelingen voor rekening van de certificaathouder met zich kan brengen, is ook dat een ondergeschikt deel van de overeenkomst.
- (c) Wel is denkbaar dat, gezien het bepaalde in artikel 7:424 lid 1 BW de lastgevingsbepalingen van overeenkomstige toepassing zijn. Dit is evenwel slechts het geval voor zover de certificeringsovereenkomst zich daar niet tegen verzet. Dat betekent mijns inziens dat, indien het beperkt of niet-royeerbare certificaten betreft, de aard van de certificeringsovereenkomst zich verzet tegen een ruimere opzeggingsmogelijkheid van deze overeenkomst op grond van de bepalingen die gelden voor lastgeving.
- (d) Ook is in de literatuur een parallel getrokken tussen certificering en bewind, alsmede de vraag gesteld of artikel 4:178 lid 2 BW, dat de beëindiging van het bewind op verzoek van de rechthebbende regelt, van overeenkomstige toepassing kan zijn bij certificering, gezien de vergelijkbaarheid in doelstelling (althans bij familiale certificering). Naar mijn mening kan gezien de grote juridische verschillen tussen beide rechtsfiguren noch van bewind, noch van analoge toepassing van artikel 4:178 lid 2 BW sprake zijn.
- (e) Ten slotte kan de vraag rijzen of een certificeringsovereenkomst kan kwalificeren als maatschap. In zichzelf lijkt mij niet ondenkbaar dat certificering onder omstandigheden tot een overeenkomst van maatschap kan leiden. In het geval van familiale certificering staan echter het beheer en de bescherming van vermogen voorop, hetgeen er aan in de weg staat dat sprake is van een maatschap.

Interessant is ook om op te merken dat de stelling, dat sprake is van een (opzegbare) overeenkomst van bijvoorbeeld opdracht, voor zover mij bekend ook niet betrokken is in jurisprudentie met betrekking tot zaken waarin, al dan niet met succes, gepoogd is om een certificering ongedaan te maken: Drukker²³² en Kluft Distrifood²³³.

Gezien het voorgaande is de overeenkomst van certificering naar mijn mening, althans waar het certificering in de familiesfeer, met als doel vermogensbescherming, betreft,

232 Nader besproken in paragraaf 7.14.3.

233 Nader besproken in paragraaf 7.10.2.

een overeenkomst *sui generis*. Bij certificering met andere oogmerken kan evenwel niet op voorhand uitgesloten worden dat sprake is van een maatschap; dit zal per geval beoordeeld moeten worden. Ter afsluiting merk ik op dat de gedachte, dat certificering een overeenkomst *sui generis* is, bepaald niet nieuw is: reeds in 1899 werd een certificeringsovereenkomst door rechtbank Amsterdam als zodanig aangemerkt.²³⁴

7.6 Juridische toelaatbaarheid van certificering/ fiduciaverbod

Certificering is thans een veelvuldig voorkomend en als juridisch ingeburgerd te beschouwen verschijnsel. Desalniettemin is de juridische toelaatbaarheid daarvan, dan wel de geldigheid van de overdracht van goederen aan de STAK, ter discussie gesteld.²³⁵ Een voorbeeld daarvan is het in paragraaf 7.14.3 besproken Drukker-arrest, waarin een legitimaris die niet-royeerbare certificaten verkreeg onder meer de stelling innam dat een dergelijke certificering maatschappelijk onaanvaardbaar was. De Hoge Raad concludeerde in dat geval dat die stelling niet in zijn algemeenheid als juist aanvaard kon worden, althans niet bij een certificering als waarover geprocedeerd werd, namelijk die als doel had om de continuïteit van een onderneming te waarborgen. Dit impliceert dat de aan certificering ten grondslag liggende titel onder het op dat moment geldende BW als geldig te beschouwen was.²³⁶ In andere context heeft voorts de president van rechtbank Den Haag geoordeeld dat niet-royeerbare certificaten van aandelen in een NV, bedoeld om een overval te voorkomen, naar in Nederland algemeen geldende opvattingen aanvaardbaar is: wie dergelijke certificaten verwerft, doet dat in het besef dat daaraan geen zeggenschap is verbonden.²³⁷

Onder het huidige BW rijst de vraag naar de juridische toelaatbaarheid van certificering echter opnieuw, in het licht van het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW: een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed. Het eerste deel van deze bepaling richt zich tegen zekerheidsoverdracht (*fiducia cum creditore*) en het tweede deel is gericht tegen de overdracht ten titel van beheer (*fiducia cum amico*).²³⁸ In geval van certificering kan derhalve het tweede deel van de bepaling van toepassing zijn. De consequentie daarvan zou zijn dat de overdracht van te certificeren vermogen aan de STAK niet heeft plaatsgevonden.

234 Rechtbank Amsterdam 10 januari 1899, W. 7331.

235 Vergelijk ook Eisma, preadvies 1990, pagina 52, die opmerkt dat de overdracht aan het administratiekantoor in het verleden tot veel vragen heeft geleid, maar dat er op het moment van schrijven naar (op dat moment) geldend recht niet meer aan de geldigheid van een overdracht ten titel van beheer getwijfeld wordt.

236 Zie Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 22. Zie voorts de verwijzing naar Eisma in de voetnoot hiervoor.

237 Rechtbank Den Haag (pres.) 19 februari 1982, ECLI:NL:RBSGR:1982:AC7537, NJ 1983/522.

238 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, 2013/570.

Het oorspronkelijke wetsvoorstel van Meijers kende de volgende tekst voor artikel 3:84 lid 3 BW:

Een rechtshandeling, die de overdracht van een recht tot zekerheid van een schuld of tot uitoefening van het over te dragen recht in het belang van de vervreemder of van een derde ten doel heeft, is geen geldige titel voor overdracht van dat recht.
[Onderstreping AEdL]²³⁹

Meijers beoogde met zijn ontwerpтекст fiduciaire titels uit te sluiten. Hij merkt hierover op:

*Wie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen; wie hem toekomstige goederen door een ander wenst te laten beheren, moet deze goederen onder bewind stellen.*²⁴⁰

Meijers associeert fiduciaire eigendomsoverdracht in dit verband ook met wetsontduiking.

Op een later moment in het wetgevend proces is de wettekst aangepast, hetgeen overigens gepresenteerd is als een verduidelijking en niet zozeer een versoepeling van de bepaling. In dit verband wordt opgemerkt dat met artikel 3:84 lid 3 BW niet beoogd is om rechtshandelingen te treffen waarbij gelijktijdig met een overdracht wordt overeengekomen dat de verkrijger obligatoir verplicht zal zijn om het genot, de vruchten, etc. van het overgedragen goed aan de vervreemder of een derde te doen toekomen, terwijl de vervreemder (eveneens obligatoir) de lasten voor zijn rekening neemt. Dit betreft rechtshandelingen waarbij het de bedoeling van partijen is om het goed werkelijk in het vermogen van de verkrijger te doen overgaan. Slechts rechtshandelingen waarbij een dergelijke overgang niet werkelijk beoogd is, zijn ongeldig. Daarmee richt de bepaling zich tegen rechtshandelingen waarbij de uit een recht voortvloeiende bevoegdheden door middel van een “overdracht” op een andere wijze over betrokkenen worden verdeeld, dan waar (het stelsel van) de wet in voorziet.²⁴¹ Voorts is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat artikel 3:84 lid 3 BW dwingt te kiezen tussen een echte overdracht, waardoor het goed volledig in het vermogen van de verkrijger valt, en een volledig obligatoire verhouding. Het versterken van de positie van obligatoire aanspraken door middel van zekerheidsrechten is daarbij mogelijk.²⁴²

Het voorgaande is ten slotte bevestigd in de Nota betreffende de voortgang van de

239 Parlementaire geschiedenis BW boek 3, pagina 316.

240 Parlementaire geschiedenis BW boek 3, pagina 317.

241 Parlementaire geschiedenis BW boek 3, pagina 319.

242 C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis en E.E. Slob (red.), Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6; boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, Kluwer Deventer 1990, pagina 1200.

Invoeringswet Boeken 3 - 6 nieuw BW.²⁴³ Daarin is onder meer het voorstel van de invoering van titel 3.6 BW, inzake bewind, uit te stellen. In dat verband wordt opgemerkt dat handhaving van titel 3.6 ook niet nodig is met oog op de *fiducia cum amico*, welke in artikel 3:84 lid 3 BW aan banden wordt gelegd: die bepaling kan in de ogen van de wetgever moeilijk als te knellend worden ervaren, nu zij slechts overdrachten belet uit hoofde van een titel die beoogt de verkrijger bijvoorbeeld niet volledig beschikkingsbevoegd te maken.

De Hoge Raad heeft een nadere interpretatie aan deze bepaling gegeven in het Sogelease-arrest²⁴⁴. Dit arrest betrof de vraag of een sale-and-lease-back overeenkomst getroffen werd door artikel 3:84 lid 3 BW. De Hoge Raad toetst allereerst aan het criterium “overdracht tot zekerheid” en geeft daar een nadere invulling aan. De Hoge Raad laat zich in zijn arrest echter ook uit over de tweede zinsnede van artikel 3:84 lid 3 BW, de overdracht “die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen”:

Deze maatstaf beoogt te voorkomen dat, in strijd met het gesloten stelsel van het zakenrecht, rechten met zakelijke werking in het leven geroepen worden op een niet door de wet voorziene wijze, maar hij verzet zich niet tegen een regeling waarbij een partij, in dit geval Sogelease, de volledige eigendom heeft, en de andere partij, in dit geval De Zaaiers, louter persoonlijke rechten en verplichtingen heeft [...]

Dit bevestigt dat de overdracht ten titel van beheer in het kader van certificering niet getroffen wordt door artikel 3:84 lid 3 BW, zolang beoogd wordt om de volledige eigendom van de te certificeren goederen te doen overgaan op de STAK. Het is niet geoorloofd om de bevoegdheden van de rechthebbende op deze goederen te zakenrechtelijk te splitsen, althans niet op een manier waarin de wet niet voorziet. Het volledig overdragen van goederen aan de STAK en in combinatie daarmee de certificaathouder *obligatoir* bepaalde rechten en bevoegdheden geven, kan echter wel. Dit betekent dat als bij de certificering daadwerkelijk beoogd wordt om de juridische eigendom van een goed over te dragen aan de STAK, het feit dat deze het goed beheert ten behoeve van de certificaathouder niet afdoet aan de geldigheid van de overdracht. Overigens veronderstelt ook de regeling van het wettelijk pandrecht voor houders van certificaten van (bepaalde²⁴⁵) vorderingen of aandelen van artikel 3:259 lid 2 BW dat certificering in beginsel rechtsgeldig moet kunnen plaatsvinden.²⁴⁶

243 Zie NJB 1983/38, pagina 1246.

244 HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, NJ 1996/119.

245 Dat wil zeggen certificaten die met medewerking van de uitgever van de aandelen c.q. schuldvorderingen zijn uitgegeven, dan wel certificaten waaraan vergaderrecht is verbonden.

246 Evenzo bijvoorbeeld Vegter, preadvies 2004, pagina 112, die ook opmerkt dat zolang partijen geen ongeoorloofde splitsingsconstructie beogen, van een schending van artikel 3:84 lid 3 BW geen sprake kan zijn; er worden aan de geldigheid van een overdracht ten titel van beheer geen strengere eisen

In dit verband zij ten slotte gewezen op de mening van Zwalve, die de mogelijkheid om binnen de kaders van het Nederlandse recht een trustachtige figuur te creëren, bespreekt. Hij gaat hierbij in op de situatie dat goederen juridische eigendom zijn van de trustee, maar dat diens macht is ingeperkt met *in beginsel* slechts obligatoir werkende bedingen. Zeker indien deze versterkt worden met zakelijke zekerheidsrechten, kan de trustee alle macht ontnomen worden. Zwalve geeft aan dat dergelijke bedingen kunnen leiden tot nietigheid van de trustcreatie op grond van artikel 3:84 lid 3 BW, indien door middel daarvan de gehele beschikkingsmacht over het trustfonds in feite geheel aan de trustee wordt onttrokken.²⁴⁷ De door hem beschreven situatie kan naar mijn mening vrij sterke gelijkenissen vertonen met certificering, met diens verstande dat bij certificering in familiecontext zekerheidsrechten zich minder snel voor zullen doen. Het door Zwalve beschreven principe is daarom ook op certificering toepasbaar: indien in de administratievoorwaarden in feite alle beschikkingsmacht aan de STAK ontnomen wordt, kan gezegd worden dat de overdracht van vermogen aan de STAK niet de strekking had om dit daadwerkelijk aan de STAK over te dragen, zodat geen sprake is van een geldige overdracht. Deze situatie zal zich overigens bij familiale certificering in principe niet voordoen, omdat de bedoeling dan juist is om beschikkingsmacht bij de STAK onder te brengen. Gezien hetgeen in de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis is gezegd over het door middel van zekerheidsrechten versterken van een obligatoire positie, moet er mijns inziens bovendien een behoorlijke ruimte zijn om die toe te passen in combinatie met een overdracht ten titel van beheer.

Concluderend is certificering behoudens wellicht onder zeer specifieke voorwaarden mijns inziens juridisch toelaatbaar en is de overdracht van vermogen aan de STAK geldig.

7.7 Het certificaat

In deze paragraaf ga ik nader in op het certificaat. In dat verband bespreek ik de aard van het certificaat, welk vermogen gecertificeerd kan worden, de royeerbaarheid, de wijze van overdracht van certificaten, de mogelijke beperkingen in de overdraagbaarheid, alsmede ten slotte het vestigen van beperkte rechten op certificaten.

7.7.1 Aard van het certificaat

Het certificaat belichaamt de rechtsverhouding, de rechten en verplichtingen van

gesteld dan aan iedere andere overdracht. De figuur van eigendom ten titel van beheer kan naar de mening van Vegter niet meer geassocieerd worden met wetsontduiking, zoals geschiedde door Meijers. Zie voorts W.H.M. Reehuis, *Overdracht*, Kluwer Deventer 2010, nr. 88 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, 2013/570.

²⁴⁷ W.J. Zwalve, 'You can't have your cake and eat it'; Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2015/4, pagina 148. Nog verder gaat Kraan, die ook een overdracht ten titel van beheer, waarbij de rechthebbende in obligatoire zin beperkt wordt in de uitoefening van zijn eigendomsrecht, nietig is op grond van artikel 3:84 lid 3 BW (Kraan, *FTV* 2007/27, paragraaf 3.1).

de certificaathouder in verhouding tot de STAK. Primair betreft dit de obligatoire aanspraak van de certificaathouder op (zijn aandeel in) (de waarde van) het gecertificeerde vermogen en de vruchten daarvan.²⁴⁸ Daarnaast is sprake van bijkomende rechten en eventueel verplichtingen. Aangezien de voornaamste (en wellicht wel enige) verplichting van de certificaathouder bestaat uit het ten titel van beheer overdragen van het te certificeren vermogen, is met name sprake van rechten. Van een verplichting tot bijstorting door de certificaathouder indien de schulden van de STAK de waarde van haar goederen overtreffen zal doorgaans geen sprake zijn. Bij (mogelijke) aanvullende rechten van de certificaathouder kan gedacht worden aan: (i) bevoegdheid om de certificaten te royeren (de beheersovereenkomst op te zeggen), (ii) recht om de gecertificeerde goederen te verkrijgen indien gedecertificeerd wordt en (iii) zeggenschapsrechten, al dan niet voor de certificaathouders gezamenlijk of binnen het kader van een vergadering van certificaathouders.²⁴⁹

Hoewel de rechtsverhouding tussen certificaathouder en STAK primair contractueel van aard is, waarbij de inhoud van de overeenkomst (met name) bepaald wordt door de administratievoorwaarden, kan ook sprake zijn van een institutionele relatie.²⁵⁰ Dit laatste doet zich voor indien de statuten van de STAK tevens voorzien in een rol voor de certificaathouder bij de organisatie van de STAK, bijvoorbeeld doordat bepaalde bevoegdheden zijn toegekend aan de (vergadering van) certificaathouders. De vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW geldt dan in zoverre ook voor de verhouding STAK – certificaathouder.²⁵¹

Aangezien de kern van het certificaat het vorderingsrecht is, dat de certificaathouder economisch gerechtigd maakt tot (de waarde van) het gecertificeerde vermogen en de vruchten daarvan, bestaat een relatief sterke band tussen het certificaat en het gecertificeerde vermogen waarop dit betrekking heeft. De mate waarin een specifiek certificaat te koppelen valt aan een specifiek goed, zal evenwel verschillen, mede afhankelijk van de aard van het gecertificeerde vermogen: waar het bij certificaten van aandelen logisch is om één (of eventueel enkele) certificaten uit te geven voor een specifiek aandeel, ligt dit minder voor de hand bij bijvoorbeeld een kunstcollectie, een landgoed of een beleggingsportefeuille. In deze gevallen zal eerder sprake zijn van certificaten die elk recht geven op een evenredig aandeel in het gecertificeerde

248 Zie ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/661.

249 In paragraaf 7.9.1 ga ik nader op de (uit de administratievoorwaarden voortvloeiende) rechten en verplichtingen van de certificaathouder in.

Naar mijn mening is het zuiver om eventuele bevoegdheden uit hoofde van de administratievoorwaarden toe te kennen aan de gezamenlijke certificaathouders, aangezien dit het verbintenisrechtelijke deel van de rechtsverhouding met de STAK betreft, en bevoegdheden voortvloeiend uit de statuten aan de vergadering van certificaathouders als orgaan van de STAK. Zie nader paragraaf 7.8.2.4 voor de verhouding tussen statuten en administratievoorwaarden.

250 Zie ook Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 73, die opmerkt dat bij een gemengde verhouding het contractuele element het institutionele overheerst.

251 Zie voor deze verhouding nader paragraaf 7.8.2.

vermogen. De band tussen certificaat en gecertificeerd vermogen is evenwel niet dermate sterk, ook niet indien een één-op-één koppeling te maken is, dat het certificaat een afhankelijk recht is in de zin van artikel 3:7 BW, dat wil zeggen een recht dat zodanig aan een ander recht verbonden is, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan. Het tenietgaan van het gecertificeerde goed kan indirect weliswaar leiden tot het einde van het certificaat, omdat in de administratievoorwaarden bepaald is dat dit een omstandigheid is die tot decertificering leidt, maar *als zodanig* leidt het tenietgaan van het gecertificeerde goed niet tevens tot het tenietgaan van het certificaat, althans het daarin belichaamde vorderingsrecht.²⁵²

Doorgaans, zeker bij certificering in de familiesfeer, zal sprake zijn van certificaten op naam. Certificaten aan toonder of aan order zijn echter ook mogelijk. Bij aandelen in een BV is wel sprake van een beperking: indien daarvan certificaten aan toonder worden uitgegeven, kunnen de aan de desbetreffende aandelen verbonden rechten niet worden uitgeoefend.²⁵³

7.7.2 Royeerbaarheid van certificaten

Certificaten kunnen zowel gedecertificeerd als geroyeerd worden. Onder decertificering versta ik het op enige wijze beëindigen van de beheersovereenkomst tussen de STAK en de certificaathouder.²⁵⁴ Royering ziet daarentegen op de bevoegdheid van de certificaathouder om de beheersovereenkomst op te zeggen en in plaats van zijn certificaten de gecertificeerde goederen te ontvangen, waarop deze certificaten aanspraak geven. Royering is derhalve een specifieke vorm van decertificering. Certificaten kunnen volledig, beperkt en niet-royeerbaar zijn: de mate van royeerbaarheid bepaalt in hoeverre de certificaathouder de certificeringsovereenkomst kan opzeggen.

In geval van niet-royeerbare certificaten heeft de certificaathouder in beginsel²⁵⁵ geen mogelijkheid om de certificering zonder medewerking van de STAK te beëindigen. Vanuit zijn perspectief is de beheersovereenkomst dus onopzegbaar. Bij volledig royeerbare certificaten kan de certificaathouder de beheersovereenkomst op ieder

252 Zie tevens Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/661, waar wordt opgemerkt dat de omstandigheid dat een "zeker verband" bestaat tussen een certificaat en een gecertificeerd aandeel niet betekent dat het certificaat "onzelfstandig" zou zijn: het is geen afhankelijk recht in de zin van artikel 3:7 BW en evenmin een nevenrecht als bedoeld in artikel 6:142 BW.

Zie evenwel Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 74, waar hij aangeeft dat het certificaat in vermogensrechtelijk opzicht een onzelfstandig karakter heeft: voor wat betreft voortbestaan, uitkeringen die erop worden gedaan en de waarde is het certificaat afhankelijk van het onderliggende goed (in casu aandeel). Een uitzondering ziet hij bij certificaten uitgegeven met medewerking van de vennootschap (thans certificaten met vergaderrecht): daar ontbreekt het onzelfstandige karakter, omdat de institutionele rechten die de certificaathouder dan jegens de vennootschap heeft, rechtstreeks ontleend worden aan de wet (pagina 76).

253 Artikel 2:202 BW.

254 Zie voor het einde van de certificering paragraaf 7.10.

255 Zie nader paragraaf 7.10.2.

gewenst moment beëindigen. Als tussenweg zijn er beperkt royeerbare certificaten, welke alleen royeerbaar zijn onder bepaalde omstandigheden of voorwaarden. Zo is denkbaar dat royeren van certificaten pas plaats kan vinden indien de certificaathouder een bepaalde leeftijd bereikt of na het verstrijken van een bepaalde termijn, of dat alleen in stappen geroyeerd kan worden, bijvoorbeeld per jaar slechts een bepaald percentage. Indien de administratievoorwaarden geen bepaling bevatten over de royeerbaarheid van de certificaten, zijn deze in beginsel volledig royeerbaar.²⁵⁶

Een insteller die een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang wil bewerkstelligen zal, afhankelijk van de aard van het te certificeren vermogen en de precieze belangen die nagestreefd worden, uitkomen bij volledig niet-royeerbare of beperkt royeerbare certificaten. Volledig royeerbare certificaten zijn niet met een dergelijke scheiding te verenigen, zij het dat gekozen kan worden voor een variant waarbij de certificaten volledig royeerbaar zijn in handen van de insteller, maar de royeerbaarheid beperkt of uitgesloten wordt, zodra de certificaten verkregen worden door een ander.

7.7.3 Overdraagbaarheid en overdracht

In deze paragraaf bespreek ik twee aspecten van de overdracht van certificaten. Dit betreft allereerst de wijze waarop certificaten overgedragen kunnen worden; ik neem daarbij certificaten op naam als uitgangspunt. Daarnaast ga ik in op de mogelijkheden om de overdraagbaarheid van certificaten te beperken of zelfs geheel uit te sluiten.

7.7.3.1 Overdracht van certificaten²⁵⁷

Een certificaat belichaamt primair het vorderingsrecht van de certificaathouder jegens de STAK, diens aanspraak op (de waarde van) het gecertificeerde vermogen, alsmede de vruchten van dat vermogen. Daarnaast kan de certificaathouder verplichtingen hebben, alsmede andere rechten, die zowel kunnen voortvloeien uit de administratievoorwaarden, als uit de statuten van de STAK.²⁵⁸ Deze rechten omvatten mede de bevoegdheid tot het royeren van de certificaten, voor zover die aan de certificaathouder is toegekend. De (mogelijk) met het certificaat samenhangende soorten rechten en verplichtingen kunnen als volgt worden opgesomd:

- (a) (kern)vorderingen/-rechten, waaronder de aanspraken op het gecertificeerde vermogen en de vruchten daarvan;

²⁵⁶ Aangezien sprake is van een duurovereenkomst, zie nader paragraaf 7.10.1.

²⁵⁷ Het navolgende geldt voor de overdracht van economisch eigendom in het algemeen, zoals reeds beschreven in A.E. de Leeuw, *Economische eigendom*, Wolters Kluwer Deventer 2018, hoofdstuk 4.2.1.

²⁵⁸ Zie hiervoor nader paragraaf 7.8.2.

- (b) (kern)verplichtingen, waaronder de verplichting tot overdracht van het gecertificeerde vermogen (welke verplichting in geval van een voorgenomen overdracht van de certificaten reeds door de certificaathouder nagekomen zal zijn);
- (c) nevenrechten, zoals rechten van pand en hypotheek of voorrechten²⁵⁹, maar niet rechten die niet verbonden zijn aan de overgedragen vordering, maar aan de gehele rechtsverhouding tussen schuldenaar en oorspronkelijke schuldeiser (in casu de certificaathouder), zoals de bevoegdheid tot opzegging of ontbinding wegens wanprestatie, een recht op aanvullende of vervangende schadevergoeding of de mogelijkheid tot vernietiging van de overeenkomst wegens een wilsgebrek;²⁶⁰
- (d) kwalitatieve rechten, oftewel rechten die uit de certificeringsovereenkomst voortvloeien, voor overgang vatbaar zijn en in een zodanig verband staan met (in casu) het vorderingsrecht, dat de schuldeiser slechts belang bij deze rechten heeft zolang hij ook rechthebbende op de vordering blijft;²⁶¹ met Van den Ingh²⁶² ben ik van mening dat eventuele institutionele rechten, die de certificaathouder jegens de STAK mocht hebben, kwalitatieve rechten zijn, omdat hieraan geen belang toekomt zonder dat men tevens de hoedanigheid van certificaathouder heeft (en in verband met welke hoedanigheid deze rechten ook zijn toegekend);
- (e) kwalitatieve verplichtingen in de zin van verplichtingen die voortvloeien uit het schuldeiserschap of uit de daarmee samenhangende nevenrechten.²⁶³

De aansprakenkant van het certificaat, het vorderingsrecht jegens de STAK, kan overgedragen worden door middel van cessie. Hiervoor zijn, behoudens stringentere vereisten op grond van de beheersovereenkomst, een onderhandse akte en een

259 Artikel 6:142 BW. Deze opsomming is evenwel slechts enuntiatief. Blijkens de parlementaire geschiedenis omvatten ziet artikel 6:142 lid 1 BW mede op de nevenrechten die bij de vordering horen en de inhoud daarvan mede bepalen, zoals een keuzerecht bij een alternatieve verbintenis (C.J. van Zeven en J.W. du Pon (met medewerking van M.M. Olthof), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*; boek 6, algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, pagina 531).

260 Zie *Parlementaire geschiedenis BW* boek 6, pagina 528. Zie voorts bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, 2017/261, J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, Kluwer Deventer 2011, nr. 739, M.H.E. Rongen, *Cessie*, Kluwer Deventer, dissertatie 2012, nr. 964 en (onder het oude recht) J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht*, Tjeenk Willink Zwolle 1937, pagina 328, alsmede HR 12 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3370, NJ 2000/222.

261 Artikel 6:251 BW.

262 Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 129.

263 In tegenstelling tot de kwalitatieve verplichtingen met betrekking tot registergoederen van artikel 6:252 BW.

(vormvrije) mededeling van de cessie aan de STAK voldoende.²⁶⁴ Bij de cessie gaan met de vordering mee over op de cessionaris: (i) nevenrechten²⁶⁵, (ii) kwalitatieve rechten²⁶⁶, (iii) kwalitatieve verplichtingen²⁶⁷. Derhalve blijft een aantal elementen van de rechtsverhouding tussen STAK en certificaathouder achter bij de certificaathouder:

- rechten verbonden aan deze rechtsverhouding als zodanig, in plaats van de vordering, zoals bevoegdheden tot opzegging, ontbinding of vernietiging wegens een wilsgebrek, hetgeen ook betekent dat de bevoegdheid om de certificaten te royeren achterblijft bij de cederende certificaathouder;
- verplichtingen die niet voortvloeien uit het schuldeiserschap of de nevenrechten, maar wat verder verwijderd zijn van het overgedragen vorderingsrecht, hetgeen niet zozeer problematisch is voor de cessionaris, noch voor de debitor cessus/STAK,²⁶⁸ maar potentieel wel voor de cedent, aangezien deze (mogelijk) niet bevrijd wordt van alle verplichtingen die hij jegens de STAK heeft.

Zekerheidshalve lijkt het mij derhalve verstandig om het certificaat over te dragen door middel van een contractsoverneming, aangezien daarmee zeker gesteld wordt dat (in principe) de gehele rechtsverhouding van de economisch eigenaar met de juridisch eigenaar overgaat op de overnemer.²⁶⁹ Dit dient zowel het belang van de overdragende certificaathouder, bij wie in geval van contractsoverneming geen (kern)verplichtingen achterblijven,²⁷⁰ als het belang van de opvolgende certificaathouder, die in dat geval ook de bevoegdheden verkrijgt, die strekken tot het beëindigen van de rechtsverhouding met de STAK.

Voor contractsoverneming is weliswaar medewerking van de STAK vereist,²⁷¹ maar aangezien deze bij voorbaat verleend kan worden,²⁷² kan men echter reeds bij het sluiten van de overeenkomst voorsorteren op de mogelijkheid van contractsoverneming.

264 Artikel 3:94 lid 1 BW. Op grond van lid 3 is ook stille cessie mogelijk, waarbij de mededeling aan de juridisch eigenaar achterwege kan blijven. De verkrijger kan het vorderingsrecht jegens de juridische eigenaar echter pas uitoefenen nadat alsnog mededeling aan de juridisch eigenaar is gedaan.

265 Op grond van artikel 6:142 BW.

266 Op grond van artikel 6:251 BW.

267 Zie Parlementaire geschiedenis BW boek 6, pagina 535, alsmede Rongen, dissertatie 2012, nr. 961.

268 Diens positie wordt voorts ook bij het overgaan van verplichtingen beschermd door artikel 6:144 lid 1 BW, waarin bepaald is dat de cedent jegens de STAK instaat voor het nakomen van deze overgegangene verplichtingen door de cessionaris.

269 Artikel 6:159 lid 2 BW.

270 Indien alleen het vorderingsrecht via cessie wordt overgedragen en er gaan daarbij verplichtingen voortvloeiend uit het schuldeiserschap of uit nevenrechten over op de verkrijger, dan staat de oorspronkelijke schuldeiser bovendien in voor de nakoming daarvan (artikel 6:144 lid 1 BW). Indien men kiest voor contractsoverneming kan de oorspronkelijke certificaathouder zich in beginsel echter volledig van de met het certificaat samenhangende verplichtingen bevrijden, hetgeen gezien de vereiste medewerking van diens wederpartij ook aanvaardbaar is.

271 Artikel 6:159 lid 3 jo. 6:155 BW.

272 Artikel 6:159 lid 3 jo. 6:156 BW.

Uiteraard speelt bij de overweging om al dan niet bij voorbaat toestemming te geven voor contractsoverneming een rol wat de achtergrond is van de certificering. Bij certificering uit beschermingsmotieven, waarbij het beperken van de overdraagbaarheid van de certificaten eerder een uitgangspunt zal zijn, is het minder voor de hand liggend om bij voorbaat toestemming te verlenen. Aan de toestemming bij voorbaat kunnen evenwel voorwaarden verbonden worden,²⁷³ zodat de STAK deze niet ongeclausuleerd hoeft te verlenen en zij dus in zekere mate kan voorkomen dat overdracht van de certificaten plaatsvindt buiten de kaders van het met de certificering nagestreefde doel.²⁷⁴

Een cessie in combinatie met een schuldoverneming lijkt mij overigens geen werkbaar alternatief voor contractsoverneming, om twee redenen. Allereerst zijn de rechtsgevolgen van cessie plus schuldoverneming tezamen niet gelijk aan die van contractsoverneming, aangezien ook in dit geval de wilsrechten achterblijven.²⁷⁵ Daarnaast geldt ook voor schuldoverneming dat de juridisch eigenaar zijn medewerking moet verlenen aan het overnemen van verplichtingen door de overnemende economisch eigenaar, gezien de door artikel 6:155 BW vereiste toestemming. In termen van te vervullen formaliteiten is dit derhalve geen eenvoudiger route dan contractsoverneming.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat vrij algemeen wordt gesteld dat de wijze van overdracht van een certificaat een cessie is.²⁷⁶ In het bijzonder zij gewezen op de mening van Vegter, die op basis van de veronderstelling dat na overdracht van het te certificeren vermogen aan de STAK geen verplichtingen voor de (overdragende) certificaathouder meer voortvloeien uit de beheersovereenkomst, concludeert dat de STAK na cessie ontslagen is uit zijn rechtsverhouding tot deze certificaathouder. Zijns inziens gaat in dit geval de rechtsverhouding over op de nieuwe certificaathouder zonder dat hiervoor contractsoverneming nodig is, inclusief eventuele hieraan verbonden wilsrecht, zoals de bevoegdheid tot opzegging. Voor het uitsluiten van onzekerheid acht hij contractsoverneming echter toch de beste weg.²⁷⁷ Mede gezien deze onzekerheid lijkt het mij evenwel sterk aan te bevelen om bij de overdracht van certificaten de route van contractsoverneming te volgen. Dan wordt zeker gesteld dat de overnemende certificaathouder in de gehele positie van de overdrager is getreden en dat deze laatste

273 Zie bijvoorbeeld T.J. Mellema-Kranenburg, *Verbintenissenrecht* (Groene Serie Privaatrecht), Kluwer Deventer, aantekening 2 bij artikel 6:156 BW.

274 Denkbaar is in dit verband dat, in geval van kwaliteitseisen aan de certificaathouders in combinatie met een aanbiedingsplicht in het geval van verkrijging (krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht) door een persoon die daar niet aan voldoet, de STAK bij voorbaat haar toestemming geeft voor de overdracht van de certificaten aan een persoon die wel aan deze kwaliteitseisen voldoet.

275 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, 2017/302, waar wordt opgemerkt dat de bevoegdheid tot ontbinding of vernietiging van een overeenkomst waaruit een overgenomen schuld voortspuit uitsluitend toekomt aan de oude schuldenaar, alsmede nr. 309.

276 Zie bijvoorbeeld Eisma, *preadvies* 1990, pagina 63, Van den Ingh, *dissertatie* 1991, pagina 128, Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/661 en S.B. Garcia Nelen en C.A. Schwarz, *Certificering van aandelen bij NV en BV*, Sdu Den Haag 2016, pagina 86.

277 Vegter, *preadvies* 2004, pagina 117.

geen band meer met de STAK heeft, welke zekerheid niet bewerkstelligd kan worden door middel van cessie,²⁷⁸ al dan niet in combinatie met schuldoverneming.

Hiervoor ben ik uitgegaan van certificaten op naam, maar certificaten aan toonder of aan order zijn ook mogelijk. Certificaten aan toonder (of aan order) kunnen eenvoudig overgedragen worden doordat de certificaa houder het toonderpapier levert aan de overnemer door het in diens macht te brengen.²⁷⁹ Hierbij geldt echter een vergelijkbaar probleem als bij de cessie van een certificaat op naam: slechts het vorderingsrecht en de daarbij horende nevenrechten worden overgedragen, terwijl het overige deel van de rechtsverhouding achterblijft bij de oorspronkelijke certificaa houder. Een verschil is dat bij overdracht van een certificaat aan toonder of order de overdrager niet hoeft in te staan voor verplichtingen, voortvloeiend uit het schuldeiserschap of de nevenrechten, die overgaan op de verkrijger.²⁸⁰ Daarnaast wordt bij de overdracht van een vordering aan toonder of order de verkrijger beschermd, doordat de schuldenaar, in dit geval dus de STAK, zijn verweermiddelen tegen de overdragende schuldeiser niet tegen de verkrijger kan inroepen, tenzij deze aan de verkrijger bekend waren of kenbaar voor hem uit het toonder- of orderpapier.²⁸¹

7.7.3.2 Overdraagbaarheid van certificaten

Artikel 3:83 lid 2 BW bepaalt dat de overdraagbaarheid van vorderingen kan worden uitgesloten. Een dergelijk verbod heeft goederenrechtelijke werking, zodat een overeenkomst in strijd daarmee niet geldig is.²⁸² Dit betekent dat voor zover het certificaat de vorm heeft van een vorderingsrecht, de overdraagbaarheid daarvan (volledig) kan worden uitgesloten. Daarnaast kan op basis van deze bepaling een certificaat gedeeltelijk in zijn overdraagbaarheid beperkt worden, bijvoorbeeld op de volgende wijzen:

278 Vergelijk in dit verband J.H. Beekhuis, in Liber Americum Jan Ronse: Nieuwe vormen van economische eigendom in Nederlands recht, E. Story-Scientia Gent 1986, paragraaf 7, waar hij opmerkt dat de overdracht van economische eigendom dient te geschieden door middel van contractsoverneming (en wellicht zelfs geen andere wijze van overdracht mogelijk is), omdat bij cessie rechten en verplichtingen verdeeld raken over de economisch eigenaar en de cessionaris. Ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, nr. 2013/581, refereert aan overdracht door middel van contractsoverneming. Vergelijk ten slotte W.G. Huijgen, Economische eigendom, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1995, paragraaf 7. Hetzelfde principe is mijns inziens toepasbaar bij certificering, hetgeen in principe een vorm van economische eigendom is (zie ook De Leeuw 2018).

279 Artikel 3:93 jo 3:90 BW. In geval van een orderpapier is ook een endossement vereist.

280 Artikel 6:144 lid 2 BW.

281 Artikel 6:146 lid 1 BW.

282 HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, NJ 2004/281, rechtsoverwegingen 3.4.1 en 3.4.2, alsmede HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167, waarin de Hoge Raad zijn eerdere arrest expliciet bevestigt. Getuige het laatste arrest is de formulering wel belangrijk: uit het beding moet duidelijk blijken dat goederenrechtelijke onoverdraagbaarheid is beoogd en (slechts) een verbintenisrechtelijke beperking (vergelijk ook J.W.A. Biemans, Wanneer zijn certificaten uitgegeven door een STAK goederenrechtelijk onoverdraagbaar?, FTV 2019/26).

- het vestigen van een pandrecht en/of een recht van vruchtgebruik wordt uitgesloten;
 - er wordt een blokkeringsregeling geïntroduceerd (zie nader paragraaf 7.7.3.2.1);
- of
- er worden kwaliteitseisen gesteld aan de certificaathouders, bijvoorbeeld dat deze lid moeten zijn van een bepaalde familie (zie nader paragraaf 7.7.3.2.2).

De goederenrechtelijke werking van artikel 3:83 lid 2 BW brengt met zich dat ook rechtshandelingen in strijd met een dergelijke gedeeltelijke beperking van de overdraagbaarheid niet geldig zijn.

Dergelijke beperkingen in de overdraagbaarheid staan op zich los van de royeerbaarheid van de certificaten, maar deze kunnen wel het effect hebben dat de certificaten niet of minder gemakkelijk liquide te maken zijn door de certificaathouder. Zeker in combinatie met een beperking of uitsluiting van de royeerbaarheid kan het gevolg zijn dat de certificaathouder niet in staat is om de waarde van het gecertificeerde vermogen te gelde te maken. Hij is dan voor het realiseren van waarde in belangrijke mate afhankelijk van de inkomsten uit het gecertificeerde vermogen, waarbij zij aangetekend dat ook op dat punt de STAK een vrijheid toegekend gekregen kan hebben om deze al dan niet uit te keren. In paragraaf 7.14.3 bespreek ik de vraag in hoeverre een cumulatie van dergelijke beperkende maatregelen nog als aanvaardbaar beschouwd kan worden.

7.7.3.2.1 Blokkeringsregelingen

Een blokkeringsregeling roept in eerste instantie associaties op met aandelen, aangezien deze bij besloten vennootschappen gangbaar is en ook tot de invoering van de Flex-BV per 1 oktober 2012 verplicht was.²⁸³ Een vergelijkbare regeling kan echter ook worden toegepast bij certificaten, om te bewerkstelligen dat deze niet vervreemd worden aan personen die, gezien het doel van de certificering, als certificaathouder niet gewenst zijn, zonder dat de overdraagbaarheid van de certificaten volledig uitgesloten hoeft te worden. Een belangrijk verschil met een blokkeringsregeling bij een besloten vennootschap, is dat de regeling zich in dat geval slechts richt op het voorkomen van toetreding van aandeelhouders die de zittende aandeelhouders onwelgevallig zijn. Bij certificering kan de blokkeringsregeling deze functie ook hebben, maar daarnaast is de vraag in hoeverre de regeling (zelfstandig) kan verhinderen dat de certificaathouders uittreden, zeker indien zij dit alle of in

283 Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa, 2019/382.

meerderheid zouden willen. Daarnaast heeft een in de administratievoorwaarden opgenomen blokkeringsregeling goederenrechtelijke werking.²⁸⁴

Blokkeringsregelingen komen in twee basisvarianten voor, een aanbiedingsregeling en een goedkeuringsregeling.²⁸⁵ De essentie van een aanbiedingsregeling is dat de certificaathouder zijn certificaten eerst zal moeten aanbieden aan zijn medecertificaathouders. Eventueel kan sprake zijn van een mogelijkheid voor de STAK om andere (derde)gegadigden aan te wijzen. Pas indien deze andere certificaathouders c.q. gegadigden niet of niet volledig bereid zijn om de aangeboden certificaten over te nemen, staat het de aanbiedende certificaathouder vrij om (gedurende een bepaalde periode) aan een derde te vervreemden. De goedkeuringsregeling houdt in de kern in dat een partij, bijvoorbeeld een orgaan van de STAK,²⁸⁶ goedkeuring moet verlenen voor de vervreemding van de certificaten. Indien deze goedkeuring geweigerd wordt, kan voorzien zijn in de mogelijkheid dat het desbetreffende orgaan één of meer gegadigden aanwijst die bereid zijn tot overname van de certificaten. Slechts indien geen sprake is van een dergelijke aanwijzing wordt de goedkeuring geacht te zijn verleend en kan de aanbiedende certificaathouder vervreemden aan zijn “eigen” koper. Beide basisvarianten kunnen op meerdere wijzen worden ingevuld, bijvoorbeeld met een “vrije kring” waarbinnen zonder aanbiedingsplicht of goedkeuring kan worden overgedragen of een bepaling inzake de waardering van de certificaten voor het geval van aanbieding aan de andere certificaathouders of door de STAK aangewezen gegadigden. Zeker de laatste bepaling lijkt mij ter voorkoming van geschillen sterk aan te bevelen. Aangezien er geen wettelijke regeling is voor blokkeringsregelingen bij certificering, bestaat er een grote mate van vrijheid om deze zelf in te vullen. In de onderhavige context beperk ik mij evenwel tot de genoemde basisvarianten.

Indien het doel van de certificering is om een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang te bewerkstelligen, zodat de blokkeringsregeling mogelijk ook kan dienen om uittreding door de certificaathouders te voorkomen, hebben beide varianten hun voor- en nadelen. Voor de aanbiedingsregeling spreekt dat deze in de hand werkt dat de certificaten binnen de groep van bestaande certificaathouders blijven. Deze regeling is echter ook in zekere mate vatbaar voor manipulatie door de certificaathouders: door alle de aangeboden certificaten te weigeren, kunnen zij bereiken dat de aanbiedende certificaathouder vrijelijk kan vervreemden. Een mogelijkheid voor (het bestuur van) de STAK om zelf alternatieve gegadigden aan te wijzen kan daarvoor een oplossing bieden, mits dergelijke gegadigden redelijkerwijs

284 Zie ook rechtbank Den Haag 29 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10212 rechtsoverweging 4.28 e.v. Overigens achtte de rechtbank in dit geval bekrachtiging mogelijk.

285 Zie voor een beschrijving van de regeling bij besloten en naamloze vennootschappen Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa, 2019/384 e.v.

286 Dit kan het bestuur zijn, maar ook een vergadering van certificaathouders. De mate waarin men de zeggenschap van de certificaathouders wenst te beperken, bepaalt welke variant men kiest.

gevonden kunnen worden. Een denkbaar alternatief is dat de STAK zelf als verkrijger optreedt (zie evenwel nader hierna).

Dit laatste aspect is tevens de zwakte van een goedkeuringsregeling: hoewel deze de STAK ogenschijnlijk meer invloed biedt, omdat zij de goedkeuring al dan niet kan verlenen, rust op haar dan de taak om ook een alternatieve gegadigde te vinden. Bij een restrictief geformuleerd doel van de certificering, althans een kleine groep wenselijke certificaathouders, is de vraag of een dergelijke gegadigde redelijkerwijs te vinden is. Wellicht zou de STAK zelf in voorkomend geval als verkrijger kunnen optreden, maar dit heeft een aantal bezwaren:

- Aangezien de STAK zelf geen vermogen heeft, zou zij de koopsom voor de certificaten moeten lenen. Tenzij de waardering van de certificaten erg gunstig (dat wil zeggen: laag) is ten opzichte van de waarde van het gecertificeerde vermogen, brengt dit onwenselijke risico's met zich voor de andere certificaathouders.
- Als de STAK zelf rechthebbende wordt op het certificaat, wordt zij schuldeiser van zichzelf. Dat betekent dat de desbetreffende certificaten door vermenging tenietgaan.²⁸⁷ Dit impliceert bij een waardering van de certificaten onder de marktwaarde van de gecertificeerde goederen, dat er vermogen bij de STAK komt.
- In het hypothetische geval dat alle certificaathouders op deze wijze hun certificaten aan de STAK zouden vervreemden, komt het gecertificeerde vermogen in beginsel in de dode hand. Dit kan weliswaar ondervangen worden door een bepaling dat de STAK in dat geval haar vermogen zou mogen liquideren en besteden aan een goed doel, maar het eigenlijke doel van de certificering is daar vanzelfsprekend niet mee gediend.

Derhalve lijkt mij dit geen begaanbare route om de certificaten in de gewenste handen te houden, hetgeen uiteindelijk het doel van een blokkeringsregeling is. Om de effectiviteit van de blokkeringsregeling te vergroten, zijn twee aanvullende regelingen denkbaar:

- Kwaliteitseisen, als gevolg waarvan de kring van potentiële gegadigden (sterk) beperkt kan worden, tot bijvoorbeeld uitsluitend bepaalde familieleden van de insteller. Men kan zich zelfs de vraag stellen in hoeverre een blokkeringsregeling nog van toegevoegde waarde is naast een goed geformuleerde kwaliteitseis, mede in aanmerking nemend dat die kwaliteitseis in dit geval goederenrechtelijke werking heeft.
- Een regeling voor de waardering van de certificaten in het geval van overdracht aan

287 Artikel 6:161 BW. Enzo Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 130.

een door de STAK aangewezen gegadigde. Afhankelijk van de factoren waarmee rekening gehouden wordt, kan de uitkomst van deze berekening ertoe leiden dat de waarde van de certificaten (significant) lager is dan de waarde in het economische verkeer van de gecertificeerde goederen waar deze certificaten een aanspraak op geven. Zeker bij niet-royeerbare certificaten kan een dergelijk waardeverschil bovendien reëel zijn.²⁸⁸ Het risico bestaat echter dat de waardebepalingsclausule, al dan niet terecht, gezien wordt als een soort van boetebepaling die ongewenste vervreemding van de certificaten bestraft.²⁸⁹ De wenselijkheid van een dergelijke “straf” is mijns inziens te betwijfelen en het lijkt mij ook de vraag in hoeverre dit, althans in combinatie met andere beperkende maatregelen zoals volledige niet-royeerbaarheid van de certificaten, nog als aanvaardbaar kan worden beschouwd, aangezien betoogd kan worden dat de verkrijger van dergelijke certificaten in feite weinig of niets in handen krijgt.²⁹⁰

Om op evenwichtige wijze een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang te bereiken, dat wil zeggen op een wijze die ook recht doet aan de belangen van de certificaathouders, zou men zich mijns inziens moeten beperken tot een neutraal uitwerkende blokkeringsregeling, al dan niet in combinatie met kwaliteitseisen aan de certificaathouders. Met “neutraal uitwerkend” doel ik hier met name ook op een waarderingsclausule die enerzijds rekening houdt met de aan een certificaat verbonden beperkingen, maar anderzijds de belangen van de certificaathouder niet uit het oog verliest. De facto zal overigens naar mijn mening bijvoorbeeld een beperking in de royeerbaarheid van de certificaten of een bevoegdheid van de STAK om inkomsten niet uit te keren, maar te herinvesteren, vanzelf ook als een soort blokkeringsregeling uitwerken, omdat dit de groep derden die bereid zal zijn om dergelijke certificaten te kopen, althans voor een prijs die enigszins in de buurt ligt van de waarde van het gecertificeerde vermogen, aanzienlijk zal beperken.

7.7.3.2.2 Kwaliteitseisen/aanbiedingsplicht

Een gedeeltelijke beperking in de overdraagbaarheid van de certificaten kan ook de vorm hebben van een kwaliteitseis. Deze kan bijvoorbeeld inhouden dat de certificaten slechts overgedragen mogen worden aan bepaalde familieleden. Gezien artikel 3:83 lid 2 BW heeft een dergelijke kwaliteitseis goederenrechtelijke werking, hetgeen de effectiviteit uiteraard ten goede komt.

Dit voorkomt evenwel niet volledig dat de certificaten terecht kunnen komen bij een persoon buiten de beoogde kring van certificaathouders: als gevolg van een

288 Zie nader paragraaf 7.14.4.

289 Eventueel nog te combineren met een mechanisme dat de vrijvallende waarde ten goede laat komen aan de achterblijvende certificaathouders, om het afschrikeffect nog wat te vergroten.

290 Zie nader paragraaf 7.14.3.

overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of erfrecht kan dit toch gebeuren. Om de certificaten weer binnen de gewenste kring te krijgen, dient de kwaliteitseis gecombineerd te worden met een aanbiedingsplicht, voor personen die niet aan de kwaliteitseis voldoen, maar hier wel rechthebbende op zijn geworden. Ook hier verdient het aanbeveling om bij de aanbiedingsplicht een waarderingsclausule op te nemen, die zowel recht doet aan de (waarde)beperkende kenmerken van het certificaat, als aan de belangen van degene die verplicht wordt om de certificaten aan te bieden.

7.7.4 Beperkte rechten op certificaten

Indien de overdraagbaarheid van de certificaten niet op dit punt is beperkt, is het mogelijk om beperkte rechten op de certificaten te vestigen. Bij certificaten zijn mogelijke beperkte rechten een recht van vruchtgebruik of een pandrecht. Van belang is dat, indien zeggenschapsrechten²⁹¹ verbonden zijn aan het certificaat, bepaald wordt wie deze rechten mag uitoefenen, de certificaathouder of de beperkt gerechtigde.²⁹² Bij certificering in familiale context ligt mijns inziens overigens voor de hand om ofwel het vestigen van beperkte rechten geheel uit te sluiten ofwel dit slechts toe te laten onder de voorwaarden dat de zeggenschapsrechten van de certificaathouders bij de certificaathouders blijven. Deze rechten zijn mijns inziens bedoeld om de certificaathouders in staat te stellen om hun belangen te waarborgen tegenover de STAK en een eventueel ander belang dat zij met de certificering moet nastreven en niet om ten voordele van beperkt gerechtigden te strekken.

De vraag rijst voorts wat er gebeurt met deze beperkte rechten indien gedecertificeerd wordt. Hierbij kan bovendien onderscheid gemaakt worden tussen de situatie dat dit op initiatief van de certificaathouder geschiedt (royering) of op initiatief van de STAK (of wellicht beide gezamenlijk). Ook is denkbaar dat automatisch gedecertificeerd wordt, als dit afhankelijk gemaakt is van de vervulling van een voorwaarde of tijdsbepaling. Decertificering heeft tot gevolg dat het certificaat vervalt, aangezien de kern hiervan de vordering is die aanspraak geeft op het gecertificeerde vermogen en deze vordering wordt voldaan.²⁹³ Gezien het bepaalde in artikel 3:81 lid 2 sub a BW gaat het recht van vruchtgebruik of pandrecht teniet, indien het recht waaruit dit is afgeleid teniet gaat. Dit impliceert dat, behoudens een regeling voor deze situatie, decertificering ertoe leidt dat ook het daarop gevestigde beperkte recht teniet gaat.

291 Zowel die uit hoofde van de administratievoorwaarden (paragraaf 7.9.1), als eventueel uit de statuten van de STAK voortvloeiende rechten (paragraaf 7.8.2.5.5).

292 Stemrecht dat verbonden is aan een goed dat aan vruchtgebruik is onderworpen blijft bij de hoofdgerechtigde, tenzij bij vestiging anders is bepaald (artikel 3:219 BW). Voor pandrecht geldt een vergelijkbare regel (artikel 3:247 BW). Niet alle aan de certificaathouder toe te kennen zeggenschapsrechten zijn echter naar mijn mening te beschouwen als stemrecht. Om onduidelijkheid te voorkomen is dus aan te raden om bij vestiging een regeling te treffen.

293 Zie nader paragraaf 7.10.3.

Bij beide beperkte rechten is sprake van een dergelijke regeling. Bij vruchtgebruik is dit geregeld in artikel 3:210 BW. Lid 1 van deze bepaling regelt dat de vruchtgebruiker bevoegd is tot het eisen van nakoming van vorderingen die aan het vruchtgebruik onderworpen zijn, alsmede tot het in ontvangst nemen van betalingen, tenzij bij vestiging van het vruchtgebruik anders bepaald is. Op grond van lid 2 is de vruchtgebruiker bovendien bevoegd tot opzegging en ontbinding van overeenkomsten, wanneer dit tot een goed beheer dienstig kan zijn, weer tenzij anders bepaald is. De hoofdgerechtigde heeft bovendien deze bevoegdheden niet, behoudens met toestemming van de vruchtgebruiker of met machtiging van de kantonrechter (lid 3). Artikel 3:213 lid 1 BW bepaalt in aanvulling daarop dat hetgeen door inning van aan het vruchtgebruik onderworpen vorderingen wordt ontvangen aan de hoofdgerechtigde toebehoort, onder de last van het vruchtgebruik.

De certificaathouder kan derhalve niet zonder toestemming van de vruchtgebruiker (of rechterlijke machtiging) de certificaten royeren of betalingen op het certificaat in ontvangst nemen. Als hij dit bevoegdelijk doet, komt het vruchtgebruik bovendien te rusten op hetgeen door de STAK is betaald, zodat de positie van de vruchtgebruiker gewaarborgd blijft. Dit geldt ook indien de decertificering wordt geïnitieerd door de STAK of indien deze automatisch plaatsvindt als gevolg van het vervullen van een voorwaarde of tijdsbepaling, aangezien ook dan sprake is van een in ontvangst te nemen betaling op het certificaat.

Voor het pandrecht geeft artikel 3:246 BW een redelijk vergelijkbare regeling. Dit bepaalt dat in geval van een pandrecht op een vordering de pandhouder bevoegd is nakoming te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Een uitzondering geldt daarbij voor een stil pandrecht: zolang dit pandrecht niet is medegedeeld aan de schuldenaar, blijven de bevoegdheid om nakoming te eisen en betalingen in ontvangst te nemen bij de pandgever (lid 1). Degene die voornoemde bevoegdheden heeft, is bovendien bevoegd tot opzegging, in de situatie waarin de vordering nog niet opeisbaar is, maar wel door opzegging opeisbaar gemaakt kan worden (lid 2). Na mededeling van het pandrecht aan de schuldenaar kan de pandgever deze bevoegdheden niet meer uitoefenen, behoudens met toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter (lid 4). Indien sprake is van een inning van de verpande vordering met toestemming of rechterlijke machtiging, komt het pandrecht bovendien op het geïnde te rusten.

Deze bepaling zal de houder van een pandrecht op certificaten in veel gevallen beschermen. Tenzij sprake is van een stil pandrecht, dat nog niet aan de STAK is medegedeeld, zal de certificaathouder de uit zijn certificaat voortvloeiende vordering niet kunnen innen, betalingen die de STAK doet niet in ontvangst kunnen nemen en de certificaten niet kunnen royeren, althans niet zonder toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter. Indien met dergelijke toestemming of machtiging komt het pandrecht bovendien te rusten op hetgeen de certificaathouder van de STAK

ontvangt. Als ten slotte sprake is van decertificering door de STAK om enige reden, of automatische decertificering, dan is sprake van een betaling die in ontvangst genomen moet worden. Deze betaling komt dan gezien het voorgaande ofwel in handen van de pandhouder, ofwel in handen van de certificaathouder, maar dan bezwaard met het pandrecht. De positie van de pandhouder blijft dan beschermd.

Een aandachtspunt is evenwel de situatie waarin zich een stil pandrecht voordoet, dat nog niet aan de STAK is medegedeeld. De certificaathouder blijft in dat geval bevoegd tot inning en royerling van de certificaten. Het certificaat/vorderingsrecht gaat dan door betaling door de STAK teniet, terwijl geen pandrecht op het geïnde komt te rusten. Gezien jurisprudentie van de Hoge Raad behoudt de pandhouder echter zijn voorrang op het geïnde.²⁹⁴ Dit risico is bovendien niet anders dan het risico dat de houder van een stil pandrecht op een willekeurige andere vordering loopt.

7.8 Het administratiekantoor

In deze paragraaf bespreek ik het administratiekantoor. Ik ga daarbij allereerst in op de rechtsvorm van het administratiekantoor, alvorens de verhouding tussen het administratiekantoor en de certificaathouder en de organisatie van het administratiekantoor te behandelen. Ik sluit af met de vraag in hoeverre de beschikkingsbevoegdheid van het administratiekantoor ter zake van het gecertificeerde vermogen beperkt is of beperkt kan worden.

7.8.1 Rechtsvorm van het administratiekantoor

Het administratiekantoor is niet aan een bepaalde rechtsvorm gebonden en ook een natuurlijke persoon zou als administratiekantoor kunnen fungeren. Aangezien de gecertificeerde goederen volledig in het vermogen van het administratiekantoor vallen,²⁹⁵ zijn zij ook volledig vatbaar voor verhaal door de eigen crediteuren van het administratiekantoor. Overdracht van goederen ten titel van beheer kan derhalve behoorlijke risico's met zich brengen, die bij een natuurlijke persoon als administratiekantoor niet te beperken zijn.²⁹⁶ Een rechtspersoon heeft om die reden sterk de voorkeur, aangezien deze een beperkte doelomschrijving kan krijgen. Dat beperkt uiteraard niet de theoretische risico's van verhaal, maar zou in principe wel

294 Vergelijk HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 (Mulder q.q./Credit Lyonnais Nederland NV), inzake inning van een stil verpande vordering door de faillissementscurator van de pandgever. De Hoge Raad oordeelt (onder meer) dat de pandgever (althans de curator) inningsbevoegd is en dat het pandrecht niet komt te rusten op het geïnde. De Hoge Raad concludeert evenwel tot voorrang van de pandhouder op het geïnde.

295 Als de overdracht niet die strekking zou hebben, levert zij geen geldige titel op, gezien artikel 3:84 lid 3 BW (zie paragraaf 7.6).

296 In het (verre) verleden kwam het overigens wel voor: de Grootboekwet van 1809 ging duidelijk uit van deze mogelijkheid en ook Land refereert hieraan en noemt een voorbeeld: de Engelsman Rothschild gaf in 1831 certificaten uit van Grootboekinschrijvingen (zie Land, WPNR 1908/2012, pagina 366).

moeten voorkomen dat het administratiekantoor crediteuren heeft die geen connectie hebben met de certificering, zodat er niet zodanige “andere” crediteuren zijn die zich op het gecertificeerde vermogen zouden kunnen willen verhalen.

In het verleden zijn vaak naamloze vennootschappen gebruikt als administratiekantoor; tegenwoordig is het echter gebruikelijk om hiervoor een stichting te nemen.²⁹⁷ Een stichting heeft ook een duidelijk voordeel boven een besloten of naamloze vennootschap of een vereniging: bij een stichting ontbreekt een algemene vergadering van aandeelhouders of algemene ledenvergadering, die invloed zou kunnen uitoefenen op het beheer van het gecertificeerde vermogen, zodat het bestuur een relatief grote bewegingsvrijheid heeft. Desgewenst kan deze bewegingsvrijheid natuurlijk ingeperkt worden door bevoegdheden toe te kennen aan een vergadering van certificaathouders of een (ander) toezichthoudend orgaan. De wijze waarop een stichting georganiseerd is, biedt hiervoor in elk geval meer vrijheid.

Het uitkeringsverbod bij stichtingen van artikel 2:285 lid 3 BW staat niet in de weg aan het fungeren van de stichting als administratiekantoor: de stichting is op grond van de door haar gesloten beheersovereenkomst verplicht tot het doen van betalingen aan de certificaathouders. Deze vormen derhalve geen uitkeringen in de zin van het uitkeringsverbod.²⁹⁸

7.8.2 Rechtsverhouding tussen certificaathouder en administratiekantoor

Tussen de certificaathouder en de STAK²⁹⁹ kan een enkelvoudige of een gemengde rechtsverhouding bestaan.³⁰⁰ In ieder geval is sprake van een obligatoire rechtsverhouding, die voortvloeit uit de tussen hen gesloten beheersovereenkomst, welke is neergelegd in de administratievoorwaarden. Voorts kan sprake zijn van een organisatierechtelijke verhouding. Wettelijke regelingen die expliciet zien om op de verhouding tussen certificaathouder en STAK zijn er maar in zeer beperkte mate en dan met name met betrekking tot certificaten van aandelen.³⁰¹ Ik ga hierna eerst in op de administratievoorwaarden en vervolgens op de invloed van de statuten van de STAK op de positie van de certificaathouder.

297 Zie Eisma, preadvies 1990, pagina 78. Verenigingen als administratiekantoor komen overigens sporadisch voor, zie rechtbank Den Haag 19 februari 1982, ECLI:NL:RBSGR:1982:AC7537, NJ 1983/522.

298 Zie ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/568, alsmede T.F.H. Reijnen, Het uitkeringsverbod bij de stichting, een nog niet beëindigde discussie, WPNR 2013/6989, pagina 794.

299 Waar in de voorgaande paragraaf met betrekking tot de rechtsvorm van het administratiekantoor een neutralere aanduiding op zijn plaats was, spreek ik hier weer eenvoudshalve van STAK.

300 Vergelijk ook Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 151.

301 Zie bijvoorbeeld het wettelijk pandrecht op aandelen en schuldvorderingen van artikel 3:259 BW en het vergaderrecht bij besloten vennootschappen van artikel 2:227 BW.

7.8.2.1 Administratievoorwaarden

De beheersovereenkomst, neergelegd in de administratievoorwaarden, is een wederkerige overeenkomst. De beheersovereenkomst wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW en die van artikel 6:248 BW. De (hoofd) verplichting die voor de certificaathouder uit de beheersovereenkomst voortvloeit, is de overdracht van de te certificeren goederen of eventueel contanten aan de STAK, die reeds bij het ontstaan van de certificering voldaan wordt. Daarna rusten voor de certificaathouder weinig of zelfs geen verplichtingen.³⁰² Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een verplichting voor de certificaathouder om een pro rata aandeel van de kosten van het beheer en/of de inning van inkomsten voor zijn rekening te nemen. Daartegenover staat als voornaamste recht van de certificaathouder zijn aanspraak op het gecertificeerde vermogen en de inkomsten daaruit. Ook kan de certificaathouder uit hoofde van de beheersovereenkomst aanvullende bevoegdheden hebben, zoals een mogelijkheid tot het royeren van de certificaten en invloed op een eventuele wijziging van de administratievoorwaarden, welke sterk afhankelijk zijn van de omstandigheden van ieder geval en het met die certificering nagestreefde doel.

Voor de STAK brengt de beheersovereenkomst met zich, dat zij weliswaar juridisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is, maar dat zij haar eigendomsrecht niet te eigen bate uitoefent. Het belang dat hierbij wel dient te worden nagestreefd, hangt af van het doel van de certificering. Dit bepaalt mijns inziens ook in hoeverre de STAK met de belangen van de certificaathouder als economisch gerechtigde rekening dient te houden. Het is immers zeer wel denkbaar dat het doel van de certificering het nastreven van een maximale economische waarde voor de certificaathouder geheel of gedeeltelijk uitsluit. Zo verdraagt een certificering die de continuïteit van de onderneming van een vennootschap tot doel heeft zich slechts tot op zekere hoogte met het doen van dividenduitkeringen of impliceert een certificering die zich richt op het bijeenhouden van een kunstcollectie dat deze collectie niet te gelde gemaakt kan worden ten behoeve van de certificaathouders. Overigens is ook een certificering die zich wel richt op (uitsluitend) het economische belang van de certificaathouder goed denkbaar: bijvoorbeeld de variant die trekken heeft van een beleggingsfonds.

Mijns inziens zal een dergelijk als doel gesteld belang in beginsel prevaleren boven het economische belang van de certificaathouder.³⁰³ De mogelijkheid c.q. verplichting van de STAK om dit belang na te streven is echter niet absoluut: de STAK dient ook rekening

302 Ik onderschrijf de mening van Vegter (preadvies 2004, pagina 116 – 117) dat de verplichting om het beheer door de STAK te dulden en de eventuele verplichting om de certificering in stand te laten gezien kunnen worden als eigenschappen van het aan de certificaathouder toekomende vorderingsrecht.

303 Zie evenwel Vegter, preadvies 2004, pagina 106, die opmerkt dat de fiduciarius (STAK) zijn eigendomsrecht in het (uitsluitend) belang van de beneficiaris (certificaathouder) dient uit te oefenen.

te houden met de belangen van de certificaathouder. Hof Amsterdam³⁰⁴ oordeelde over een verzoek om een enquête bij een administratiekantoor.³⁰⁵ De verzoekende certificaathouders beschouwden het stemgedrag van het administratiekantoor op de gecertificeerde aandelen, onder meer betreffende het dividendbeleid, als grond voor twijfel aan een juist beleid. Het hof overweegt dat de bedoeling van de certificering het verzekeren van de continuïteit in het bestuur, beleid en onderneming betrof van de vennootschap wier aandelen gecertificeerd waren. Het hof oordeelt in dat verband dat het administratiekantoor aan het belang van die continuïteit niet een zodanig overwicht mag toekennen, dat daardoor de belangen van de certificaathouders op onevenredige wijze worden geschaad.

In dit verband zij voorts gewezen op een uitspraak van rechtbank Midden-Nederland.³⁰⁶ De betrof certificaten van aandelen in een besloten vennootschap, die vererfd waren. De enige erfgenaam was een algemeen nut beogende instelling, terwijl familieleden van de erflater het bestuur van de STAK en van de vennootschap vormden. Aan de erflater was een aanslag inkomstenbelasting opgelegd en de executeur had verzocht om een dividenduitkering om deze belasting te kunnen voldoen. De erfgenaam en tevens meerderheidscertificaathouder was voorstander van de uitkering. Na weigering van STAK en vennootschap volgde een kort geding. De voorzieningenrechter overwoog dat de STAK de gecertificeerde aandelen in een besloten vennootschap beheert ten behoeve van de certificaathouders en daarom met de uitoefening van het stemrecht en andere zeggenschapsrechten primair de belangen van de certificaathouders moet dienen. De verplichtingen voor de STAK uit de fiduciaire rechtsverhouding met de certificaathouders vallen deels samen, maar strekken ook verder dan die van artikel 2:8 BW. Gezien artikel 2:8 BW en de fiduciaire rechtsverhouding oordeelt de voorzieningenrechter dat het bestuur van de STAK en van de vennootschap niet in redelijkheid tot een weigering hadden kunnen komen. In casu was echter sprake van een belangentegenstelling tussen certificaathouder en STAK-bestuur persoonlijk en niet tussen de certificaathouder en een ander met de certificering na te streven belang.

Gezien het arrest Velázquez/Zalínco³⁰⁷ kan het bovendien zo zijn dat (het bestuur van) de STAK verplicht is tot het afleggen van rekening en verantwoording jegens de certificaathouders, ook als dit niet met zoveel woorden is opgenomen in de administratievoorwaarden. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording kan worden aangenomen indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan krachtens welke de een

304 Hof Amsterdam (OK) 2 november 1996, TVVS 1996/68. Zie voorts Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB1460, ARO 2007/100 (rechtsoverweging 3.7).

305 Dit was mogelijk omdat het administratiekantoor een besloten vennootschap was, vergelijk artikel 2:344 BW.

306 Rechtbank Midden-Nederland (voorzieningenrechter) 27 september 2017, nr. C/16/446066/KG ZA 17-678, Notamail 2017/249.

307 HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1089, NJ 2014/251.

jegens de andere (de rechthebbende) verplicht is om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden. Een degelijke verhouding kan voortvloeien uit de wet, een rechtshandeling of het ongeschreven recht. Aan het oordeel dat sprake is van een uit het ongeschreven recht voortvloeiende verplichting kan bijdragen dat sprake is van een rechtsverhouding die verwantschap vertoont met een of meer in de wet geregelde gevallen waarin een dergelijke verplichting is neergelegd, zoals gemeenschap, opdracht of zaakwaarneming. Ten slotte geeft de Hoge Raad aan dat sterk afhankelijk is van de omstandigheden van een geval of zich een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording voordoet, waarbij een rol kunnen spelen:

- de redenen waarom het beheer is gevoerd;
- de verhouding tussen degene die het beheer voerde en de rechthebbende;
- hetgeen in de relatie tussen partijen of in soortgelijke gevallen gebruikelijk is of was;
- de mate waarin degene die het beheer voerde zelfstandig kon en mocht handelen; en
- de mate waarin de rechthebbende in staat is geweest om de handelingen van degene die het beheer voerde te overzien en voor zijn belangen op te komen.

Dit in aanmerking nemend, alsmede de omstandigheid dat certificering zodanige parallellen met de overeenkomst van opdracht vertoont, dat de vraag rijst of wellicht sprake is van een overeenkomst van opdracht,³⁰⁸ zal bij certificering naar mijn mening veelal sprake zijn van een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording door de STAK aan de certificaathouder, ook als dit niet in de administratievoorwaarden geregeld is.³⁰⁹ Een dergelijke verplichting zal eerder aangenomen kunnen worden naarmate de administratievoorwaarden (of de statuten van de STAK) minder mogelijkheden toekennen aan de certificaathouder om het beleid van de STAK te beïnvloeden of te controleren. Overigens veronderstelt een regeling, die op evenwichtige wijze rekening houdt met zowel het met de certificering na te streven doel en het belang van de STAK enerzijds en het (economische) belang van de certificaathouder anderzijds, naar mijn mening dat een verplichting tot het periodiek afleggen van rekening en verantwoording door de STAK in de administratievoorwaarden wordt opgenomen.

In uitzonderlijke gevallen is zelfs mogelijk dat het bestuur van de STAK persoonlijk aansprakelijk is jegens de certificaathouders, getuige een tweetal uitspraken van de

308 Zie paragraaf 7.5.1.

309 Evenzo R.A. Wolf, Het certificaat van aandeel in de BV, WPNR 2016/7093, paragraaf 8.

president van rechtbank 's-Hertogenbosch.³¹⁰ Dit betrof de (voorgenomen) verkoop van de vennootschap wier aandelen gecertificeerd waren. Het bestuur van de STAK ging hierbij te werk zonder enig overleg met de certificaathouders en gaf ook geen gehoor aan een uitdrukkelijk verzoek van de certificaathouders om informatie. Uiteindelijk is de onderneming verkocht aan een vennootschap waarvan een van de bestuurders van de STAK directeur-grootaandeelhouder was. De president veroordeelt het bestuur in eerste instantie om niet zonder overleg met de certificaathouders de onderneming te verkopen en vervolgens, omdat de overdracht inmiddels plaatsgevonden bleek te hebben, op straffe van een dwangsom op de verkoopovereenkomst en daaruit voortvloeiende leveringen terug te draaien. Dit oordeel is bekrachtigd door hof 's-Hertogenbosch.³¹¹

7.8.2.2 Statuten STAK

Naast de administratievoorwaarden kunnen de statuten van de STAK haar rechtsverhouding met de certificaathouder (nader) regelen. Hier kan op twee manieren sprake van zijn:

- (i) de administratievoorwaarden kunnen (bepalingen uit) de statuten van toepassing verklaren;³¹² dit is mijns inziens een modificatie van de verbintenisrechtelijke aanspraak die de certificaathouder heeft; en
- (ii) de statuten kunnen rechten aan de certificaathouder toekennen. Als voorbeeld van het laatste kunnen de statuten bijvoorbeeld goedkeurings- of benoemingsrechten toekennen aan de certificaathouders, al dan niet als vergadering van certificaathouders als orgaan van de STAK. In het tweede geval is bovendien naast de obligatoire rechtsverhouding tevens sprake van een organisatierechtelijke verhouding en wordt de rechtsverhouding tussen certificaathouder en STAK voor dat deel mede beheerst door de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.³¹³

Artikel 2:8 BW bepaalt dat een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij haar organisatie zijn betrokken zich als zodanig jegens elkaar dienen te gedragen naar hetgeen redelijkheid en billijkheid vereist. Deze redelijkheid en billijkheid betreft de interne organisatie van de STAK en zij geldt niet alleen in de verhouding tussen de STAK en de certificaathouders, maar ook tussen de certificaathouders

310 Rechtbank 's-Hertogenbosch (pres.) 12 augustus 1988 en 1 november 1988, De NV 67/3 (1898), pagina 74 e.v.

311 Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 1989, S&V 1989, pagina 119 e.v.

312 Aangezien de statuten de interne organisatie van de STAK regelen, staat een derde waarmee de STAK een overeenkomst heeft, zoals de certificaathouder, daar in beginsel buiten. Om de statuten toch invloed te laten hebben op de beheersovereenkomst, zal dit dus overeengekomen moeten worden.

313 Zie bijvoorbeeld Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/663. Dit geldt te meer indien er op basis van de statuten van de STAK een vergadering van certificaathouders is, zie Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 202 – 203.

onderling. Deze redelijkheid en billijkheid kan tevens doorwerken in de aantastbaarheid van besluiten van de STAK, aangezien besluiten van één van haar organen (onder meer) vernietigbaar zijn indien sprake is van strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.³¹⁴

De vraag is welke personen binnen het bereik van artikel 2:8 BW vallen. De wettekst spreekt zelf van degenen die bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken zijn. De wetgever verdedigde een ruime kring van betrokkenen voor de toepassing van artikel 2:8 BW en de parlementaire geschiedenis noemt in dit verband bijvoorbeeld ook het gemeentebestuur dat statutair bevoegd is om een deel van de bestuursleden van een stichting te benoemen.³¹⁵ Over de precieze invulling verschillen evenwel de meningen. Timmerman omschrijft deze betrokkenen bijvoorbeeld als:

*een ieder die op grond van de wet of de statuten rechten of verplichtingen heeft die door gedragingen, die zich binnen de sfeer van de rechtspersoon afspelen, rechtstreeks beïnvloed kunnen worden.*³¹⁶

Daarbij duidt hij degenen die zeggenschap binnen de rechtspersoon kunnen uitoefenen zonder meer aan als bij de organisatie betrokkenen, maar schaaft hij daaronder ook personen die andere rechten dan zeggenschapsrechten ontleen aan boek 2 BW of aan de statuten van de rechtspersoon, zoals houders van winstbewijzen, althans waar het de bestemming van de winst aangaat, alsmede houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten³¹⁷ (in relatie tot de vennootschap). Stokkermans geeft drie kenmerken van de bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken personen, of in zijn woorden, institutioneel betrokkenen: (i) zij zijn op enige wijze betrokken bij de organisatie van de rechtspersoon, (ii) hun betrokkenheid berust op een bevoegdheid die door de rechtspersoon aan de betrokkene is toegekend en door

314 Artikel 2:15 lid 1 sub b BW. Dit betreft een marginale toets, zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*, 2015/308.
 315 Kamerstukken II, vergaderjaar 1984/1985, 17 725, nr. 7, pagina 14 – 15. De voorgestelde wettekst heeft in de loop van het wetgevend proces enige wijzingen ondergaan. Waar eerst gesproken werd van “de rechtspersoon, haar leden of aandeelhouder en zij die deel uitmaken van haar organen”, zijn daar later de houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten aan toegevoegd en op nog een later moment is de huidige tekst tot stand gekomen (zie J.B. Huizink, GS Rechtspersonen, aantekening 1 bij artikel 2:8 BW en de aldaar aangehaalde parlementaire geschiedenis). De hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis heeft betrekking op de laatste wijziging.

316 L. Timmerman, De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1991, pagina 49.

317 Thans zou sprake zijn van certificaten zonder vergaderrecht. Aangezien de meeste hier bedoelde literatuur van voor de invoering van de regelgeving aangaande de Flex-BV is, handhaaf ik op deze plek het oude begrip. Over de kwalificatie van houders van zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten als institutioneel betrokkenen bij de vennootschap verschillende de meningen, zie R.A. Wolf, De certificaathouder zonder vergaderrecht, de kring van de betrokkenen en de vernietiging van besluiten, Ondernemingsrecht 2014/2, paragraaf 3, en de aldaar aangehaalde literatuur. Aangezien ik niet specifiek certificaten van aandelen bespreek, ga ik verder niet op dit aspect in.

de betrokkene als zodanig is aanvaard en (iii) in de aard en inhoud van de toekenning ligt besloten met welk oogmerk de betrokkenheid is gegeven.^{318 319}

Mede het voorgaande in aanmerking nemend zijn certificaathouders naar mijn mening als institutioneel betrokkenen bij de STAK te beschouwen, althans indien en voor zover de statuten van de STAK rechten c.q. bevoegdheden aan hen toekennen, al dan niet als vergadering van certificaathouders, die hun invloed geven op de organisatie van de STAK. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om rechten ter zake van de benoeming van het bestuur van de STAK of (goedkeurings)rechten met betrekking tot de wijziging van de statuten, ontbinding van de STAK of ter zake van bepaalde beslissingen van het bestuur van de STAK.³²⁰

De redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW impliceren een afweging van de belangen van alle betrokkenen. Als algemene lijn volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat betrokkenen bij het behartigen van hun eigen belang rekening dienen te houden met de gerechtvaardigde belangen van andere betrokkenen en deze ontzien indien die onevenredig geschaad zouden worden. De omvang van de rechtspersoon en de omstandigheid dat sprake is van een besloten leden- of aandeelhoudersbestand kan bij deze belangenafweging een rol spelen: een sterker persoonsgebonden karakter impliceert dat betrokkenen zich meer dienen te laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de anderen.³²¹ Ook kan artikel 2:8 BW onder omstandigheden door de rechtspersoon zelf worden ingeroepen.³²²

Een voorbeeld van de grenzen die de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW stellen volgt uit een uitspraak van hof Arnhem.³²³ Deze zaak betreft een vordering tot vernietiging van een besluit tot statutenwijziging van een STAK op grond van artikel 2:15 BW. Het desbetreffende besluit leidde tot een ernstige inperking van de (toekomstige) invloed van de certificaathouders, terwijl het in de bestaande verhoudingen (moeder had 50% van de certificaten en het vruchtgebruik van de andere 50%, alsmede een zetel in het bestuur van de STAK) geen effect had. Het hof overweegt dat er zeer zwaarwegende redenen moeten zijn om de toch al beperkte invloed van de certificaathouders verder te beperken en dat deze in casu niet (voldoende) aanwezig zijn, zodat het besluit tot statutenwijziging in strijd is met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW worden geëist.

318 Chr.M. Stokkermans, Vernietiging van besluiten, V&O 2010/10, pagina 179.

319 Zie voorts Oosterhoff, dissertatie 2017, paragraaf 6.3, voor een overzicht van aanvullende visies in de literatuur over de invulling van de kring van betrokkenen als bedoeld in artikel 2:8 BW.

320 Vergelijk ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/663. Zie voorts hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2536.

321 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*, 2015/226 – 227, alsmede Huizink, GS Rechtspersonen, aantekening 2 bij artikel 2:8 BW.

322 Kamerstukken II, vergaderjaar 1982/1983, 17 725, nr. 3, pagina 57.

323 Hof Arnhem 10 december 1996, JOR 1996/130.

Hof Amsterdam³²⁴ overwoog voorts dat indien geen sprake is van rechtstreekse, op bevoegdheid gebaseerde, invloed op het beleid van een vennootschap of controle op de uitvoering daarvan, de vennootschap jegens een minderheidsaandeelhouder in het bijzonder de verplichting heeft om diens belangen voldoende in het oog te houden en zorgvuldig jegens hem te handelen. Een vergelijkbare zorgvuldigheidsplicht moet bovendien worden aangenomen voor een STAK jegens minderheidscertificaathouders.

Rechtbank Noord-Holland³²⁵ kreeg (in kort geding) te oordelen over een verzoek van minderheidscertificaathouders die een redelijk dividendbeleid en dividend eisten. In dit geval hielden de eisers 25% van de certificaten; de andere 75% was in handen van de, tezamen met STAK en vennootschap, gedaagden. Sinds de oprichting van de vennootschap was slechts eenmaal dividend uitgekeerd, ondanks kennelijk substantiële winsten. Gedaagden weigerden enerzijds om een dividendbeleid te voeren en anderzijds om de certificaten van de eisers over te nemen, hetgeen volgens de rechtbank tot een positie als beklemd minderheid leidt en hun belangen reduceert tot “dood kapitaal”. Voorts is de rechtbank van mening dat geen afweging gemaakt is tussen de belangen van de certificaathouders bij een redelijk rendement en de belangen die zich kunnen verzetten tegen het uitkeren van winst. De rechtbank draagt de STAK op om een bijzondere vergadering van certificaathouders bijeen te roepen en daar een (door een onafhankelijke registeraccountant getoetst) voorstel voor een dividendbeleid aan de certificaathouders voor te leggen. Hof Amsterdam³²⁶ onderschrijft de door de rechtbank gehanteerde uitgangspunten, waaronder met name dat de winst van een vennootschap aan de aandeelhouders c.q. certificaathouders wordt uitgekeerd, behoudens indien het vennootschappelijk belang gehele of gedeeltelijke reservering vereist, alsmede dat het gedurende onbepaalde tijd handhaven van een beleid waarbij alle winst gereserveerd wordt in het algemeen niet gerechtvaardigd zal zijn. Desalniettemin vernietigt het hof de uitspraak van de rechtbank, op basis van een andere afweging van belangen, als gevolg waarvan het hof onvoldoende aanleiding ziet voor een voorziening in kort geding. Ten overvloede overweegt het hof dat gezien de minder nauwe betrokkenheid van de certificaathouders die dividend eisen, oplossing van het conflict door middel van uitkoop van deze certificaathouders aangewezen lijkt. Hoewel deze certificaathouders derhalve vooralsnog geen vooruitzicht op het door hen gewenste dividend hebben, volgt uit deze uitspraak wel dat bij een beslissing van vennootschap of STAK om al dan niet dividend uit te keren rekening gehouden moet worden met het belang van

324 Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2001, JOR 2001/204.

325 Rechtbank Noord-Holland 17 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2191, JOR 2015/196. De rechtbank zoekt bij zijn beoordeling aansluiting bij jurisprudentie van de Hoge Raad en de Ondernemingskamer van hof Amsterdam over een redelijk dividendbeleid en de in de afweging te dier zake in aanmerking te nemen belangen.

326 Hof Amsterdam 12 mei 2015, JOR 2015/197.

minderheidscertificaathouders om dividend te ontvangen en dat het voor onbepaalde tijd niet uitkeren van dividend in het algemeen niet gerechtvaardigd is.³²⁷

De voorgaande jurisprudentie schetst een beeld dat bij het al dan niet uitkeren van gerealiseerde winsten van een vennootschap rekening gehouden dient te worden met het belang van minderheidscertificaathouders om dividend te ontvangen. Mijns inziens kan dit principe doorgetrokken worden naar certificaathouders die misschien wel, al dan niet tezamen, een meerderheid van de of zelfs alle certificaten bezitten, maar als gevolg van de omstandigheid dat zij geen zitting hebben in het bestuur van de STAK, noch anderszins het beleid van de STAK kunnen beïnvloeden, toch geen dividenduitkering kunnen doen plaatsvinden. Hun positie is in dat geval vergelijkbaar met die van een minderheidscertificaathouder, die evenzeer die invloed ontbeert, en de belangenafweging een vergelijkbare.

Vraag is echter in hoeverre dit principe ook toegepast kan worden op andere gecertificeerde goederen dan aandelen. Dit is naar mijn mening in beginsel mogelijk. Bij een vennootschap is de belangenafweging tussen de aandeelhouder, die een belang heeft bij het ontvangen van dividend, en de vennootschap, wier belang bestaat uit het kunnen behouden en benutten van haar middelen. Bij ander gecertificeerd vermogen spelen andere belangen, die sterker tegenover het belang op het ontvangen van uitkeringen kunnen staan of juist minder sterk. Uiteindelijk blijft het evenwel een afweging van de verschillende belangen, in principe het economische belang van de certificaathouder tegenover het belang dat de STAK gezien haar doel dient te behartigen. Een nog wel te beantwoorden vraag lijkt mij in hoeverre het belang van de certificaathouder zou moeten wijken indien dit belang en het doel van de STAK elkaar uitsluiten en ook een compromis tussen beide belangen niet goed denkbaar is. Een voorbeeld is de STAK die het in stand houden van een landgoed als primair doel heeft, maar slechts over beperkte middelen beschikt, zodat uitkeringen aan de certificaathouders pas mogelijk zijn indien het landgoed zou worden vervreemd. Jurisprudentie die een richtlijn geeft voor dergelijk diametraal botsende belangen is mij niet bekend.

Vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief wordt de positie van de certificaathouder ten slotte in zeker opzicht beschermd door artikel 2:7 BW. Op grond van deze bepaling is een door de STAK verrichte rechtshandeling vernietigbaar, als daardoor haar doel wordt overschreden én de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten. De naam van de STAK kan in verband met dat laatste behulpzaam zijn: een wederpartij zal zich moeten realiseren dat een stichting met de woorden “Stichting Administratiekantoor” in haar naam doorgaans in meer of mindere mate beperkt zal zijn in het beschikken over haar vermogen en zich dus moeten afvragen of de STAK in een specifiek geval wellicht

327 Enzo V.P. Kradolfer, Het recht op dividend van een aandeelhouder of certificaathouder, JBN 2015/57, alsmede de noot van S.C.M. van Thiel in JOR 2015/197.

haar doel overschrijdt.³²⁸ De zwakke plek in deze bescherming is, althans vanuit het perspectief van de certificaathouder, echter dat uitsluitend de STAK een beroep kan doen op de vernietiging van de rechtshandeling.³²⁹ Indien de STAK welbewust haar doel overschrijdt, kan deze bescherming dus illusoir blijken.³³⁰

7.8.2.2.1 Conclusie

Zowel in de verbintenisrechtelijke verhouding als in de institutionele verhouding dient de STAK rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de certificaathouders en mag zij die belangen niet op onevenredige wijze schaden. Gezien de jurisprudentie dienaangaande heeft de STAK echter een behoorlijke vrijheid van handelen, alvorens zij in de ogen van de rechter te zeer in strijd met het belang van de certificaathouders handelt. Aangezien het bestuur van een stichting een grote autonomie heeft, althans in de basisregeling van titel 2.6 BW,³³¹ hebben de certificaathouders relatief weinig mogelijkheden om voor hun belangen op te komen, tenzij de statuten van de STAK die mogelijkheid voor hen creëren.

Ik zou willen aannemen dat de insteller van certificering, die dit doet met het oog op de bescherming van het gecertificeerde vermogen, in beginsel ten minste mede vanuit het belang van de toekomstige verkrijgers van de certificaten handelt. Dit laat echter onverlet dat de insteller de verantwoordelijkheid over het beheer van het vermogen, en daarmee een grote mate van vertrouwen, neerlegt bij een of meer derden, die het bestuur van de STAK vormen. Zeker naarmate meer tijd verstrijkt en de precieze bedoeling van de insteller mogelijk meer uit beeld raakt, kan het handelen van een dergelijk bestuur gaan afwijken van de bedoeling van de insteller of te zeer in strijd komen met de belangen van de certificaathouders, zonder dat de inbreuk op het belang van deze laatsten zodanig is dat zij hier in rechte tegen kunnen opkomen. Bovendien is er de, weliswaar minder voorkomend, maar toch niet denkbeeldige,³³² mogelijkheid dat de bestuurders van de STAK pogen het gecertificeerde vermogen te eigen bate aan te wenden. Ten slotte is denkbaar dat één of enkele certificaathouders meer zeggenschap hebben in de STAK dan de andere, bijvoorbeeld omdat het gecertificeerde vermogen bestaat uit aandelen in de vennootschap met het familiebedrijf en zij als beoogde bedrijfsopvolgers (met derden) deel uitmaken van het bestuur van de STAK. De belangen van de certificaathouders lopen dan mogelijk uiteen, hetgeen noopt tot bescherming van die certificaathouders die minder zeggenschap hebben.

328 Zie voorts paragraaf 7.8.3.

329 Vergelijk tevens Eisma, preadvies 1991, pagina 77.

330 In paragraaf 7.8.3 ga ik nader op doeloverschrijding door de STAK in.

331 Zie nader paragraaf 7.8.2.5.2.

332 Zie de hiervoor aangehaalde uitspraken van rechtbank 's-Hertogenbosch (pres.) 12 augustus 1988 en 1 november 1988, De NV 67/3 (1988), pagina 74 e.v., alsmede de uitspraak van rechtbank Midden-Nederland (voorzieningenrechter) 27 september 2017, nr. C/16/446066/KG ZA 17-678, Notamail 2017/249.

Het is daarom naar mijn mening van groot belang om een regeling te treffen die op evenwichtige wijze rekening houdt met zowel het belang van de STAK, althans het belang dat zij gezien haar doelstelling nastreeft, als het belang van de certificaathouders. Dat betekent dat in de statuten van de STAK³³³ een regeling getroffen moet worden die de certificaathouders de mogelijkheid biedt om één of meer bestuurders te vervangen, dan wel hun handelen in rechte te laten toetsen. Ook indien de insteller de certificaathouders om hem moverende redenen weinig of zelfs geen zeggenschap heeft willen geven, of juist in die situatie, omdat de certificaathouders dan in grotere mate afhankelijk zijn van het bestuur van de STAK, dient aan de certificaathouders de mogelijkheid geboden te worden om het handelen van dit bestuur in rechte ter discussie te stellen.³³⁴

In dit verband zij gewezen op de mening van Van den Ingh, dat (in de context van gecertificeerde aandelen) de echte lacune in de praktijk is dat certificaathouders weinig juridische ruimte hebben om een STAK tot actie te bewegen of te corrigeren, gezien de inhoud van de meeste administratievoorwaarden en stichtingsstatuten, alsmede gezien het wettelijke stichtingsrecht. Dit speelt zijns inziens met name indien een deel van de certificaathouders wel vertegenwoordigd is in het bestuur van de STAK en een deel niet. Hij pleit in dit verband voor uitbreiding van het enquête-recht tot stichtingen die aandelen ten titel van beheer houden.³³⁵ Dit lijkt mij een waardevolle toevoeging aan de bescherming van de positie van de certificaathouders. Bij gebreke aan een dergelijke regeling en ook indien die er zou zijn in aanvulling daarop, ben ik evenwel van mening dat de insteller van de certificering zelf op evenwichtige wijze rekening dient te houden met de positie van de certificaathouders en hen derhalve in de statuten van de STAK de benodigde middelen dient toe te kennen om die te waarborgen. Hierna ga ik nader in op een aantal aspecten van de statuten van de STAK, in welk kader ik ook een aantal mogelijke regelingen ten behoeve van de certificaathouders zal bespreken.

7.8.2.3 Goederenrechtelijke versterking positie certificaathouder

Bij overdracht van goederen aan de STAK ten titel van beheer in het kader van certificering, krijgt de STAK eigenlijk meer bevoegdheden dan zij voor het beheer nodig heeft: de goederen vallen in haar vermogen en zij wordt (althans goederenrechtelijk) volledig beschikkingsbevoegd ter zake van deze goederen. De consequentie hiervan is dat crediteuren van de STAK het gecertificeerde vermogen ook zouden kunnen uitwinnen. Het risico dat andere crediteuren van de STAK dan de certificaathouder

333 Aangezien een conflict tussen de certificaathouders en (het bestuur van) de STAK in beginsel de organisatie van de STAK betreft, dient een dergelijke regeling opgenomen te worden in de statuten en niet in de administratievoorwaarden (zie paragraaf 7.8.2.4). Dit laat natuurlijk onverlet dat in de administratievoorwaarden een regeling getroffen kan worden die de verbintenissenrechtelijke positie van de certificaathouders versterkt, bijvoorbeeld in de vorm van een zekerheidsrecht op gecertificeerd vermogen (zie nader paragraaf 7.8.2.3 hierna).

334 Zie hierover nader paragraaf 7.8.2.5.2.

335 F.J.P. van den Ingh, Certificering van aandelen, WPNR 2007/6737, paragraaf 3.4.

zich verhalen op het gecertificeerde vermogen is te beperken door het doel van de STAK zo te formuleren dat dit uitsluitend het beheer omvat. Van andere, mogelijk financieel risicovolle, activiteiten zou dan geen sprake moeten zijn.

Zelfs dan is echter niet volledig uit te sluiten dat de STAK schulden zal maken of zelfs failliet kan gaan.³³⁶ Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien de STAK betrokken raakt bij een juridische procedure en in dat verband hoge kosten moet maken, of indien de STAK aangesproken wordt tot het vergoeden van schade. Ook is er de, wellicht niet heel waarschijnlijke maar toch denkbare, mogelijkheid van fraude door het bestuur van de STAK, dat vervolgens geen verhaal blijkt te bieden. Ten slotte kan gedacht worden aan een STAK die vermogen verwerft ten behoeve van haar certificaathouders en dit financiert met een geldlening, waarna de waarde van dit vermogen zich niet in lijn met de verwachting ontwikkelt. Alle geen veel voorkomende situaties, maar zij illustreren dat zich de situatie kan voordoen dat de certificaathouder zijn vordering jegens de STAK niet of slechts gedeeltelijk geldend kan maken. In beginsel is de certificaathouder immers slechts een concurrente crediteur van de STAK.

De positie van de certificaathouders kan evenwel versterkt worden door een zekerheidsrecht op het gecertificeerde vermogen te vestigen.³³⁷ In aanvulling daarop is er het wettelijk pandrecht van artikel 3:259 lid 2 BW,³³⁸ dat ontstaat in de volgende situaties:

- Bij certificaten van aandelen of schuldvorderingen op naam en medewerking van de oorspronkelijke uitgever hiervan aan de uitgifte van de certificaten, of bij certificaten waaraan in de statuten vergaderrecht verbonden is, krijgen de certificaathouders automatisch een *gezamenlijk* pandrecht op de gecertificeerde aandelen of schuldvorderingen.
- Bij certificaten van schuldvorderingen die zijn uitgegeven zonder de medewerking van de debiteur kunnen de certificaathouders een dergelijk *gezamenlijk* pandrecht verkrijgen door mededeling van de uitgifte van de certificaten te doen aan de debiteur.
- Indien sprake is van certificaten van aandelen of schuldvorderingen aan toonder, dan verkrijgen de certificaathouders automatisch een dergelijk *gezamenlijk* pandrecht, zonder dat het toonderpapier in de macht van de certificaathouders of van een derde hoeft te worden gebracht.

336 Voor een voorbeeld van een failliete STAK zie HR 10 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5015, NJ 1985/791.
337 Dit brengt ook niet met zich dat dan sprake is van een ongeldige overdracht in de zin van artikel 3:84 lid 3 BW, zie paragraaf 7.6.

338 Zie hierover nader bijvoorbeeld Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 180 e.v., alsmede P.A. Stein, GS Vermogensrecht, aantekeningen 3 – 5 bij artikel 3:259 BW.

Het pandrecht is in zoverre beperkt ten opzichte van een regulier pandrecht, dat het de certificaathouders slechts de bevoegdheid tot uitwinning van de gecertificeerde aandelen of vorderingen verschaft indien de STAK hun niet uitbetaalt wat zij hun op grond van de certificeringsovereenkomst verschuldigd is³³⁹. Van den Ingh is evenwel van mening dat het de certificaathouders en STAK vrijstaat om het wettelijk pandrecht uit te sluiten en in plaats daarvan een regulier pandrecht met de daaraan verbonden bevoegdheden te vestigen.³⁴⁰

In hoeverre het risico bestaat dat het gecertificeerde vermogen daadwerkelijk uitgewonnen zou worden door crediteuren van de STAK lijkt mij de vraag. Zeker bij certificering in een besloten, relatief kleine kring, zoals zich in familiale context voordoet, waarbij de certificaathouders doorgaans nauw betrokken zullen zijn bij de STAK, lijkt dit risico mij beperkt en kan men zich afvragen of dat het vestigen van zekerheidsrechten rechtvaardigt. Indien het gecertificeerde vermogen uit beleggingen bestaat en hierin mutaties moeten kunnen plaatsvinden, is het bovendien natuurlijk belemmerend om zekerheidsrechten te vestigen.

Een geheel andere vraag die in verband met een faillissement van de STAK opkomt, is in hoeverre de certificaathouders gehouden zijn om het tekort bij de STAK aan te vullen. In beginsel hebben zij immers slechts aanspraken jegens de STAK, verplichtingen tot het doen van aanvullende stortingen zullen doorgaans³⁴¹ geen deel uitmaken van de beheersovereenkomst. Hoewel de STAK het gecertificeerde vermogen beheert voor rekening en risico van de certificaathouders, brengt dit naar mijn mening niet met zich dat de certificaathouders aansprakelijk zijn voor de verplichtingen van de STAK, behoudens indien zij deze verplichting expliciet op zich hebben genomen. De certificaathouders hebben, behalve in dat laatste geval, geen overeenkomst met de crediteur waarop een dergelijke verplichting gebaseerd kan worden.³⁴²

339 Artikel 3:259 lid 3 BW, dat tevens een aantal voorschriften geeft over de te volgen procedure en de situatie dat niet alle certificaathouders tot uitwinning van het pand willen overgaan.

340 Zie Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 186.

341 Een uitzondering zou de situatie kunnen zijn waarbij de STAK een aan het te certificeren vermogen verbonden verplichting op zich neemt bijvoorbeeld bij niet-volgestorte aandelen. Dergelijke gevallen komen naar verwachting weinig voor.

342 Vergelijk P.W. Hofman, Certificeren: geen kunst?, VFP 2017/47. Hofman suggereert in dit verband tevens om in de statuten en administratievoorwaarden op te nemen dat de certificaathouders niet verplicht zijn om een negatief vermogen van de STAK aan te vullen, om discussie hierover met crediteuren te voorkomen. Een dergelijke bepaling heeft naar mijn mening echter geen plaats in de statuten van de STAK, omdat deze de organisatie van de STAK en de organisatierechtelijke rechtsverhouding tussen STAK en certificaathouder regelen, en een dergelijke verplichting betrekking heeft op het verbintenissenrechtelijke deel van de rechtsverhouding van de certificaathouder in de STAK. De administratievoorwaarden zijn daarom mijns inziens de aangewezen plaats voor een dergelijke bepaling, maar opname van de bepaling daarin bereikt daar naar verwachting niet het gewenste effect, omdat de administratievoorwaarden doorgaans niet kenbaar zullen zijn voor crediteuren.

7.8.2.4 Verhouding tussen statuten en administratievoorwaarden

Zoals hiervoor reeds opgemerkt, wordt de rechtsverhouding tussen de certificaathouder en de STAK beheerst door enerzijds de tussen hen gesloten beheersovereenkomst (de administratievoorwaarden) en (mogelijk) anderzijds de statuten van de STAK. De statuten en administratievoorwaarden zijn echter verschillend van aard en regelen ook ieder een ander deel van de rechtsverhouding tussen STAK en certificaathouder. De administratievoorwaarden betreffen het verbintenisrechtelijke deel van deze rechtsverhouding en zij bepalen (grotendeels³⁴³) de vordering die de certificaathouder jegens de STAK heeft, alsmede de daarmee samenhangende rechten en verplichtingen.

De statuten regelen daarentegen de interne organisatie van de STAK en de certificaathouder, althans in zijn hoedanigheid van wederpartij waarmee de STAK een overeenkomst heeft gesloten, staat hier in principe buiten. Wel kan de certificaathouder bij de organisatie van de STAK betrokken worden, doordat de statuten bevoegdheden toekennen aan de certificaathouder of vergadering van certificaathouders. De statuten regelen dan de institutionele verhouding tussen STAK en certificaathouder.

Gezien dit verschil in aard is van belang om een scheiding aan te brengen tussen de verschillende aspecten van de certificering en de daaruit voortvloeiende rechtsverhouding die men als insteller wenst te regelen en elk van deze aspecten in het dat deel van de rechtsverhouding betreffende document te regelen: de modificaties van de vordering van de certificaathouder worden geregeld in de administratievoorwaarden en de eventuele betrokkenheid van de certificaathouder bij (de organisatie van) de STAK dient te worden neergelegd in haar statuten. Zelfs als de certificaathouder in een institutionele verhouding staat tot de STAK, wordt het verbintenisrechtelijke deel niet (rechtstreeks) beïnvloed door de inhoud van de statuten. Om dat te bewerkstelligen is een daartoe strekkend beding in de administratievoorwaarden nodig.³⁴⁴

7.8.2.5 Statuten van het administratiekantoor

In deze paragraaf ga ik in op een aantal belangrijke aspecten van de statuten van de STAK en de wijze waarop deze zich verhouden tot de positie van de certificaathouder, overigens zonder volledigheid te willen pretenderen ter zake van de mogelijke statutaire regelingen. In dit verband zal ik tevens aandacht besteden aan de wijze waarop een

343 De statuten van de STAK zullen hier (al dan niet indirect) van invloed zijn, bijvoorbeeld in de vorm van haar doelstelling, die bepaalt met welke belangen de STAK rekening dient te houden.

344 Zie tevens Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 202, die opmerkt dat het risico dat een certificaathouder zich distantieert van de statuten gering is, aangezien die met name rechten aan hem toekennen. Hoewel dit vermoedelijk juist is, is het desalniettemin aan te bevelen om, indien men de bepalingen van de statuten van de STAK ook in de verbintenisrechtelijke verhouding van toepassing wil laten zijn, dit expliciet te bepalen.

evenwicht bereikt kan worden tussen de STAK en het belang dat zij gezien haar doelstelling dient na te streven (en wellicht ook het belang van haar bestuur als zodanig, aangezien ook de zich onredelijk opstellende certificaathouder vanzelfsprekend niet ondenkbaar is) en het, al dan niet financiële, belang van de certificaathouder.

De eisen die de wet aan de statuten van een stichting stelt zijn vrij beperkt. Artikel 2:286 lid 3 BW geeft aan dat de statuten het volgende in dienen te houden:

- de naam van de stichting (waarin het woord “stichting” voor dient te komen);
- het doel van de stichting;
- de wijze van benoeming en ontslag van bestuurders;
- de gemeente in Nederland waar de stichting haar zetel heeft; en
- de bestemming van een batig liquidatiesaldo na ontbinding van de stichting, dan wel de wijze waarop die bestemming zal worden vastgesteld.

Overigens is de oprichter van de stichting grotendeels vrij in de inrichting van de stichting, hetgeen haar tot een zeer flexibele rechtsfiguur maakt.³⁴⁵

7.8.2.5.1 Doelomschrijving

In de doelomschrijving van de STAK wordt allereerst bepaald dat zij fungeert als administratiekantoor, al dan niet met aanduiding van de goederen die zij (mede) ten titel van beheer zal kunnen houden, zoals de aandelen in een bepaalde vennootschap. Daarbij is tevens aan te bevelen om het doel van de STAK te beperken tot het houden van goederen ten titel van beheer en het beheren hiervan, teneinde te voorkomen dat de STAK andere activiteiten ontplooit, die leiden tot financiële risico's waarvoor ook het gecertificeerde vermogen uitwinbaar is.

Naast de algemene functie van het dienen als administratiekantoor kan in de doelomschrijving van de STAK worden aangegeven met oog op welk specifieke belang vermogen ten titel van beheer wordt overgedragen aan de STAK. Door expliciet in de statuten tot uitdrukking te brengen welk belang de STAK dient na te streven wordt, aannemend dat dit belang geheel of gedeeltelijk botst met het (financiële) belang van de certificaathouders bij het gecertificeerde vermogen, de mogelijkheid gecreëerd voor de STAK om geen uitkeringen te doen of de certificering als zodanig in stand te houden. Weliswaar dient de STAK bij dergelijke beslissingen alle betrokkenen belangen

³⁴⁵ Zie ook Asser/Rensen 2-III, 2017/309 en 332.

af te wegen en mag zij de belangen van de certificaathouders bij deze afweging niet onevenredig schaden,³⁴⁶ maar haar positie in het verdedigen van de uitkomst van die afweging wordt mijns inziens sterker naarmate het (mede) met de certificering te dienen belang duidelijker naar voren komt in haar doelomschrijving. Voorts zal de STAK zich eenvoudiger kunnen verweren tegen het argument dat de certificering geen doel meer dient en dus tot decertificering moet worden overgegaan,³⁴⁷ indien het belang dat met de certificering wordt nagestreefd uit haar doelomschrijving blijkt. Derhalve dient de doelomschrijving met zorg geformuleerd te worden.

7.8.2.5.2 Bestuur

Iedere stichting dient in elk geval een bestuur te hebben. Overige organen, zoals een toezichthoudend orgaan, zijn mogelijk, maar niet verplicht. Indien naast het bestuur geen sprake is van andere organen, heeft het bestuur in beginsel een grote mate van autonomie. De wet geeft echter enkele beperkingen hierop of opent de mogelijkheid om deze statutair aan te brengen, evenals verruiming:

- Het bestuur van een stichting is in beginsel niet bevoegd te besluiten tot het verkrijgen, vervreemden of bezwaren van registergoederen, of het aangaan van overeenkomsten waarbij de stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor de schuld van een ander verbindt, tenzij de statuten deze mogelijkheid bieden. Indien het bestuur deze bevoegdheid wel krijgt, kunnen daaraan beperkingen of voorwaarden verbonden worden.³⁴⁸
- De basisregeling is dat een stichting vertegenwoordigd wordt door haar bestuur. Statutair kan echter ook een vertegenwoordigingsbevoegdheid verleend worden aan een of meer bestuurders. Ook kunnen de statuten daarentegen bepalen dat een bestuurder de stichting slechts met medewerking van één of meer anderen mag vertegenwoordigen.³⁴⁹ Rensen acht een statutaire instructiebevoegdheid van een ander orgaan van de stichting in beginsel toegestaan.³⁵⁰

Van belang is om op te merken dat de wet geen regeling kent voor de situatie waarin een stichting een tegenstrijdig belang heeft met één of meerdere van haar bestuurders. Een bestuurder met een tegenstrijdig belang kan de stichting derhalve rechtsgeldig vertegenwoordigen. Statutair kan voor deze situatie een regeling getroffen worden, maar deze heeft in principe slechts interne werking en is dus niet aan derden tegen te werpen.³⁵¹

346 Zie paragraaf 7.8.2.

347 Vergelijk paragraaf 7.8.2.

348 Artikel 2:291 lid 2 BW.

349 Artikel 2:292 leden 1 en 2 BW.

350 Zie Asser/Rensen 2-III, 2017/334.

351 Asser/Rensen 2-III, 2017/336.

Een regeling voor benoeming en ontslag van bestuurders kan op verschillende wijzen worden vormgegeven. Zo kan een bestuurder voor onbepaalde tijd benoemd worden, maar ook voor bepaalde tijd, waarna hij automatisch defungeert. Ook kan het defungeren afhankelijk worden gesteld van het bereiken van een bepaalde leeftijd of van het verlies van een bepaalde kwaliteit.³⁵² Een voor de hand liggende mogelijkheid is om te bepalen dat degene die een bestuurder benoemt, hem ook weer kan ontslaan.³⁵³ Een regeling voor het ontslag van bestuurders is voorts noodzakelijk: indien de statuten hier niet in voorzien is slechts ontslag op grond van artikel 2:298 BW mogelijk. Dat impliceert dat indien een dergelijke bestuurder voor onbepaalde tijd is benoemd (en overigens geen gronden voor automatisch defungeren zijn vastgelegd), het bijzonder moeilijk kan zijn om hem te ontslaan, zie nader hierna.

Bij certificering in familiale context zal de insteller doorgaans de eerste en gedurende zijn leven veelal ook enige bestuurder van de STAK zijn. Hij kan bovendien reeds opvolgende bestuurders benoemen voor het geval van zijn overlijden of ontstentenis. Wie geschikt zijn als opvolgende bestuurder hangt in belangrijke mate samen met de aard en omvang van het gecertificeerde vermogen en het doel van de certificering. Indien bijvoorbeeld sprake is van een familiebedrijf en één certificaathouder als bedrijfsopvolger, is denkbaar om drie bestuurders te hebben: de bedrijfsopvolger, een afgevaardigde vanuit het bedrijf en een neutrale derde, die het evenwicht tussen de bedrijfsbelangen en de belangen van de niet-opvolgende certificaathouders bewaakt. Met oog op het laatste is ook denkbaar dat niet de bedrijfsopvolger bestuurder is, althans niet namens de certificaathouders, maar dat de certificaathouders gezamenlijk iemand afvaardigen, die hun belang vertegenwoordigt. Bij ander vermogen, zoals kunst of beleggingsvermogen, is er niet een hele duidelijke vertegenwoordiger van het belang dat door de certificering gediend is, zoals daar bij een onderneming sprake van is. Het is dan de STAK zelf die dat belang zal moeten behartigen, zodat een “neutraal” bestuur, zonder deelname vanuit of namens de certificaathouders dan meer voor de hand ligt. Nuanceringen en waarborgen voor een goede samenstelling van het bestuur kunnen voorts worden aangebracht door middel van, al dan niet negatieve, kwaliteitseisen, bijvoorbeeld dat een bestuurder geen certificaathouder mag zijn.³⁵⁴ Ook kan een regeling getroffen worden waarbij de certificaathouders vanaf een bepaalde leeftijd toegang hebben tot bestuursvergaderingen of deel kunnen nemen aan het bestuur, om inzicht te krijgen in de samenstelling en vaardigheid in het beheer hiervan.³⁵⁵ Uitgaande van certificering voor de (zeer) lange termijn ligt evenwel voor de hand om de (gezamenlijke)

352 Zie Asser/Rensen 2-III, 2017/339.

353 Rensen is van mening dat een bestuurder steeds kan worden ontslagen door de benoemende instantie, tenzij de statuten anders bepalen (Asser/Rensen 2-III, 2017/339, waar ook de andersluidende mening van J.M.M. Maeijer wordt weergegeven).

354 Zie bijvoorbeeld ook E.R. Helder en J.F.H. van den Belt, De financiële planner en het ondernemingsrecht (II), VFP 2001/8, pagina 4 – 5.

355 Vergelijk ook J.L.D.J. Maasland, De stichting familiebeheer, Tijdschrift Erfrecht 2011/5, pagina 88.

certificaathouders eventueel te laten deelnemen aan het bestuur van de STAK, maar zonder dat zij een meerderheid van de stemmen in dit bestuur hebben.

Een algemene regeling voor de benoeming is van groot belang (en gezien artikel 2:286 lid 3 BW verplicht), aangezien de wet slechts voorziet in een gedeeltelijke regeling voor de benoeming en het ontslag van de bestuurders van een stichting. Voor de benoeming is slechts geregeld dat, indien het door de statuten voorgeschreven bestuur geheel of gedeeltelijk ontbreekt en daarin niet overeenkomstig de statuten wordt voorzien, de rechtbank op verzoek van iedere belanghebbende of het openbaar ministerie in de vervulling van de vacature kan voorzien, daarbij de statuten zoveel mogelijk in acht nemend.³⁵⁶ Dit is derhalve slechts een laatste redmiddel voor de situatie waarin een stichting als gevolg van het ontbreken van bestuurders vast dreigt te lopen.

In het geval van certificering in de familiesfeer zie ik op hoofdlijnen een drietal mogelijkheden voor de benoeming van nieuwe bestuursleden:

- het bestuur voorziet zelf in de vervulling van vacatures (coöptatie), hetgeen impliceert dat sprake is van een meerhoofdig bestuur;³⁵⁷
- de (vergadering van) certificaathouders benoemt nieuwe bestuursleden; of
- een “neutraal” orgaan, dat dan logischerwijs ook een toezichthoudende rol zal hebben, benoemt nieuwe bestuurders.

Uiteraard zijn tussenvarianten mogelijk, zoals het bestuur dat nieuwe bestuursleden benoemt, maar hiervoor goedkeuring van de certificaathouders nodig heeft. Ook kunnen kwaliteitseisen gesteld worden aan de bestuurders, zoals de reeds genoemde variant met één bestuurder afkomstig van de vennootschap (of groep) waarvan de aandelen gecertificeerd zijn, één bestuurder van de certificaathouders en één derde, om het evenwicht tussen beide belangen te bewaren. De wenselijke inrichting van het bestuur hangt samen met de aard en omvang van het gecertificeerde vermogen, maar ook met de mate waarin de insteller zeggenschap aan de certificaathouders heeft willen toekennen of juist onthouden. In het kader

356 Artikel 2:299 BW. Indien de persoon of het orgaan dat volgens de statuten de bestuurders kan benoemen is komen te ontbreken, ligt in combinatie met de benoeming van een nieuw bestuur een statutenwijziging voor de hand. Artikel 2:294 lid 1 BW geeft de mogelijkheid tot statutenwijziging door de rechter (zie paragraaf 7.8.2.5.4), maar de kring van personen die hierom kunnen verzoeken is beperkt tot de oprichter, het bestuur en het openbaar ministerie. (Andere) belanghebbenden staan derhalve met lege handen.

357 Een STAK-bestuur bestaande uit meerdere personen heeft mijns inziens sowieso de voorkeur, omdat de verschillende bestuurders dan elkaar kunnen controleren en daarmee het evenwicht tussen de belangen waarschijnlijk eenvoudiger kunnen bewaren. Doorgaans zal een bestuur bestaande uit drie personen dan volstaan. Afhankelijk van de aard en omvang van het gecertificeerde vermogen en het doel van de certificering kan een meerhoofdig bestuur echter een wat “zware” oplossing zijn. Bovendien zal het niet altijd eenvoudig zijn om een geschikte STAK-bestuurder te vinden, laat staan meerdere.

van vermogensbescherming ligt het niet voor de hand dat de certificaathouders het bestuur kunnen benoemen (en in het verlengde daarvan ook ontslaan), althans niet zonder dat een ander orgaan van de STAK een dergelijke benoeming kan tegenhouden. Het andere uiterste is benoeming van bestuursleden door middel van coöptatie, zonder enige invloed van de certificaathouders of een toezichhoudend orgaan. Bij deze laatste variant slaat het evenwicht in zeggenschap tussen bestuur en certificaathouders in mijn ogen echter te veel door naar de zijde van het bestuur, in elk geval indien men aanneemt dat de bevoegdheid tot het eventuele ontslag van bestuursleden dan ook aan het bestuur van de STAK is toegekend (zie voorts hierna).

Naast een wettelijke regeling voor de benoeming van bestuurders is er namelijk ook een regeling voor het ontslag van bestuurders door de rechter, in een aantal gevallen.³⁵⁸

- (i) Doen of nalaten in strijd met de wet. “Wet” kan in dit verband ruimer worden opgevat dan alleen boek 2 BW.³⁵⁹ De Hoge Raad geeft echter een restrictieve interpretatie aan handelen in strijd met de wet:

*dat echter ten aanzien van bestuurshandelingen ‘in strijd met de bepalingen van de wet’ in de zin van art. 12 moet worden aangenomen, dat de wetgever deze slechts als mogelijke grond voor ontslag heeft willen aanvaarden, indien op het moment van het plegen van die handelingen rederlikerwijs geen verschil van mening over de onrechtmatigheid mogelijk was: [Onderstreping AEdL]*³⁶⁰

Het aangehaalde arrest heeft betrekking op artikel 12 van de Wet op Stichtingen, waar het huidige artikel 2:298 BW de opvolger van is. Het in artikel 12 Wet op Stichtingen neergelegde principe en de uitleg daarvan door de Hoge Raad zijn ook nog onder de huidige wet toepasbaar.³⁶¹

- (ii) Doen of nalaten in strijd met de statuten. Ook dit criterium legt de Hoge Raad restrictief uit, in de zin dat er redelijkerwijs geen verschil van mening mogelijk mag zijn over de onrechtmatigheid van het handelen.³⁶²
- (iii) Wanbeheer, hetgeen net als de vorige twee criteria beperkt door de Hoge Raad wordt ingevuld:

358 Artikel 2:298 BW. Deze gronden zijn limitatief, zie C.H.C. Overes, GS Rechtspersonen, aantekening 2 bij artikel 2:298 BW.

359 Asser/Rensen 2-III, 2017/349.

360 HR 3 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD4123, NJ 1975/222.

361 Zie de conclusie van A-G Timmerman bij HR 23 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3875, JOR 2004/160. De A-G merkt hierin tevens op dat het moet gaan om gevallen van uitgesproken onrechtmatig handelen (punt 2.11).

362 HR 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9324, NJ 2007/241.

*dat op grond daarvan moet worden aangenomen dat de wetgever bij 'wanbeheer' als ontslaggrond voor een bestuurder niet heeft gedacht aan bestuurlijk wanbeleid in het algemeen, maar aan tekortkomingen ten aanzien van het beheer over het vermogen van de Stichting of van de zorg voor de verkrijging van de inkomsten waarover de Stichting kan beschikken; [Onderstreping AEdL]*³⁶³

De Hoge Raad beperkt “wanbeheer” derhalve tot financieel wanbeheer.³⁶⁴ A-G Timmerman geeft aan dat het past in de uitleg die de Hoge Raad aan de ontslaggronden geeft, om alleen in gevallen van evident, uitgesproken falend beleid met betrekking tot het beheer van het vermogen en de zorg over de geldmiddelen van wanbeheer te spreken.³⁶⁵ Rensen merkt op dat de lagere rechtspraak verdeeld is over de vraag of wanbeheer in een enkele gedraging kan zijn gelegen, of dat sprake moet zijn van een langdurig karakter. Zelf is hij van mening dat ook een eenmalig handelen of nalaten wanbeheer kan opleveren indien dit zeer ernstige gevolgen heeft.³⁶⁶

- (iv) Het niet of niet behoorlijk voldoen aan een door de voorzieningenrechter van de rechtbank gegeven bevel uit hoofde van artikel 2:297 BW.

De uitleg die de Hoge Raad aan deze bepaling geeft, brengt met zich dat niet snel sprake zal zijn van een situatie waarin ontslag van een bestuurder door de rechtbank mogelijk is.

Het verzoek tot ontslag van een bestuurder kan worden ingediend door het openbaar ministerie of door iedere belanghebbende. De wet geeft daarbij niet aan wie tot de belanghebbenden gerekend moeten worden. De Hoge Raad heeft het begrip belanghebbende evenwel als volgt ingevuld:

*Bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is, zal een rol spelen in hoeverre deze door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of in hoeverre deze anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.*³⁶⁷

363 HR 3 januari 1975, NJ 1975/222.

364 Zie echter de noot van J.M.M. Maeijer bij HR 10 november 2006, NJ 2007/45, waar hij opmerkt dat tegen de beperkende interpretatie van het begrip “wanbeheer” door de Hoge Raad verzet is gerezen en dat lang niet zeker is of de Hoge Raad thans nog achter deze uitspraak zou staan.

365 Zie zijn conclusie bij HR 23 april 2004, JOR 2004/160 (punt 2.12).

366 Asser/Rensen 2-III, 2017/349.

367 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290, NJ 2007/45. In dit arrest bevestigt de Hoge Raad bovendien dat de beslissing om een bestuurder op voet van artikel 2:298 BW te ontslaan bij voorraad uitvoerbaar verklaard kan worden.

Certificaathouders vallen mijns inziens in de groep van personen met een zodanig eigen belang, dat zij dit moeten kunnen beschermen door middel van een verzoek om ontslag van een bestuurslid van de STAK.³⁶⁸ Gezien de beperkte uitleg die de Hoge Raad geeft aan de ontslaggronden van artikel 2:298 BW, is de bescherming die deze bepaling aan de certificaathouders biedt naar mijn mening echter beperkt.³⁶⁹ Het evenwicht in de positie van het bestuur en die van de certificaathouder slaat dan wel erg ver door naar het bestuur, zodat een aanvullende regeling om de positie van de certificaathouders te beschermen mijns inziens aangewezen is. Een belangrijk element om de certificering te doen slagen, met inachtneming van de belangen van alle betrokkenen, is een kundig bestuur dat met al deze belangen rekening houdt en hoewel het zo zal zijn dat de gemiddelde insteller zorg zal betrachten om in een betrouwbaar en kundig bestuur te voorzien en de gemiddelde bestuurder zich naar eer en geweten van zijn taak zal kwijten, getuigt de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van het feit dat de realiteit soms anders uitpakt. Met de statutaire regeling van (onder meer) de benoeming van het bestuur van de STAK dient men zich daarom rekenschap te geven van deze realiteit, hetgeen impliceert dat noch het bestuur, noch de certificaathouders in die mate de overhand hebben, dat er geen of slechts beperkte mogelijkheden zijn om hen ter verantwoording te roepen.

Het voorgaande vraagt om een regeling waarbij ofwel de benoeming en het ontslag van het bestuur van de STAK in handen zijn van een neutrale partij, zoals een toezichthoudend orgaan, ofwel de certificaathouders de mogelijkheid hebben om het handelen van een bestuurder ter beoordeling voor te leggen, met als eventuele consequentie dat dit tot het ontslag van een bestuurder leidt, maar dan op ruimere gronden dan die van artikel 2:298 BW. Een theoretische derde mogelijkheid is dat het initiatief tot benoeming en ontslag bij de certificaathouders wordt gelegd, met een controlemechanisme op hun handelen, maar gezien de bedoeling van certificering bij vermogensbescherming is dit geen voor de hand liggende optie. Aan deze mogelijkheid ga ik derhalve voorbij.

Het aanwijzen van een toezichthoudend orgaan als partij die bestuurders van de STAK kan benoemen en ontslaan is in sommige opzichten het eenvoudigst; er is altijd een neutrale partij voorhanden, die ook in beginsel permanent het optreden van het bestuur toetst, terwijl de andere belanghebbende in de tegenstelling, de certificaathouder, net als het bestuur geen (formeel) initiatief heeft. Het permanent hebben van een toezichthoudend orgaan kan echter, mede gelet op de aard en omvang

De Hoge Raad herhaalt dit criterium voor het zijn van belanghebbende in zijn uitspraak van 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1900.

368 Dit wordt ook bevestigd in HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2299, RN 2011/91.

369 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de voorgestelde Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (34 491) voorziet in een verruiming van de ontslaggronden in artikel 2:298 BW. Dit wetsvoorstel is op 28 januari 2020 aangenomen door de Tweede Kamer. Zelfs indien deze verruiming wordt opgenomen in de wet verdient een degelijke statutaire regeling mijns inziens sterk de voorkeur.

van het gecertificeerde vermogen en de betrokken belangen een relatief gecompliceerde structuur opleveren, hetgeen niet gerechtvaardigd wordt door de omstandigheden van de desbetreffende certificering. Een vorm van meer ad hoc-toetsing van het bestuur kan dan de positie van de certificaathouders beschermen.

In aanmerking nemend dat het niet mogelijk is om de ontslaggronden van artikel 2:298 BW statutair uit te breiden en daarmee ook andere vormen van (vermeend) wanbestuur of oncoöperatief gedrag van het STAK-bestuur aan de rechter voor te leggen³⁷⁰ zijn verschillende oplossingen denkbaar om een dergelijke toetsingsmogelijkheid te creëren. Zonder uitputtend te willen zijn, hetgeen gezien de variaties aan mogelijke situaties ook niet goed mogelijk is, wil ik een drietal denkrichtingen schetsen:

- (a) Er wordt voorzien in een, op de statuten gebaseerd, bestuursreglement, dat richtlijnen geeft voor het bestuur en van wat als ongeoorloofd handelen van het bestuur wordt beschouwd. Het bestuur wordt jegens de STAK verplicht om zich aan dit reglement te houden, zodat een schending van de daarin neergelegde regels wanprestatie met zich brengt. Tevens wordt bepaald dat de (vergadering van) certificaathouders zich op een schending van het bestuursreglement kunnen beroepen.³⁷¹ Als gevolg daarvan kunnen de certificaathouders het bestuur direct ter verantwoording roepen en een (veronderstelde) schending van de regels van het bestuursreglement ter toetsing aan de rechter voorleggen.

Hoewel de positie van de certificaathouders op deze wijze beschermd kan worden, zijn er mijns inziens wel twee nadelen. Allereerst zal in geval van een daadwerkelijk onwillig bestuur een gang naar de rechter noodzakelijk zijn, hetgeen een zekere drempel opwerpt (overigens niet meer dan bij toepassing van artikel 2:298 BW het geval is). Daarnaast vereist een effectief bestuursreglement een vrij specifieke omschrijving van de gestelde regels, om discussie daarover te voorkomen. De keerzijde daarvan is dat een hele precieze omschrijving minder flexibel is en dat het risico bestaat dat niet alle mogelijke probleemsituaties omschreven worden.

- (b) Als variant op (a) kan tevens een arbitrageclausule opgenomen worden, zodat de certificaathouders de mogelijkheid hebben om een conflict met het STAK-bestuur in arbitrage ter discussie te stellen in plaats van aan de rechter voor te leggen. Een opzet kan daarbij zijn dat de certificaathouders één arbiter aanwijzen, het bestuur een tweede en deze tezamen een derde, “neutrale” arbiter. Mogelijk is dit voor de certificaathouders laagdrempeliger dan een gang naar de

370 Artikel 2:25 BW bepaalt dat van de bepalingen van boek 2 BW slechts kan worden afgeweken, voor zover dat uit de wet blijkt. Artikel 2:298 is limitatief geformuleerd en voorziet niet in een mogelijkheid tot afwijking.

371 Dit is een derdenbeding in de zin van artikel 6:253 BW.

rechter. Het punt van het zorgvuldig moeten formuleren van de richtlijnen waar het bestuur zich aan dient te houden blijft echter ongewijzigd.

- (c) Een hele andere benadering is om te werken met tijdelijke bestuursbenoemingen en de certificaathouders een vetorecht te geven. Daarbij is bijvoorbeeld de volgende aanpak denkbaar: iedere bestuurder wordt benoemd voor een termijn van één jaar. Het benoemende orgaan is het bestuur van de STAK zelf. Na verstrijken van het jaar volgt automatisch herbenoeming (eventueel gemaximeerd tot een bepaald aantal termijnen), tenzij de (vergadering van) certificaathouders de herbenoeming blokkeert door gebruik te maken van het vetorecht. Indien bestuurders resteren, kunnen deze in de aldus ontstane vacature voorzien.³⁷² Indien geen bestuurders resteren, kan de rechter op voet van artikel 2:299 BW verzocht worden om in de vacature(s) te voorzien.³⁷³ Als rem op al te lichtvaardig gedrag van de certificaathouders kan in de statuten bepaald worden dat de rechter wel de oorspronkelijke bestuurder(s) kan herbenoemen voor een door hem te bepalen termijn (eventueel met maximum), zodat de certificaathouders niet na weer één jaar de herbenoeming van deze bestuurder kunnen blokkeren.

Het voordeel van een benadering als deze is de relatieve eenvoud: het niet herbenoemen van een bestuurder hoeft niet afhankelijk gemaakt te worden van bepaalde richtlijnen voor diens gedrag, maar kan een discretionaire bevoegdheid van de certificaathouders zijn. Het evenwicht tussen diens positie en die van de bestuurder wordt bewaard doordat herbenoeming via een (rechterlijke) omweg echter toch mogelijk is.

Welke oplossing(s) in een concreet geval passend is, hangt uiteraard erg af van de omstandigheden van een specifiek geval.³⁷⁴ Het is echter van groot belang voor

372 Daarbij kan men eventueel bepalen dat de niet herbenoemde bestuurder niet alsnog door het STAK-bestuur benoemd kan worden.

373 Bijvoorbeeld door de certificaathouders. Aangezien de STAK in een impasse geraakt zonder bestuur, is het ook in hun belang om dit te doen.

374 Als voorbeeld is nog aardig om deze bepaling te noemen, die voorkwam in de administratievoorwaarden ter zake van certificaten waar de procedure HR 19 mei 1976, PW 18 480, betrekking op had: *Indien het bestuur van het administratiekantoor in ernstige mate in gebreke blijft met de vervulling van de verplichtingen welke voor het bestuur uit deze statuten voortvloeien, hetzij op andere wijze de belangen van de certificaathouders ernstig schaadt, zijn de certificaathouders bevoegd om over te gaan tot roeyement van hun certificaten, mits daartoe een besluit genomen wordt met een meerderheid van vier/ vijfde der geldig uitgebrachte stemmen in een vergadering, waarin alle in omloop zijnde certificaten vertegenwoordigd zijn.*

Deze clause is mijns inziens redelijk evenwichtig, omdat (i) een ernstige schending van verplichtingen of belangen vereist is, voordat roeyement een mogelijkheid wordt, en (ii) een behoorlijke meerderheid van de certificaathouders hiervoor moet zijn. Tegelijkertijd kleven er naar mijn mening aan deze oplossing twee bezwaren. Allereerst is voor discussie vatbaar wanneer sprake is van "in ernstige mate in gebreke blijven" of "belangen ernstig schaden". In geval van een geschil eindigt men waarschijnlijk alsnog voor te rechter. Toegegeven zij echter dat iedere oplossing een keuze impliceert tussen heldere, maar inflexibele, richtlijnen of een vagere norm, waarover discussie kan ontstaan.

de insteller om zich rekenschap te geven van een regeling voor de benoeming en het ontslag van bestuurders van de STAK, waarbij ook rekening gehouden wordt met de positie van de certificaathouders.

7.8.2.5.3 Toezicht

Een stichting kan naast het bestuur andere organen hebben. Dit kan bijvoorbeeld een raad van commissarissen of ander toezichthoudend orgaan zijn, dat toezicht houdt op het bestuur.³⁷⁵ In hoeverre een toezichthoudend orgaan bij een STAK wenselijk of noodzakelijk is, hangt mede af van de aard en omvang van het gecertificeerde vermogen, alsmede het doel dat de STAK met de certificering dient na te streven, en de mate waarin deze een toezichthoudend orgaan rechtvaardigen.

Een toezichthoudend orgaan kan tevens een zekere arbitrerende rol vervullen tussen het bestuur van de STAK en de certificaathouders, bijvoorbeeld doordat het bestuur door de toezichthouder benoemd en ontslagen wordt, of doordat de toezichthouder bepaalde bestuursbesluiten moet goedkeuren. Dit maakt de STAK-structuur echter complexer en noopt naast het vinden van capabele bestuurders tot het vinden van toezichthouders.

Indien de aard en omvang van het vermogen of het doel van de certificering geen separaat toezichthoudend orgaan rechtvaardigen, kan (een deel van) deze rol ook vervuld worden door (de vergadering van) certificaathouders. Aan hen kan eveneens bijvoorbeeld een goedkeuringsrecht ter zake van bepaalde bestuursbesluiten gegeven worden. Zoals hiervoor reeds opgemerkt sluit het doel van familiale certificering uit dat de certificaathouders een (doorslaggevende) stem hebben in de benoeming en in mindere mate ook het ontslag van de bestuurders van de STAK.

7.8.2.5.4 Wijziging van de statuten

Gezien artikel 2:293 BW is een wijziging van de statuten van een stichting slechts mogelijk indien de statuten daartoe zelf de mogelijkheid openen. Daarbij kunnen de statuten deze wijzigingsbevoegdheid toekennen aan het bestuur, maar ook aan anderen (eventueel ook buiten de stichting). Het is ook mogelijk om een besluit tot wijziging van de statuten te onderwerpen aan goedkeuring of om de wijziging van één of meer statutaire bepalingen uit te sluiten. Indien de wijziging van één of meer bepalingen is uitgesloten, kan ook de statutaire bepaling die dit regelt niet gewijzigd worden.³⁷⁶ Ook indien de statuten wijziging van het doel van de stichting in zichzelf

Een belangrijker bezwaar is echter dat bij het toepassen van deze strafbepaling de gehele bescherming van de certificering wegvalt, terwijl het vanuit het perspectief van het doel van de certificering wellicht wenselijker is om het bestuur te vervangen, maar de certificering zelf in stand te laten.

³⁷⁵ Asser/Rensen 2-III, 2017/333.

³⁷⁶ Zie Asser/Rensen 2-III, 2017/359 – 360.

toelaten, impliceert dit nog geen volledige vrijheid tot wijziging: bijvoorbeeld de aard van de wijziging in relatie tot de (oorspronkelijke) activiteiten van de stichting kan tot de conclusie leiden dat een wijziging van het doel niet toelaatbaar is.³⁷⁷

In aanvulling hierop biedt artikel 2:294 BW een mogelijkheid tot wijziging van de statuten voor de situatie dat ongewijzigde handhaving hiervan zou leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild en (i) de statuten niet in de mogelijkheid van wijziging voorzien of (ii) degenen die de bevoegdheid tot wijziging hebben dit nalaten. Een verzoek tot statutenwijziging kan ingediend worden door een oprichter, het bestuur of het openbaar ministerie. Bij een eventuele wijziging wijkt de rechtbank bovendien zo min mogelijk van de bestaande statuten af en hij is bovendien bevoegd om de statuten op een andere wijze aan te passen dan verzocht (zie lid 2).³⁷⁸

Ook deze regeling beoogt een regeling te bieden voor de situatie dat de stichting in een impasse raakt. Een mogelijke complicatie is daarbij echter gelegen in de omstandigheid dat de kring van personen in dit geval enger geformuleerd is dan bij artikel 2:298 BW inzake het ontslag van bestuurders. “Belanghebbenden” ontbreken in dit geval. Indien derhalve de oprichter reeds overleden is, een situatie die zich bij een STAK waar een statutenwijziging gewenst is, maar niet plaatsvindt, goed voor kan doen, en het bestuur eveneens ontbreekt of onwillig is, dan hebben de certificaathouders geen mogelijkheid om zelf een verzoek in te dienen tot statutenwijziging. Slechts het openbaar ministerie heeft die mogelijkheid dan nog.

Om een flexibele structuur te houden, zal een vrij ruime mogelijkheid tot statutenwijziging moeten worden gecreëerd. Het ligt daarbij voor de hand om het stichtingsbestuur als bevoegd orgaan aan te wijzen, in elk geval ten aanzien van bepalingen die zijn overige bevoegdheden raken. Daarnaast kan men ook aan de (vergadering van) certificaathouders, bijvoorbeeld in de hoedanigheid van certificaathoudersvergadering, een wijzigingsbevoegdheid toekennen op bepaalde punten, met name ten aanzien van hun rechten en zonder dat zij via deze weg de certificering op enige manier ongedaan kunnen maken. De invloed van de certificaathouders kan actief worden vormgegeven, zodat zij een initiatief tot wijziging kunnen nemen, maar ook passief, bijvoorbeeld in die vorm dat wijziging van een bepaling alleen met goedkeuring van de certificaathoudersvergadering mogelijk is. De passieve variant past vermoedelijk beter bij familiale certificering gericht op de lange termijn, aannemend dat de insteller überhaupt enige invloed aan de certificaathouders wil toekennen. Om hun positie te waarborgen, dienen zij naar mijn mening echter in elk geval wijzigingen van de statuten in hun nadeel te kunnen tegenhouden. Een impasse bij zich onredelijk opstellende certificaathouders kan in zoverre ondervangen worden,

³⁷⁷ Zie Asser/Rensen 2-III, 2017/361.

³⁷⁸ Zie nader over deze bepaling Asser/Rensen 2-III, 2017/365. Een recent voorbeeld van toepassing van deze bepaling is hof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2070.

dat het bestuur van de STAK kan terugvallen op artikel 2:294 BW en de rechter verzoeken om de statuten alsnog aan te passen.

7.8.2.5.5 Certificaathoudersvergadering

In de statuten van de STAK kan tevens een vergadering van certificaathouders als orgaan van de STAK worden ingesteld, om de certificaathouders in meer of mindere mate inspraak te geven in aangelegenheden van de organisatie van de STAK.³⁷⁹ De mate waarin zeggenschap wordt toegekend aan de vergadering van certificaathouders hangt uiteraard samen met het doel van de certificering. Bij familiale certificering, waarmee een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang wordt nagestreefd, past om de certificaathouders slechts een beperkte mate van inspraak c.q. invloed te verschaffen. Om het evenwicht te bewaren tussen de certificaathouders en het bestuur, is naar mijn mening echter ten minste een zodanige invloed voor de certificaathouders noodzakelijk, dat zij hun belangen kunnen waarborgen.

Zoals in de paragrafen hiervoor reeds aan de orde gekomen, kan de vergadering van certificaathouders onder meer de volgende bevoegdheden krijgen:

- (a) bevoegdheid om bestuurders te benoemen en ontslaan (hetgeen bij familiale certificering minder voor de hand ligt) of om een bestuursbenoeming goed te keuren;
- (b) goedkeuringsrecht³⁸⁰ ter zake van het wijzigen van de statuten of specifieke statutaire bepalingen, zodat de statuten in elk geval niet buiten de certificaathouders om te hunnen nadele gewijzigd kunnen worden;
- (c) goedkeuringsrecht ter zake van bepaalde (andere) bestuursbesluiten, zoals ontbinding van de STAK, of juridische fusie of splitsing, of wijziging van de doelomschrijving van de STAK;
- (d) goedkeuringsrecht ter zake van de voorgenomen overdracht van certificaten in het kader van een blokkeringsregeling in de vorm van een goedkeuringsregeling,³⁸¹

379 Voor zover het aspecten van het vorderingsrecht van de certificaathouders zelf betreft, kan dit geregeld worden in de administratievoorwaarden, zie paragraaf 7.9.1. Zie paragraaf 7.8.2.4 voor de aspecten die in de statuten van de STAK geregeld kunnen worden versus de aspecten die thuishoren in de administratievoorwaarden.

380 Uiteraard is ook mogelijk om de vergadering van certificaathouders een recht tot wijziging van (delen van) de statuten te geven, maar dit is bij certificering in de familiesfeer geen logische bepaling.

381 Dit betreft echter een op de administratievoorwaarden (en niet de statuten van de STAK) gebaseerde bevoegdheid, aangezien een blokkeringsregeling het verbintenisrechtelijke deel van de rechtsverhouding tussen STAK en certificaathouder betreft. Deze goedkeuringsbevoegdheid zou in lijn daarmee ook aan de gezamenlijke certificaathouders toegekend kunnen worden, in plaats van aan de vergadering van certificaathouders.

met dien verstande dat bij certificering in de familiesfeer een ander goedkeurend orgaan meer voor de hand ligt.

Afhankelijk van het aantal certificaathouders en hun onderlinge relatie (bijvoorbeeld broers en zussen of verder verwijderde familieleden) kan bepaald worden dat voor (bepaalde) besluiten van de vergadering van certificaathouders een quorum is vereist. Een quorum doet bovendien de machtsverhouding tussen bestuur en certificaathouders iets verschuiven: naarmate de medewerking van meer certificaathouders nodig is, wordt het moeilijker om een bepaald besluit te nemen. In geval van een goedkeurend besluit blokkeert dit het handelen van het bestuur en geeft het een zekere macht aan een minderheid van certificaathouders. In geval van een initiatief bij de certificaathouders maakt een quorum het moeilijker voor de certificaathouders om van hun bevoegdheden gebruik te maken, omdat een relatief kleine groep dit kan blokkeren. Om te voorkomen dat één of enkele certificaathouders een onevenredig grote invloed krijgen, zou slechts voor een quorum gekozen moeten worden (i) bij grote aantallen certificaathouders, zodat ook tegenstemmende minderheid een redelijk aantal personen omvat, of (ii) indien het ingrijpende besluiten betreft, zodat een relatief grote invloed van één of enkele certificaathouders gerechtvaardigd is.

7.8.2.5.6 Conclusie

Het belangrijkste aspect bij het inrichten van de statuten van de STAK is naar mijn mening het evenwicht tussen het bestuur van de STAK en de certificaathouders. Enerzijds moet het bestuur voldoende bevoegdheden hebben om zijn taak naar behoren te kunnen vervullen, maar anderzijds dient voorzien te worden in een mogelijkheid voor de certificaathouders om hun belangen te beschermen indien het bestuur zijn taak juist niet naar behoren vervult en het belang van de certificaathouders (te zeer) veronachtzaamt. De vele mogelijke variabelen maken dat er geen eenduidige oplossing voor deze tegenstelling is. In het voorgaande heb ik echter een aantal wijzen geschetst waarop hiermee omgegaan kan worden.

7.8.3 Beschikkingsbevoegdheid van de STAK

De STAK is juridische eigenaar van het gecertificeerde vermogen, maar beheert dit voor de certificaathouder. Derhalve wordt doorgaans in de statuten van de STAK en/of de administratievoorwaarden bepaald dat de gecertificeerde goederen niet vervreemd of bezwaard mogen worden, met uitzondering van decertificering.³⁸² Eventueel kan ook voorzien worden in een mogelijkheid om een zekerheidsrecht aan de certificaathouder zelf te verlenen. Deze regeling moet de certificaathouder zekerheid

382 Een dergelijk vervreemdingsverbod kan ook noodzakelijk zijn om gebruik te kunnen maken van bepaalde fiscale tegemoetkomingen, zoals bij de certificering van aanmerkelijkbelangaandelen (zie paragraaf 13.4.1.2.1).

bieden dat het gecertificeerde vermogen aanwezig zal blijven en zijn uit het certificaat voortvloeiende vordering voldaan zal kunnen worden. Het hangt overigens af van de aard van het gecertificeerde vermogen in hoeverre een vervreemdingsverbod zinvol is. Bij bepaalde goederen, zoals aandelen in de vennootschap met het familiebedrijf of kunst, vereist het doel van de certificering dat de STAK deze behoudt. Als echter sprake is van beleggingen, waarin mutaties zullen plaatsvinden, is een vervreemdingsverbod niet passend; de STAK moet dan in principe de vrijheid hebben om haar beleggingsbeleid te kunnen uitvoeren.

De vraag is evenwel in hoeverre de STAK beschikkingsonbevoegd is, zowel in de situatie waarin een dergelijk vervreemdingsverbod is opgenomen, als in de situatie waarin verzuimd is om dit te regelen. Voorop staat naar mijn mening dat, ongeacht of sprake is van een vervreemdingsverbod ter zake van het gecertificeerde vermogen in de statuten van de STAK of de administratievoorwaarden, geen sprake is van beschikkingsonbevoegdheid in goederenrechtelijke zin.^{383 384} Artikel 3:84 lid 3 BW vereist deze beschikkingsbevoegdheid ook, de parlementaire geschiedenis zegt in dit verband:

*Maar komt hij [dat wil zeggen: de rechter, AEdL] in een gegeven geval tot het oordeel dat er wèl een geldige overdracht is, omdat de titel aan de eisen voldoet, dan staat daarmee tevens vast dat het overgedragen goed aan de verkrijger toebehoort, dat slechts deze daarover kan beschikken en dat het goed evenals diens overige vermogen voor zijn schulden kan worden uitgewonnen.*³⁸⁵

Dit betekent dat de STAK ook wel beschikkingsbevoegd moet zijn, omdat de overdracht in het kader van certificering niet geldig is als een daartoe strekkende bedoeling van partijen bij de overdracht ten titel van beheer ontbreekt. Het feit dat de STAK het gecertificeerde vermogen geldig kan overdragen, betekent evenwel nog niet dat de certificaathouder volledig met lege handen staat.

In dit kader moet een onderscheid gemaakt worden tussen een vervreemdingsverbod in de administratievoorwaarden en in de statuten/doelomschrijving van de STAK. De administratievoorwaarden beheersen slechts de obligatoire rechtsverhouding

383 Evenzo bijvoorbeeld C.Æ. Uniken Venema, De overdracht ten titel van beheer aan een 'trustee' volgens het huidige en volgens het nieuwe BW, in: Goed en trouw, opstellen aangeboden aan Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1984, paragraaf 1.2, M.J.A. van Mourik, Certificering en economische deelgerechtigdheid, WPNR 2007/6737, paragraaf 5 en Reehuis 2010, nr. 88. Anders Van Steensel 2015, pagina 412.

384 De literatuur die dit punt behandelt is terminologisch niet steeds even zuiver, zie Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 192 - 195 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/666, waar gesproken wordt over beschikkingsonbevoegdheid, maar naar ik aanneem bedoeld wordt dat de STAK weldegelijk beschikkingsbevoegd is in goederenrechtelijke zin, maar haar doel overschrijdt door in weerwil van een statutair vervreemdingsverbod (en naar de mening van Van den Ingh zelfs in het algemeen) de gecertificeerde goederen te vervreemden.

385 Parlementaire geschiedenis BW boek 3, pagina 319. Zie nader over artikel 3:84 lid 3 BW: paragraaf 7.6.

tussen de certificaathouder en de STAK, waar derden, zoals een verkrijger van goederen die de STAK overdraagt in beginsel buiten staan. De schending van een dergelijk vervreemdingsverbod impliceert derhalve wanprestatie aan de zijde van de STAK, maar biedt geen grondslag voor een actie jegens de verkrijger van het goed, behoudens wellicht de toevallige situatie dat deze verkrijger op de hoogte is van het vervreemdingsverbod en in weerwil hiervan aan de overdracht meewerkt.

Indien daarentegen sprake is van een statutair vervreemdingsverbod kan het handelen in strijd daarmee wel consequenties hebben voor degene aan wie de STAK de goederen vervreemdt. In dat geval is sprake van doelloverschrijding door de STAK, naar mijn mening ook indien het vervreemdingsverbod niet met zoveel woorden in het doel van de STAK staat, maar elders in haar statuten. De functie als eigenaar ten titel van beheer van de STAK brengt met zich dat zij de goederen die zij ten titel van beheer heeft verkregen in beginsel niet overdraagt, anders dan in het kader van de beëindiging van het beheer of met toestemming van de certificaathouder. De overdracht is dan op grond van artikel 2:7 BW vernietigbaar, indien de verkrijger wist of zonder nader onderzoek moest weten dat sprake was van doelloverschrijding door de STAK. Aannemend dat uit de naam van de STAK blijkt dat het om een administratiekantoor gaat, is daarvan mijns inziens in beginsel sprake: de omstandigheid dat sprake is van een administratiekantoor moet de verkrijger doen vermoeden dat de STAK ter zake van het gecertificeerde vermogen een vervreemdingsverbod zal hebben.

De bescherming die dit de certificaathouder biedt is echter relatief: het is slechts de STAK die een beroep kan doen op artikel 2:7 BW. Indien de STAK dit nalaat, zijn twee mogelijkheden denkbaar voor de certificaathouder:

- Een actie uit wanprestatie jegens de STAK, waarbij het doel kan zijn dat de STAK zich alsnog beroept op de vernietigbaarheid van de overdracht aan de verkrijger.³⁸⁶ Het lijkt mij goed te verdedigen dat de beheersrelatie tussen STAK en certificaathouder impliceert dat de STAK het gecertificeerde vermogen in beginsel niet mag overdragen en dat sprake is van wanprestatie jegens de certificaathouder indien de STAK dit toch zou doen. Om buiten twijfel te stellen dat, althans wanneer, bij een overdracht van gecertificeerd vermogen van wanprestatie sprake is, is mijns inziens aan te bevelen om het vervreemdingsverbod niet alleen in de statuten op te nemen, maar ook in de administratievoorwaarden. Deze laatste beheersen het verbintenisrechtelijke deel van de rechtsverhouding tussen de STAK en de certificaathouder, terwijl de statuten van de STAK niet automatisch ook werking jegens de certificaathouder hebben.
- Een actie jegens de verkrijger van de goederen uit onrechtmatige daad, op

386 Enzo Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 193, en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/666.

grond van de argumentatie dat deze verkrijger vanwege de naam van de STAK had moeten weten dat het om een administratiekantoor met een vervreemdingsverbod ging, zodat de verkrijger niet aan de overdracht had mogen meewerken. De te vorderen schadevergoeding bestaat dan uit teruglevering van de door de STAK overgedragen goederen.³⁸⁷ De enkele omstandigheid dat de verkrijger betrokken is bij (veronderstelde) wanprestatie door de STAK is echter onvoldoende grond om hem wegens onrechtmatige daad te veroordelen tot het terugleveren van de goederen.³⁸⁸

Volledige zekerheid dat het gecertificeerde vermogen niet, in weerwil van een vervreemdingsverbod, overgedragen kan worden heeft de certificaathouder derhalve niet. De positie van de certificaathouder kan echter versterkt worden door het vestigen van een zekerheidsrecht op de gecertificeerde goederen.³⁸⁹ In geval van certificaten van aandelen of schuldvorderingen worden de (gezamenlijke) certificaathouders bovendien mogelijk beschermd door het wettelijke pandrecht van artikel 3:259 lid 2 BW.³⁹⁰ Indien de certificaten zijn uitgegeven met medewerking van de oorspronkelijke uitgever van de aandelen of schuldvorderingen op naam of indien sprake is van certificaten van aandelen op naam met vergaderrecht, dan ontstaat het pandrecht van rechtswege. Bij zonder medewerking van de debiteur uitgegeven certificaten van schuldvorderingen kunnen de certificaathouders het pandrecht bovendien verkrijgen door mededeling van de uitgifte van de certificaten te doen aan de schuldenaar.

7.9 Administratievoorwaarden

De administratievoorwaarden beheersen het verbintenissenrechtelijke deel van de rechtsverhouding tussen de certificaathouder en de STAK en daarmee de specifieke eigenschappen van het vorderingsrecht dat de certificaathouder heeft. Naast statutaire voorzieningen om het evenwicht tussen de certificaathouder en (het bestuur van) de STAK, en de belangen die zij nastreven, in het organisatierechtelijke deel van hun rechtsverhouding te bewaren, is derhalve van belang om in de administratievoorwaarden hun onderlinge positie in obligatoire context goed te regelen.

Hieronder ga ik derhalve in op mijns inziens noodzakelijke dan wel zinvolle bepalingen

387 Vergelijk bijvoorbeeld Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/666.

388 Bewuste betrokkenheid bij contractbreuk door de STAK is in zichzelf geen grond voor aansprakelijkheid, hiervoor zijn bijkomende omstandigheden nodig, zoals de mate van invloed van de derde op de beslissing om wanprestatie te plegen en de ernst en voorzienbaarheid van het door de gelaedeerde geleden nadeel (zie L.M. van Bochove, Betrokkenheid van derden bij contractbreuk, Wolf Legal Publishers 2013, pagina 52). Zie voorts pagina 307 e.v. voor een zevental gezichtspunten die mee kunnen wegen voor de beoordeling of een derde, die betrokken is bij contractbreuk van een partij, aansprakelijk is jegens diens wederpartij.

389 Enzo Reehuis 2010, nr. 88, die nog enkele mogelijkheden noemt.

390 De situaties waarin een beroep op het pandrecht gedaan kan worden zijn beperkt (zie artikel 3:259 lid 3 BW), maar dit neemt natuurlijk niet weg dat de STAK de gecertificeerde aandelen of schuldvorderingen in voorkomend geval slechts onder de last van het pandrecht kan overdragen.

om op te nemen in de administratievoorwaarden. Daarna bespreek ik in hoeverre de administratievoorwaarden algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 BW kunnen zijn.

7.9.1 Noodzakelijke en nuttige administratievoorwaarden

Het hierna gegeven overzicht van administratievoorwaarden is gegeven vanuit het perspectief van een certificering die door de insteller in het leven is geroepen met oog op het gedurende langere periode scheiden van zeggenschap en economisch belang van het gecertificeerde vermogen, waarbij de certificaten in handen blijven van een relatief kleine familiekring. Ook bij dit uitgangspunt kan vanzelfsprekend per situatie verschillen wat noodzakelijk en wenselijk is, afhankelijk van de aard en omvang van het gecertificeerde vermogen en van het precieze oogmerk en de wensen van de insteller met het certificeren. In beginsel impliceren evenwel de verschillende motieven binnen dit spectrum, of het nu gaat om de continuïteit van een onderneming, het instandhouden van een landgoed of kunstcollectie of het uit handen nemen van het beheer als primair doel, alle dat de zeggenschap van de certificaathouder in enige of zelfs sterke mate beperkt wordt.

Daarvan uitgaand kunnen dan wel dienen de volgende aspecten naar mijn mening in de administratievoorwaarden geregeld te worden:³⁹¹

Algemeen

- (a) Het doel van de certificering. Hoewel dit primair een aspect is om in de doelomschrijving van de STAK neer te leggen, heeft het naar mijn mening ook meerwaarde om in de administratievoorwaarden nogmaals op te nemen met welk doel of doelen de certificering plaatsvindt. De verbintenisrechtelijke rechtsverhouding tussen STAK en certificaathouder wordt ingevuld door de administratievoorwaarden en indien de maatschappelijke aanvaardbaarheid³⁹² of (de zin van) het voortbestaan daarvan³⁹³ ter discussie worden gesteld, heeft de STAK mogelijk een sterkere positie om de certificering te handhaven als ook uit de administratievoorwaarden duidelijk blijkt met welk(e) doel(en) deze in het leven geroepen is.
- (b) Een vervreemdingsverbod, dat regelt dat de STAK de gecertificeerde goederen

³⁹¹ In het algemeen merk ik op dat voor bepaalde fiscale tegemoetkomingen, waaronder die voor het zonder heffing van inkomstenbelasting certificeren van aanmerkelijkbelangaandelen, eisen gesteld worden aan de inhoud van de statuten in combinatie met de administratievoorwaarden. Aangezien ik mij niet richt op specifieke goederen, ga ik in de onderhavige context in principe niet op de desbetreffende bepalingen in, maar zij verwezen naar paragraaf 13.4.1.2.1.

³⁹² Zie paragraaf 7.14.3.

³⁹³ Zie paragraaf 7.10.2.

niet mag vervreemden, behoudens in geval van decertificering of eventueel met toestemming van de certificaathouder, dit laatste aannemend dat het voortdurende bezit van de specifieke goederen niet noodzakelijk is in het licht van het doel van de certificering. Een aanvullende uitzondering kan zijn dat zekerheidsrechten ten gunste van de certificaathouders gevestigd kunnen worden op het gecertificeerde vermogen. Indien het gecertificeerde vermogen bestaat uit beleggingen en mutaties daarin wenselijk zijn, dient uiteraard geen vervreemdingsverbod opgenomen te worden, maar kan bijvoorbeeld een bepaalde inspraak gegeven worden aan de certificaathouders ter zake van het beleggingsbeleid (zie hierna). Met oog op de werking van een vervreemdingsverbod naar derden toe, dient dit overigens ook in de statuten van de STAK opgenomen te worden, zie paragraaf 7.8.3.

- (c) De certificaten zullen in beginsel op naam zijn, in welk geval veelal een certificaathoudersregister ingesteld zal worden. In aanvulling daarop moeten de certificaathouders³⁹⁴ verplicht worden om de daarvoor benodigde gegevens aan de STAK te verschaffen, alsmede eventuele wijzigingen door te geven. Logischerwijs voorziet deze regeling voorts in een recht op inzage of een uittreksel uit het register voor die personen wier gegevens zijn opgenomen. In samenhang met het certificaathoudersregister kan tevens bepaald worden of de certificaathouders recht hebben op een certificaatbewijs.

Regelingen betreffende de (hoofd)vordering van de certificaathouder

- (d) Een bepaling die aangeeft waar de (hoofd)vordering van de certificaathouder op ziet, dat wil zeggen diens aanspraak ter zake van het gecertificeerde vermogen. Daarbij kan een certificaat gekoppeld zijn aan een specifiek goed, bijvoorbeeld een certificaat voor een aandeel met een bepaald nummer, of recht geven op een evenredig aandeel in het gecertificeerde vermogen.
- (e) Een doorstootverplichting, dat wil zeggen een bepaling die de STAK verplicht om inkomsten uit het gecertificeerde vermogen binnen een bepaalde tijd door uit te keren aan de certificaathouders. Een verplichting tot het onmiddellijk dooruitkeren van inkomsten hangt samen met de fiscale voorwaarden die onder meer worden gesteld aan het zonder heffing van inkomstenbelasting kunnen certificeren van aanmerkelijkbelangaandelen.³⁹⁵ Bij vermogensbestanddelen waarbij geen fiscale facilitering noodzakelijk is, hoeft een dergelijke verplichting niet opgenomen te worden en kan de STAK de vrijheid krijgen om inkomsten te herinvesteren. Zeker bij een certificering gericht op de lange termijn kan

394 Alsmede in voorkomend geval beperkt gerechtigden die de aan het certificaat verbonden zeggenschapsrechten kunnen uitoefenen, zie paragraaf 7.7.4.

395 Zie nader paragraaf 13.4.1.2.1.

het wenselijk zijn om de STAK (enige) discretionaire bevoegdheid te geven ter zake van het al dan niet doen van uitkeringen. Gezien de omstandigheid dat de STAK echter bij het uitoefenen van een dergelijke bevoegdheid rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de certificaathouders en deze niet onevenredig mag schaden, ben ik overigens van mening dat het gedurende de langere termijn oppotten van inkomsten, terwijl wel middelen beschikbaar zijn voor uitkeringen, de door de STAK jegens de certificaathouders in aanmerking te nemen redelijkheid en billijkheid in beginsel zal schaden.³⁹⁶

In het algemeen ben ik van mening dat de administratievoorwaarden in elk geval moeten voorzien in de verplichting voor de STAK om zodanige uitkeringen aan de certificaathouders te doen, dat deze daarmee de eventueel door hen in verband met het bezit van de certificaten of inkomsten van het gecertificeerde vermogen verschuldigde (inkomsten)belasting kunnen voldoen. Indien geheel geen uitkeringen plaatsvinden, maar de certificaathouders wel belasting moeten betalen, hetgeen zich bij bijvoorbeeld gecertificeerd box 3-vermogen voor zal doen, zouden zij in financiële problemen kunnen komen. Een dergelijke fiscale vergoedingsclausule ondervangt dit probleem.

- (f) De vorm waarin uitkering plaatsvindt: veelal zullen deze bestaan uit liquide middelen, die direct kunnen worden uitgekeerd, maar bij bijvoorbeeld stockdividend is het niet wenselijk om de verkregen aandelen aan de certificaathouders uit te keren. In plaats daarvan zal geregeld moeten worden dat de STAK certificaten voor de verkregen aandelen (of andere inkomsten) uitkeert. In feite kan dit gezien worden als een herinvestering van de inkomsten door middel van toevoeging aan het gecertificeerde vermogen, in plaats van een uitkering.
- (g) Regeling ter zake van tenietgaan of vervanging van het gecertificeerde vermogen: het is mijns inziens zinvol om, in elk geval bij tenietgaan aangezien dit buiten de macht van betrokkenen ligt, te regelen of dit leidt tot decertificering (zie ook punt (o) hierna).

Verplichtingen van de certificaathouders

- (h) Regeling voor verrekening van kosten, aangezien het beheer van het gecertificeerde vermogen kosten met zich brengt, die voor rekening van de certificaathouder dienen te komen, als economisch gerechtigde tot deze goederen. De desbetreffende kosten zullen eerst voldaan worden door de

³⁹⁶ Dit kan, afhankelijk van de omstandigheden, de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid zijn van artikel 2:8 BW, alsook de verbintenissenrechtelijke redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW en artikel 6:248 BW. Zie over dit laatste nader paragraaf 7.8.2.

STAK, die deze vervolgens moet kunnen verhalen op de certificaathouder. De eenvoudigste wijze om dit te bewerkstelligen is door te bepalen dat de STAK deze kosten mag verrekenen met inkomsten uit het gecertificeerde inkomsten, alvorens deze inkomsten aan de certificaathouder worden uitgekeerd. Deze bepaling kan logischerwijs dan ook deel uitmaken van de regeling die de STAK verplicht tot dooruitkering van ontvangen (netto)inkomsten.³⁹⁷

Regelingen inzake de overdracht en overdraagbaarheid van certificaten

- (i) De wijze waarop certificaten overgedragen kunnen worden dient geregeld te worden.³⁹⁸ Deze regeling kan twee aspecten omvatten: (i) de wijze waarop de overdracht juridisch ingekleed wordt, zoals in paragraaf 7.7.3.1 aangegeven is mijn inziens contractsoverneming op dit punt aan te raden, en (ii) de formaliteiten voor de overdracht. Voor wat betreft dat laatste is gezien zowel in geval van cessie als bij contractsoverneming een onderhandse akte vereist, in combinatie met mededeling aan de STAK respectievelijk medewerking van de STAK.³⁹⁹ Het is evenwel niet ongebruikelijk en vanuit bewijstechnisch perspectief zinvol om als vormvoorschrift te stellen dat de overdracht geschiedt per notariële akte.

Indien het uitgangspunt is dat de overdracht plaatsvindt door middel van contractsoverneming,⁴⁰⁰ kan eventueel in de administratievoorwaarden tevens een regeling opgenomen worden voor het bij voorbaat verlenen van medewerking hieraan door de STAK. Bij certificering met oog op vermogensbescherming is een ongeclausuleerde medewerking bij voorbaat vanzelfsprekend niet passend, aangezien niet wenselijk is dat de STAK onverhoopt geconfronteerd wordt met een haar onwelgevallige certificaathouder, maar de medewerking kan ook onder voorwaarden worden verleend. Een situatie waaraan in dit verband gedacht kan worden is medewerking bij voorbaat aan overdrachten die op grond van de statuten reeds verplicht zijn als gevolg van een aanbiedingsverplichting.

Desgewenst kunnen bepalingen worden opgenomen die de overdraagbaarheid van de certificaten geheel of gedeeltelijk beperken.⁴⁰¹ De wenselijkheid c.q. aanvaardbaarheid van het volledig uitsluiten van de overdraagbaarheid kan ter discussie worden gesteld⁴⁰², maar beperkingen in de overdraagbaarheid in de

397 Zie tevens Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 159, die de STAK ook zonder uitdrukkelijke bepaling in de administratievoorwaarden gerechtigd acht om alle schulden in verband met de vervulling van zijn taak op uitkeringen aan de certificaathouders in mindering te brengen.

398 Zie over de overdracht van certificaten nader paragraaf 7.7.3.1.

399 Zie artikel 3:94 lid 1 BW respectievelijk 6:159 lid 1 BW

400 Aangezien de overdraagbaarheid van het certificaat geheel of gedeeltelijk uitgesloten kan worden, heeft een dergelijke beperking mijns inziens goederenrechtelijke werking.

401 Zie in dit verband tevens paragraaf 7.7.3.2.

402 Zie paragraaf 7.14.3.

vorm van een blokkeringsregeling⁴⁰³ of kwaliteitseisen aan de certificaathouders kunnen bij certificering in familiale context grote meerwaarde hebben. Indien voorzien wordt in kwaliteitseisen dient in combinatie daarmee een aanbiedingsverplichting opgenomen te worden, voor de situatie dat de certificaten krachtens huwelijksvermogensrecht of erfrecht in handen komen van een persoon die niet aan de kwaliteitseisen voldoet. Een andere vorm van beperking van de overdraagbaarheid is voorts het uitsluiten van het vestigen van rechten van pand of vruchtgebruik op de certificaten.

Aanvullende rechten/bevoegdheden van de certificaathouders

- (j) Aan de certificaathouders kan een vorm van inspraak in het beleid van de STAK gegeven worden. Welke vorm deze inspraak kan hebben, hangt in hoge mate samen met de aard van het vermogen en hoeverre zich dit voor inspraak leent, maar wordt tevens bepaald door de mate waarin de insteller invloed van de certificaathouders wenselijk heeft geacht. In het algemeen kan de eventuele invloed van de certificaathouder zich in dit verband richten op twee onderwerpen:
- Het beleid van de STAK ter zake van het gecertificeerde vermogen. Dit kan bijvoorbeeld zijn de wijze waarop op gecertificeerde aandelen wordt gestemd, maar ook de beslissing om goederen te verkopen en de opbrengst te investeren in iets anders.
 - De wijze waarop wordt omgegaan met inkomsten uit het gecertificeerde vermogen: worden deze geherinvesteerd of uitgekeerd aan de certificaathouders.

De inspraak van de certificaathouders kan bovendien meerdere gradaties hebben, lopend van een mogelijkheid om zelf een initiatief te nemen (bijvoorbeeld een instructierecht voor de STAK om op een bepaalde wijze te stemmen op gecertificeerde aandelen), naar een goedkeurings-/vetorecht voor (belangrijke) beslissingen van de STAK tot een vorm van overleg als zwakste variant, waarbij de STAK weliswaar de certificaathouders moet raadplegen alvorens (belangrijke) beslissingen te nemen, maar zij verder niet op enige wijze gebonden is aan de mening van de certificaathouders te dier zake.

403 In tegenstelling tot bijvoorbeeld een besloten vennootschap betreft de blokkeringsregeling bij certificaten niet de interne organisatie van de STAK, maar vormt zij een van de voorwaarden van de beheersovereenkomst met de certificaathouder. Derhalve dient een dergelijke regeling in de administratievoorwaarden uit te maken. Dit geldt mijns inziens ook indien sprake is van een goedkeuringsregeling waarbij een orgaan van de STAK, zoals het bestuur of de vergadering van certificaathouders, als goedkeurend orgaan optreedt, aangezien de vervreemdende certificaathouder ook dan handelt in zijn hoedanigheid van wederpartij van de STAK en niet als betrokkene bij de organisatie van de STAK.

Bij het voor langere tijd scheiden van zeggenschap en economisch belang past het niet om de certificaathouders daadwerkelijke invloed te geven in de zin dat zij de STAK kunnen instrueren, maar hun de mogelijkheid geven om beslissingen die voor hen van grote invloed zijn te blokkeren of de STAK ten minste te verplichten de certificaathouders te raadplegen, kan mijns inziens wel meerwaarde hebben. Een dergelijke regeling kan bovendien het evenwicht tussen (het bestuur van) de STAK en de certificaathouders bevorderen.

- (k) De beheersovereenkomst tussen de certificaathouder en de STAK en daarmee de kenmerken van het daaruit voortvloeiende vorderingsrecht van de certificaathouder worden met name bepaald door de administratievoorwaarden. Een regeling voor de wijze waarop deze eventueel gewijzigd kunnen worden is daarom van groot belang. De verdeling van de invloed van STAK respectievelijk certificaathouder is bovendien van invloed op het evenwicht tussen hun respectievelijke posities. Indien niet voorzien wordt in een wijzigingsmogelijkheid zal voor de wijziging van de administratievoorwaarden de medewerking van iedere certificaathouder noodzakelijk zijn, althans voor wat betreft zijn persoonlijke beheersovereenkomst met de STAK:⁴⁰⁴ de certificeringsovereenkomst kan in beginsel niet eenzijdig door één partij hierbij gewijzigd worden, alle partijen zullen hiermee akkoord moeten gaan.⁴⁰⁵

Een regeling voor de wijziging van de administratievoorwaarden kent als uitersten eenzijdige wijziging door de STAK en eenzijdige wijziging door de certificaathouder(s), althans gezamenlijke certificaathouders. Het laatste zal niet voorkomen, in elk geval niet bij certificaten waarvan de royeerbaarheid op enige wijze beperkt is. Ook een eenzijdige wijzigingsmogelijkheid voor de STAK ligt mijns inziens, hoewel eerder denkbaar, niet voor de hand: de STAK krijgt dan wel heel veel invloed.⁴⁰⁶ Bovendien kan men zich dan bij een wijziging die (significant) ten nadele van de certificaathouder is afvragen of deze mogelijk in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid van 6:248 BW.

Een evenwichtiger regeling is die, waarbij de STAK het initiatief kan nemen tot wijzigingen, maar deze pas kan implementeren met goedkeuring van de of een bepaalde meerderheid van de gezamenlijke certificaathouders. Dit goedkeuringsrecht kan ook beperkt worden tot bepaalde wijzigingen, zoals wijzigingen ten nadele van de certificaathouders of alleen die bepalingen waarvan wijziging een groot gevolg voor hen heeft. Als alternatief kan

404 In vergelijkbare zin Wolf, WPNR 2016/7093, paragraaf 10.

405 Uiteraard tenzij dit overeengekomen is.

406 Indien de administratievoorwaarden als algemene voorwaarden gekwalificeerd kunnen worden (zie nader paragraaf 7.9.2), kan dit bovendien een onredelijk bezwarend en daarmee vernietigbaar beding zijn.

het initiatief tot wijziging bij de gezamenlijke certificaathouders of een gekwalificeerde meerderheid van hen gelegd worden, met een goedkeuringsrecht voor de STAK. Bij certificering met oog op een duurzame scheiding van zeggenschap en economisch belang past echter beter om het initiatief bij de STAK te laten, maar de certificaathouders wel de mogelijkheid te geven om (belangrijke) wijzigingen te hunnen nadele tegen te houden. De facto hebben de certificaathouders overigens altijd de mogelijkheid om een wijziging voor te stellen, aangezien de beheersovereenkomst gewijzigd kan worden indien alle partijen daarbij hiermee instemmen.

- (1) Regeling voor besluiten door certificaathouders in het kader van gezamenlijke bevoegdheden. Zoals hiervoor aangegeven, kunnen aan de certificaathouders bevoegdheden gegeven worden waarmee zij een zekere invloed kunnen uitoefenen op de uitvoering van het beheer door de STAK. Een belangrijk aspect is evenwel op welke wijze een dergelijke bevoegdheid toegekend wordt: aan iedere certificaathouder afzonderlijk of aan de gezamenlijke certificaathouders⁴⁰⁷. De laatste variant heeft daarbij mijns inziens verreweg de voorkeur, omdat dan voorkomen wordt dat het nemen van een beslissing of de uitvoering van bepaald beleid afhankelijk wordt van de medewerking van een enkele certificaathouder. Dit argument gaat uiteraard zwaarder wegen naarmate het aantal certificaathouders toeneemt. Indien bevoegdheden worden toegekend aan de gezamenlijke certificaathouders kan voorts, eventueel differentiërend per bevoegdheid, bepaald worden met welke meerderheid hun goedkeuring verleend kan worden. Dit kan uiteraard een gewone meerderheid zijn, maar voor belangrijke beslissingen kan een quorum of zelfs unanimititeit als vereiste worden gesteld.

Mijns inziens impliceert het niet opnemen van een regeling op dit punt dat iedere individuele certificaathouder dient in te stemmen, hetgeen zeker bij een groter aantal certificaathouders leidt tot verlies aan flexibiliteit. Het opnemen van een regeling dat bevoegdheden van de certificaathouders in principe door hen gezamenlijk worden uitgeoefend, is daarom van groot belang.⁴⁰⁸

407 Ik spreek hier bewust van de gezamenlijke certificaathouders in plaats van de vergadering van certificaathouders, als orgaan van de STAK. Het is wellicht niet ondenkbaar om de bevoegdheden van de certificaathouders uit hoofde van de administratievoorwaarden te laten uitoefenen door de vergadering van certificaathouders (en de vraag is ook hoe groot het praktische verschil is), maar minder consistent. Indien geen sprake zou zijn van een organisatierechtelijke betrekking tussen STAK en certificaathouders is er in zoverre ook geen vergadering van certificaathouders.

408 Afhankelijk van de mate van invloed die de certificaathouders hebben, kan dit wel betekenen dat sprake is van een actieve samenwerking die nodig is om tot de kwalificatie van een overeenkomst als maatschapsovereenkomst te kunnen komen. Dat hoeft overigens geenszins te betekenen dat daarmee ook sprake is van een maatschap, want daarvoor is (onder meer) vereist dat sprake is van samenwerking gericht op het voor gemeenschappelijke rekening behalen van een vermogensrechtelijk voordeel, terwijl certificering in beginsel primair gericht is op het beheer van het gecertificeerde

Een uitzondering betreft de bevoegdheden die zich niet lenen voor gezamenlijke uitoefening, omdat deze te zeer verbonden zijn met de positie van de individuele certificaathouders. Daarbij denk ik bijvoorbeeld aan het recht dat in geval van certificaten van aanmerkelijkbelang aandelen in principe wordt toegekend, om bij de uitgifte van nieuwe aandelen een eventueel voorkeursrecht te kunnen uitoefenen.⁴⁰⁹

- (m) Verplichting tot afleggen van rekening en verantwoording door de STAK. Zoals hiervoor reeds meermaals aangegeven, is naar mijn mening van groot belang dat er, ook bij een beperkte mate van invloed voor de certificaathouders, sprake is van een zeker evenwicht tussen de certificaathouders en de STAK, hetgeen de certificaathouders in staat stelt om hun belangen te behartigen. Een belangrijke voorwaarde daarvoor is dat de certificaathouders inzicht kunnen krijgen in de uitvoering van het beheer, hetgeen betekent dat aan de STAK een verplichting opgelegd dient te worden om regelmatig, bijvoorbeeld jaarlijks, rekening en verantwoording af te leggen aan de certificaathouders.

Hoewel op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad betoogd kan worden dat een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording reeds bestaat op grond van ongeschreven recht,⁴¹⁰ wordt zulks boven alle twijfel verheven en kan deze verplichting ook geconcretiseerd worden indien de administratievoorwaarden hiervoor een regeling bevatten.

Regelingen voor het einde van de certificering

- (n) Bepaling inzake de royeerbaarheid, aangezien indien niets in de administratievoorwaarden geregeld is, uit de fiduciaire rechtsverhouding tussen STAK en certificaathouder voortvloeit dat de certificaten volledig royeerbaar zijn.⁴¹¹ Als men volledige royeerbaarheid beoogt, is een bepaling in de administratievoorwaarden derhalve niet noodzakelijk, maar wel zo duidelijk. Bij certificering vanuit het perspectief van vermogensbescherming zal het uitgangspunt doorgaans zijn dat royeren van de certificaten volledig is uitgesloten of in elk geval in sterke mate is beperkt, bijvoorbeeld doordat de mogelijkheid tot royeren afhankelijk is gemaakt van een voorwaarde en/of een termijn. Voor die gevallen is een regeling in elk geval nodig.
- (o) In aanvulling daarop kan een regeling getroffen worden onder welke

vermogen. Zie over de mogelijkheid dat een certificeringsovereenkomst als maatschapsovereenkomst gekwalificeerd moet worden nader paragraaf 7.5.5.

409 Deze regeling heeft een fiscale achtergrond, zie paragraaf 13.4.1.2.1.

410 Zie het in paragraaf 7.8.2.1 besproken arrest Velázquez/Zalisco.

411 P.J. Dortmond, Naschrift, De NV 1968/11 – 12 (1990), pagina 285 en in navolging daarvan Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 78, alsmede Asser/Maeijer, Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II*, 2009/662.

omstandigheden gedecertificeerd kan (of eventueel zal) worden. Indien de insteller van mening is dat de certificering onder bepaalde omstandigheden geen functie meer heeft, kan hij dit in de administratievoorwaarden neerleggen. Deze regeling is evenwel in zoverre slechts een richtlijn, dat de STAK en de certificaathouder als de partijen bij de beheersovereenkomst steeds gezamenlijk kunnen besluiten om deze overeenkomst te beëindigen en het gecertificeerde vermogen te decertificeren.⁴¹² Een dergelijke bepaling kan echter wel invulling geven aan de door het bestuur van de STAK te volgen lijn en eventueel ook nader concretiseren onder welke omstandigheden de insteller gemeend heeft dat certificering geen toegevoegde waarde meer zou hebben en dus opgeheven kan worden. Een bepaling dat decertificering geheel ter vrije discretie van de STAK staat is overigens ook denkbaar, zij het dat de functie hiervan vermoedelijk meer zal zijn om te benadrukken dat de certificaathouder deze mogelijkheid niet heeft en niet zo zeer om het bestuur van de STAK te stimuleren om tot decertificering over te gaan wanneer het dat wenselijk acht.

Ik ga er in dit verband overigens vanuit dat decertificering zal geschieden (i) op initiatief van de STAK, (ii) door STAK en certificaathouder of (iii) automatisch als gevolg van de vervulling van een voorwaarde of tijdsbepaling. Decertificering op initiatief van de certificaathouder alleen is immers al geregeld (of uitgesloten) in de bepaling inzake de royeerbaarheid van de certificaten. Met punt (iii) doel ik op de mogelijkheid dat bepaald kan worden dat bepaalde omstandigheden, zoals het tenietgaan van het gedecertificeerde vermogen, automatisch leiden tot decertificering, alsmede uitkering van hetgeen voor het gecertificeerde vermogen in de plaats komt aan de certificaathouder. In hoeverre een automatische decertificering zinvol is, hangt onder meer af van de aard van het vermogen: bij certificering die heel sterk gericht is op een bepaalde goed, vervalt vermoedelijk de functie indien dit goed teniet gaat. Certificering die (mede) gericht is op het onthouden van zeggenschap aan de certificaathouder kan deze functie uiteraard ook met betrekking tot eventueel vervangend vermogen blijven vervullen. Ook zou de keuze om in een dergelijk geval al dan niet te decertificeren aan de certificaathouders gelaten kunnen worden.

- (p) Ten slotte zullen de administratievoorwaarden moeten voorzien in een regeling met betrekking tot de ontbinding van de STAK. De statuten van de STAK bevatten een regeling voor de bestemming van een batig saldo na ontbinding,⁴¹³ maar regelt niet de gevolgen van een ontbinding van de STAK voor de certificering. Er zijn op dat punt twee mogelijkheden denkbaar: ontbinding

412 Asser/Rutten 4-II (1982), pagina 244 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, 2018/601 – 603, alsmede L.C. Hofmann en P. Abas, *Het Nederlands verbintenissenrecht*, deel 1, tweede gedeelte, 9^e druk, Tjeenk Willink Groningen 1977, pagina 245.

413 Artikel 2:286 lid 4 sub e BW vereist dit.

van de STAK betekent ook het einde van de certificering en het gecertificeerde vermogen wordt uitgekeerd aan de certificaathouders,⁴¹⁴ of de certificering wordt gehandhaafd en het gecertificeerde vermogen wordt overgedragen aan een ander administratiekantoor. Het laatste is mijns inziens met name zinvol (i) in geval van onvrijwillige ontbinding van de STAK, aannemend dat onder die omstandigheden gecertificeerd vermogen resteert of (ii) indien het bestuur van de STAK het gecertificeerde vermogen geheel of gedeeltelijk wil overdragen aan een ander administratiekantoor, bijvoorbeeld als men dit wil splitsen. In het laatste geval zullen de administratievoorwaarden daartoe de mogelijkheid moeten openen.

7.9.2 Administratievoorwaarden als algemene voorwaarden

In principe is de beheersovereenkomst van iedere certificaathouder⁴¹⁵ met de STAK gelijk, aangezien deze in beginsel beheerst worden door dezelfde administratievoorwaarden (en eventueel statuten van de STAK). Dat kan aanleiding geven tot de vraag of de administratievoorwaarden kunnen kwalificeren als algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 BW. Deze bepaling definieert algemene voorwaarden als een of meer bedingen die zijn opgesteld ten einde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties weergeven. De uitzondering voor kernbedingen geldt bovendien slechts voor zover de desbetreffende bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.

De relevantie van de kwalificatie van de administratievoorwaarden als algemene voorwaarden is gelegen in de mogelijke vernietigbaarheid hiervan. Artikel 6:233 BW bepaalt in dit verband dat een in beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is indien:

- (a) het beding, gelet op de aard en overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij (in casu de certificaathouder); of
- (b) de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen; dit laatste zal zich bij certificering mijns inziens niet voordoen, zo al sprake is van algemene voorwaarden.

414 Dit maakt geen deel uit van het batig saldo, aangezien de STAK in economische zin niet tot dit vermogen gerechtigd is.

415 Althans ter zake van hetzelfde (soort) gecertificeerde vermogen. Het is uiteraard denkbaar dat één STAK optreedt als administratiekantoor ter zake van meerdere categorieën gecertificeerd vermogen en dat voor iedere categorie een andere set administratievoorwaarden gehanteerd wordt.

Het criterium “onredelijk bezwarend” is verder uitgewerkt in de artikelen 6:236 en 6:237 BW, welke gelden voor overeenkomsten tussen een gebruiker van algemene voorwaarden en een wederpartij die een niet in uitoefening van beroep of bedrijf handelende natuurlijke persoon is. Bij certificering in familiale sfeer zouden deze bepalingen dus toepassing kunnen vinden, indien de administratievoorwaarden als algemene voorwaarden zouden kwalificeren. De genoemde bepalingen regelen een “zwarte” lijst, van bedingen die per definitie als onredelijk bezwarend worden aangemerkt, en een “grijze” lijst, van bedingen die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn, maar waarbij de gebruiker van de algemene voorwaarden de mogelijkheid heeft om tegenbewijs te leveren. De bedingen op deze lijsten zien veelal op voorwaarden die niet in de administratievoorwaarden zullen staan, maar gewezen zij op artikel 6:237 sub 1 en 2 BW, met betrekking tot bedingen die de wederpartij binden aan een opzegtermijn die langer is dan de opzegtermijn van de gebruiker respectievelijk langer dan een maand. Dit betekent dat een beding dat bepaalt dat certificaten niet-royeerbaar zijn, met andere woorden dat de overeenkomst niet opzegbaar is door de certificaathouder, vermoed zou worden onredelijk bezwarend te zijn. Het is dan aan de STAK om aan te tonen dat geen sprake is van een onredelijk bezwarend beding.

Het voorgaande impliceert dat indien de administratievoorwaarden als algemene voorwaarden zouden kwalificeren, bij de bestaanbaarheid van niet-royeerbare (en wellicht ook beperkt royeerbare) certificaten ernstige vraagtekens moeten worden gezet. Om de verschillende mogelijke administratievoorwaarden te toetsen aan eventuele vernietigbaarheid op grond van de regeling inzake algemene voorwaarden gaat het bestek van dit onderzoek te buiten. Gezien het belang van de bepaling inzake niet- (of beperkte) royeerbaarheid voor het kunnen creëren van een duurzame scheiding van zeggenschap en economisch belang, zal ik echter wel nader op deze bepaling ingaan. Allereerst is dan de vraag of sprake is van bedingen die zijn opgesteld om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, als bedoeld in artikel 6:231 sub a BW (het “bestemmingscriterium”). Blijkens de parlementaire geschiedenis kan daarvan sprake zijn in de volgende, niet limitatief bedoelde, situaties: (i) (model)voorwaarden opgesteld door een organisatie van ondernemers ten behoeve van haar leden, (ii) de gebruiker kondigt aan, hetgeen ruim mag worden opgevat, dat hij bepaalde bedingen zal gaan gebruiken in zijn overeenkomsten, bijvoorbeeld door deze te deponeren bij een Kamer van Koophandel of (iii) het gaat om bedingen die “meermalen in overeenkomsten zijn gebruikt”, in welk verband werd gedacht aan vijf maal, maar welk getal geen minimum is. Het is voor wat betreft het laatste geval mogelijk dat een beding nog niet meermaals in een overeenkomst is gebruikt, maar toch een algemene voorwaarde vormt, omdat het met oog op een dergelijk gebruik is opgesteld.⁴¹⁶

416 Zie W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Invoering boeken 3, 5 en 6; boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Kluwer Deventer 1990, pagina's 1546 – 1547 en 1567, alsmede Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, 2018/464 – 465. Zie voorts Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Kluwer Deventer 2010, pagina 16 – 18, die meent dat zo men van een

Van dat laatste zou bij certificering sprake kunnen zijn, afhankelijk van de omstandigheden waaronder deze tot stand komt. Als bijvoorbeeld sprake is van beursgenoteerde certificaten, is duidelijk dat de administratievoorwaarden bestemd zijn voor gebruik in beheersovereenkomsten met een (zeer) groot aantal certificaathouders. Dan is in beginsel inderdaad sprake van algemene voorwaarden, behoudens de hierna te bespreken uitzondering voor kernbedingen. De kwalificatie is naar mijn mening echter anders bij certificering in de familiesfeer. Dan is sprake van een eigen STAK, die doorgaans slechts voor deze ene certificering goederen in beheer neemt. Er is bovendien slechts sprake van één certificaathouder, de insteller, of eventueel enkele als de certificering in een iets breder familieverband plaatsvindt. De administratievoorwaarden zijn daarmee ook bedoeld voor gebruik in één of maximaal enkele overeenkomsten. Dat sluit op zich de kwalificatie als algemene voorwaarden nog niet uit, maar in casu is geen sprake van voorwaarden die eenzijdig door de STAK aan de certificaathouder worden opgelegd, maar van afspraken die in onderling overleg c.q. onderhandeling tot stand komen, oftewel voorwaarden van de partijen gezamenlijk en niet uitgaand van het administratiekantoor.⁴¹⁷ De beheersovereenkomst is een op die specifieke situatie toegesneden overeenkomst, zelfs indien de administratievoorwaarden van toepassing zijn op meerdere (doch in beginsel in eerste instantie slechts enkele) personen. Van een verschil in machtspositie, waar de regeling met betrekking tot algemene voorwaarden op gericht is, is bovendien geen sprake; vaak zal zich zelfs de situatie voordoen dat de STAK beheerst wordt door de insteller, zodat die vanuit een zeker perspectief met zichzelf contracteert. Gezien de omstandigheden waaronder een familiale certificering tot stand komt, kan mijns inziens niet gezegd worden dat sprake is van een beding dat bestemd is voor gebruik in een aantal overeenkomsten, zeker indien er slechts één initiële certificaathouder is.⁴¹⁸

Het moment dat de certificering door de insteller in het leven geroepen wordt, is het enige moment dat beoordeeld dient te worden of sprake is van algemene voorwaarden. De certificaten zullen op een later moment verkregen worden door één of meer rechtsopvolgers, bijvoorbeeld krachtens erfrecht of schenking, maar dit brengt niet met zich dat de kwalificatie van de administratievoorwaarden een wijziging ondergaat: de reeds bestaande rechtsverhouding wijzigt niet van aard door de overdracht of overgang onder algemene titel daarvan, noch brengt dit verandering in de omstandigheid dat de

minimumaantal zou willen spreken, dit het kleinst mogelijke meervoud van twee zou moeten zijn. De omstandigheid dat over een beding overeenstemming bestaat tussen partijen, betekent overigens niet dat geen sprake kan zijn van een algemene voorwaarden (Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 6, pagina 1520).

417 De omstandigheid dat de administratievoorwaarden gebaseerd zijn op een model van een juridische dienstverlener maakt hen niet automatisch tot algemene voorwaarden, zie Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 6, pagina 1567.

418 Vergelijk tevens, voor aandelen in een besloten vennootschap met een klein aandeelhoudersbestand en een eigen administratiekantoor, Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/664. In vergelijkbare zin, in relatie tot de administratievoorwaarden van een familievennootschap, D.F.M.M. Zaman, Certificering en modernisering van het ondernemings- en vennootschapsrecht, TvOB 2004/5, paragraaf 5.

administratievoorwaarden niet bestemd zijn voor gebruik in meerdere overeenkomsten.⁴¹⁹ De omstandigheid dat de certificaten van één certificaathouder verdeeld worden over meerdere opvolgende certificaathouders maakt dat niet anders.⁴²⁰

Indien men echter toch zou concluderen dat de administratievoorwaarden bedoeld zijn voor gebruik in meerdere overeenkomsten, zodat in beginsel sprake is van algemene voorwaarden, kan de uitzondering voor kernbedingen nog van toepassing zijn. De parlementaire geschiedenis omschrijft kernbedingen als volgt:

*Het begrip “bedingen die de kern van de prestaties aangeven” moet zo beperkt mogelijk worden opgevat. Als vuistregel kan worden gesteld dat de hier uitgezonderde “kernbedingen” veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke aan voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen (artikel 6.5.2.10), niet tot stand komt. [...]. Dit gaat evenwel niet steeds op, in het bijzonder niet voor wat de prijs betreft; [...]. Op dit punt is derhalve het gebied der kernbedingen ruimer dan dat der essentialia in vorenbedoelde zin. Onder kernbedingen vallen niet de bedingen die de modaliteiten, zelfs de belangrijkste, van de prestaties (nader) bepalen; men denke aan clausules inzake prijsverhoging, prijsbepaling door een derde, levertijd, plaats en tijdstip van prestatie, recht tot vervroegde aflossing, aansprakelijkheid(suitsluiting) en overmacht, annulering, e.d. De lijsten van de artikelen 3 en 4 bieden hier verdere oriëntatie.*⁴²¹

en

*Voor de vaststelling van wat daaronder [onder kernbedingen, AEdL] moet worden verstaan is niet bepalend of het beding in kwestie een voor de gebruiker of voor beide partijen belangrijk punt regelt, maar of het van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand gekomen zou zijn of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn.*⁴²²

Op een later punt in de parlementaire geschiedenis wordt ten slotte nog opgemerkt dat partijen niet zelf bedingen in hun overeenkomst als kernbeding kunnen aanmerken,

419 In vergelijkbare zin Dortmund, Van der Heijden Handboek NV/BV 2013, nr. 197, voetnoot 4.

420 Een principieel punt is dat men zich dan kan afvragen in hoeverre de eerste certificaathouder, die beperkende voorwaarden overeenkomt met oog op zijn erfgenamen en met de bedoeling om hen te binden c.q. te beperken, acceptabel handelt, maar gezien het Drukker-arrest (zie paragraaf 7.14.3) is van maatschappelijke onaanvaardbaarheid in beginsel geen sprake.

421 Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 6, pagina 1521.

422 Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 6, pagina 1527.

alsmede dat bedingen als bedoeld in (thans) artikelen 6:236 en 6:237 BW geen kernbedingen kunnen zijn.⁴²³

De Hoge Raad heeft in navolging van de parlementaire geschiedenis over het begrip kernbeding geoordeeld:

*Voorop gesteld moet worden dat [...] voor de vaststelling wat onder een kernbeding moet worden verstaan, niet bepalend is of het beding een voor de gebruiker of voor beide partijen belangrijk punt regelt. Voorts moet het begrip kernbeding zo beperkt mogelijk worden opgevat, waarbij als vuistregel kan worden gesteld dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt (HR 19 september 1997, NJ 1998, 6). Waar in de wetsgeschiedenis wordt opgemerkt dat bepalend is of een beding van zo wezenlijke betekenis is dat zonder dat beding de overeenkomst niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn, moet zulks dan ook in de zojuist bedoelde objectieve zin worden begrepen, en kan daaraan niet worden ontleend dat de subjectieve inzichten van de partijen of een van hen van belang zouden zijn. De vraag of partijen zelf bedingen tot kernbedingen kunnen bestempelen, moet ontkennend worden beantwoord; het dwingende karakter van de regeling verzet zich tegen alle bedingen die ertoe strekken, de door de wet geboden bescherming te verijdelen.*⁴²⁴

Dit genoemde arrest betrof een stichting met als doelstelling het verzorgen van huisvesting voor ouderen, die in het kader daarvan appartementen ontwikkelde en verkocht, met daarbij een voorkeursrecht, op grond waarvan zij het appartement voor dezelfde prijs, met indexatie, kon terugkopen. Hoewel deze bepaling gezien de overwegingen van het hof voor de stichting essentieel was voor het (blijvend) kunnen realiseren van haar doelstelling en moet worden aangenomen dat de stichting zonder dit beding de overeenkomst niet had gesloten, is in de ogen van de Hoge Raad geen sprake van een kernbeding.

De uit het voorgaande beperkte interpretatie van het begrip kernbeding in aanmerking nemend, ben ik van mening dat de meeste bepalingen in de administratievoorwaarden geen kernbeding zijn.⁴²⁵ De kern van de prestaties wordt (doorgaans) gevormd door (i) de verplichting van de certificaathouder tot de overdracht van vermogen, (ii) de

423 Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 6, pagina 1566.

424 HR 21 februari 2003, NJ 2004/567. Zie voorts HR 19 september 1997, NJ 1998/6.

425 Anders P.H.N. Quist, Het omkatten van certificaten (I), WPNR 2010/6858, pagina 728, alsmede in navolging daarvan Garcia Nelen en Schwarz 2016, pagina 36 en ten slotte Van Steensel 2015, pagina 413. Zie voorts Eisma, die van mening is dat geen sprake is van algemene voorwaarden, op grond van de omstandigheid dat noch uit de tekst van de wet, noch uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever dit beoogd heeft (Eisma, preadvies 1990, pagina 82).

verplichting van de STAK om bij decertificering het gecertificeerde vermogen over te dragen aan de certificaathouder en (iii) de verplichting voor de STAK om de inkomsten uit het gecertificeerde vermogen (op enig moment) aan de certificaathouder uit te keren.⁴²⁶ Overige veelal in administratievoorwaarden geregeld zaken (vergelijk paragraaf 7.9.1) zijn mijns inziens niet dermate wezenlijk, dat de certificeringsovereenkomst zonder een dergelijke bepaling niet tot stand zou kunnen komen. Veel van deze bepalingen in de administratievoorwaarden werken ten gunste van de certificaathouder, bijvoorbeeld omdat zij zeggenschap toekennen, zodat de geldigheid hiervan in het verband van de regeling inzake algemene voorwaarden niet ter discussie gesteld zal worden.

Dat ligt echter anders bij een beding dat bepaalt dat de certificaten niet of slechts beperkt royeerbaar zijn. Een dergelijk beding is, hoewel van groot belang voor de STAK gezien het door haar na te streven doel, mijns inziens geen kernbeding. Deze conclusie wordt ondersteund door het hiervoor aangehaalde arrest van de Hoge Raad. Daarnaast komen bedingen die de opzegbaarheid beperken voor op de “grijze lijst” van artikel 6:237 BW en kunnen dergelijke bedingen geen kernbeding zijn.⁴²⁷ Dit impliceert dat, indien men zou moeten concluderen dat de administratievoorwaarden algemene voorwaarden zijn, een beding dat de royeerbaarheid van de certificaten beperkt in beginsel vernietigd kan worden door de certificaathouder, behoudens indien het niet onredelijk bezwarend is. Aangezien een dergelijk beding onder artikel 6:237 sub l of sub o BW valt, rust de bewijslast te dier zake bij de STAK. In aanmerking nemend dat certificering, zeker bij voor de certificaathouder restrictieve voorwaarden, de positie van de certificaathouder aanmerkelijk beperkt,⁴²⁸ lijkt mij dit, althans bij certificering in familiale context geen eenvoudig te leveren bewijs.⁴²⁹

7.10 Einde van de certificering

In deze paragraaf ga ik in op een aantal aspecten van het einde van de certificering:

426 Vergelijk tevens Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 155. De verplichting voor de STAK om certificaten uit te reiken lijkt mij in zoverre van minder essentieel belang, dat de genoemde vorderingsrechten ook zonder een formeel certificaat kunnen bestaan.

427 Zie de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis, alsmede Hijma 2010, pagina 19, en M.B.M. Loos, *Algemene Voorwaarden*, Boom juridische uitgevers 2018 Den Haag, paragraaf 1.2.3 (punt 12).

428 Ook in economische termen, vergelijk paragraaf 7.14.4.

429 Beursgenoteerde certificaten kunnen ook niet-royeerbaar zijn, vergelijk het Algemeen Reglement Euronext Amsterdam Effectenmarkt (versie 2 januari 2017), bijvoorbeeld artikelen 21 en 22. De administratievoorwaarden bij beursgenoteerde certificaten zullen gezien het aantal certificaathouders algemene voorwaarden zijn, tenzij zich de situatie voordoet dat alle aandelen in één keer gecertificeerd zijn en men zou kunnen betogen dat sprake is van bedingen voor éénmalig gebruik, zij het dat de certificaten vervolgens terechtgekomen zijn bij een groot aantal personen. Indien sprake is van algemene voorwaarden lijkt het beding van niet-royeerbaarheid mij in dat geval echter niet onredelijk bezwarend, omdat (i) de certificaten gemakkelijk te verhandelen zijn, (ii) de certificaathouder gezien het bepaalde in artikel 2:118a BW in beginsel het stemrecht op het onderliggende aandeel kan verkrijgen en (iii) verwerving van het onderliggende aandeel door de certificaathouder niet mogelijk zal zijn. De positie van de certificaathouder wordt dan niet in significante mate beperkt door het beding van niet-royeerbaarheid.

de wijzen waarop beëindiging plaats kan vinden, de vraag in hoeverre een certificaathouder de mogelijkheid heeft om bij niet-of beperkt royeerbare certificaten desalniettemin decertificering te forceren en ten slotte op de gevolgen van de beëindiging van de certificering.

7.10.1 Wijzen van beëindiging

In het algemeen zij opgemerkt dat, aangezien certificering een duurovereenkomst is, deze in beginsel (door beide partijen) opzegbaar is, tenzij deze mogelijkheid beperkt wordt. Dit is in principe ook het geval indien de beheersovereenkomst zich niet uitspreekt over een eventuele mogelijkheid tot opzegging. Wel is mogelijk dat de eisen van redelijkheid en billijkheid, in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, met zich brengen dat er slechts een mogelijkheid tot opzegging bestaat indien daar een voldoende zwaarwegende grond voor is. Deze eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen ook met zich brengen dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met een aanbod tot de betaling van een (schade)vergoeding.⁴³⁰

De bevoegdheid tot opzegging kan evenwel worden uitgesloten, in casu komt dit doorgaans neer op een beperking voor de certificaathouder, in de vorm van een beperking of uitsluiting van de royeerbaarheid van het certificaat, met dien verstande dat de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW met zich kunnen brengen dat de STAK op het beding van niet-royeerbaarheid geen beroep toekomt.⁴³¹ Om een duurzame scheiding van zeggenschap en economisch belang te bewerkstelligen, is een dergelijke bepaling noodzakelijk.

Mede dit in aanmerking nemend kan decertificering, dat wil zeggen het op enige wijze beëindigen van de beheersovereenkomst tussen de certificaathouder en de STAK, verschillende oorzaken hebben:

- (a) De certificaathouder kan de beheersovereenkomst opzeggen (royering). Bij een certificering waarmee een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang wordt nagestreefd, is deze mogelijkheid uitgesloten of beperkt.⁴³²

430 Zie HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685 (Gemeente De Ronde Venen/SNU en Stedin) en HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3821, NJ 2000/120 (Latour/De Bruijn).

431 Zie in het algemeen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, 2018/408. De specifieke toepassing hiervan bespreek ik in paragraaf 7.10.2.

432 Indien men zou concluderen dat de administratievoorwaarden als algemene voorwaarden kwalificeren, lijkt mij echter zeer de vraag of deze bepaling standhoudt; vermoedelijk kan de certificaathouder haar dan vernietigen, zie paragraaf 7.9.2.

- (b) De STAK kan de beheersovereenkomst opzeggen. Doorgaans zullen de administratievoorwaarden erin voorzien dat de STAK deze mogelijkheid heeft.⁴³³
- (c) De administratievoorwaarden kunnen voorzien in automatische ontbinding van de beheersovereenkomst als gevolg van de vervulling van een voorwaarde of tijdsbepaling, zoals het faillissement van de STAK, het tenietgaan van het gecertificeerde vermogen of het bereiken van een bepaalde leeftijd door de certificaathouder.⁴³⁴ Het tenietgaan (of de gedwongen overdracht) van het gecertificeerde vermogen hoeft overigens niet steeds te nopen tot decertificering. Dit hangt uiteraard samen met de aard van het gecertificeerde vermogen en het antwoord op de vraag of het bezit van dit specifieke vermogen gezien het doel van de certificering van belang is, of dat dit doel ook met ander vermogen zinnig nagestreefd kan worden. Het certificaat is in elk geval naar mijn mening geen afhankelijk recht.⁴³⁵
- (d) De certificaathouder en de STAK kunnen in gezamenlijk overleg besluiten de beheersovereenkomst te ontbinden;⁴³⁶ voor de hand ligt in dit geval om een dergelijke ontbinding slechts werking te laten hebben naar de toekomst en niet prestaties die reeds hebben plaatsgevonden terug te draaien.⁴³⁷ In aanmerking nemend dat de certificaathouder steeds economisch gerechtigde is tot zowel het gecertificeerde vermogen als de inkomsten daaruit, of men de beheersovereenkomst nu in stand laat tot het moment van ontbinding of dat men alle gevolg daarvan ongedaan maakt, maakt dit voor de uiteindelijke economische positie van de certificaathouder overigens weinig uit.

Het doel van de STAK kan mijns inziens in dit verband nog wel een rol spelen: indien dit gericht is op het duurzaam scheiden van zeggenschap en economisch belang, zeker indien de statuten of de administratievoorwaarden een richtlijn geven van omstandigheden waaronder de insteller decertificering aanvaardbaar heeft geacht, dan kan het in strijd daarmee meewerken aan decertificering door de STAK doeloverschrijding impliceren.

433 Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 167, merkt op dat opzegging meestal alle certificaathouders zal betreffen, maar dat dit niet noodzakelijk is. Dit lijkt mij terecht, met dien verstande dat de administratievoorwaarden dit zouden kunnen uitsluiten.

434 De beheersovereenkomst wordt dan van rechtswege ontbonden door vervulling van de voorwaarde of tijdsbepaling. Ook is het mogelijk om de ontbinding dan nog te laten afhangen van een verklaring van één van de partijen, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, 2018/602.

435 Zie tevens paragraaf 7.7.1.

436 Vergelijk Asser/Rutten 4-II (1982), pagina 244 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, 2018/601 – 603, alsmede Hofmann en Abas 1977, pagina 245.

437 Artikel 6:270 BW bepaalt dat gedeeltelijke ontbinding mogelijk is. Dit kan zien op een evenredig gedeelte van de prestatie, maar ook op een temporele vermindering van de prestaties, zie W.H. van den Boom, GS Verbintenissenrecht, artikel 6:270 BW, aantekening 2.

- (e) Ontbinding op grond van wanprestatie⁴³⁸ (al dan niet gedeeltelijk); het zal de certificaathouder zijn die hier in voorkomend geval een beroep op doet, aangezien (i) het met name de STAK is die na het opzetten van de certificering nog verplichtingen heeft en dus kan wanpresteren, (ii) de STAK doorgaans de beheersovereenkomst kan opzeggen en (iii) de STAK gezien haar doel doorgaans de beheersovereenkomst in stand zal willen laten en vanuit dat perspectief geen belang heeft bij een beroep op ontbinding wegens wanprestatie, zelfs als die mogelijkheid zou bestaan.
- (f) Vernietiging wegens een wilsgebrek bij de totstandkoming van de beheersovereenkomst is in theorie ook denkbaar, maar zal mijns inziens in de praktijk geen reële mogelijkheid zijn, althans niet bij certificering in de familiesfeer. Zeker in aanmerking nemend dat in een dergelijk geval de STAK bij het opzetten van de certificering beheerst wordt door de insteller, is een wilsgebrek moeilijk denkbaar.
- (g) Decertificering op de grond dat het laten voortduren van de certificering in de omstandigheden van een specifiek geval naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (zie paragraaf 7.10.2 hierna).

Behoudens in geval van vernietiging van de beheersovereenkomst en de daaruit voortvloeiende overdracht van vermogen ten titel van beheer zal bij decertificering steeds levering van het gecertificeerde vermogen door de STAK aan de certificaathouder moeten plaatsvinden (zie nader paragraaf 7.10.3 hierna).

7.10.2 Geforceerde decertificering bij niet-royeerbare certificaten

In beginsel is het mogelijk om uit te sluiten dat de beheersovereenkomst opzegbaar is door de certificaathouder; de certificaten zijn dan niet-royeerbaar. Het is echter de vraag of de STAK deze bepaling onder alle omstandigheden aan de certificaathouder kan tegenwerpen, aangezien de beheersovereenkomst tevens beheerst wordt door de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW.⁴³⁹ Deze heeft:

- (a) een aanvullende werking: de overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die rechtsgevolgen die naar de aard

438 Zie artikel 6:265 BW. Op grond van artikel 6:267 BW kan een overeenkomst ontbonden worden door een schriftelijke verklaring van een van de partijen of door een rechterlijke uitspraak.

439 Daarnaast is de redelijkheid en billijkheid ook neergelegd in artikel 6:2 BW. In dat verband heeft zij betrekking op een bepaalde prestatie, terwijl de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW betrekking heeft op de gehele rechtsverhouding. Zie over deze samenloopt nader H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid*, Kluwer Deventer 2017, paragraaf 2.9. Een bepaling inzake de niet-royeerbaarheid van de overeenkomst heeft geen betrekking op een specifieke prestatie, zodat hier de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW aan de orde is.

van de overeenkomst of uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (lid 1);

- (b) een beperkende werking: een als gevolg van de overeenkomst tussen partijen geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (lid 2).

Bij certificering zou de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid tot gevolg kunnen hebben dat de bepaling inzake de niet-royeerbaarheid van de certificaten buiten toepassing moet blijven. Dat geldt dan overigens slechts voor de gegeven omstandigheden; waar een succesvol beroep op de onaanvaardbaarheid van een bepaling in de administratievoorwaarden als algemene voorwaarde zou leiden tot vernietiging van die voorwaarde, leidt een succesvol beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid slechts tot het buiten toepassing blijven van de desbetreffende bepaling onder die specifieke omstandigheden.⁴⁴⁰ In theorie is derhalve denkbaar dat, als gevolg van verschillen in de situatie van verschillende certificaathouders de STAK wel een beroep op een bepaald beding kan doen jegens één certificaathouder, maar niet jegens een ander.⁴⁴¹

In dit verband zij voorts gewezen op de *lex specialis* van artikel 6:258 BW, dat bepaalt dat de rechter op verlangen van een van de partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk kan ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden van zodanige aard dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten. Vereist is tevens dat de desbetreffende omstandigheden niet krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvatting voor rekening behoren te komen van degene die zich op wijziging of ontbinding van de overeenkomst beroept. Artikel 6:258 BW betreft een bijzondere toepassing van artikel 6:248 BW, hetgeen de vraag oproept of nog een beroep op artikel 6:248 BW gedaan kan worden, in een situatie waarin tevens artikel 6:258 BW toepassing zou kunnen vinden. Hoewel het antwoord op deze vraag kennelijk niet geheel eenduidig is, lijkt ook hier een keuze te bestaan, in elk geval waar het de opzegging van duurovereenkomsten betreft.⁴⁴²

Bij beide bepalingen is een terughoudende toepassing aan de orde.⁴⁴³ Op voorhand lijkt

440 Schelhaas 2017, paragraaf 7.42.2; Schelhaas bespreekt tevens dat op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad de algemene norm van redelijkheid en billijkheid van artikelen 6:248 BW en 6:2 BW en de specifieke toepassing daarvan in artikel 6:233 sub a BW bij algemene voorwaarden alternatieven zijn tussen welke een rechtszoekende keuzevrijheid toekomt, maar waarop niet naast elkaar een beroep gedaan kan worden.

441 Op vergelijkbare wijze is het overigens ook mogelijk, in elk geval in theorie, dat een als algemene voorwaarde kwalificerende administratievoorwaarde wel onredelijk bezwarend (en dus vernietigbaar) is voor de ene certificaathouder, maar niet voor de andere.

442 Zie Schelhaas 2017, paragraaf 7.48.2.

443 Zie Schelhaas 2017, paragraaf 5.33.1 en paragraaf 7.48.1.

evenwel niet ondenkbaar dat zich zodanige omstandigheden voordoen, dat ofwel de certificaathouder zich erop kan beroepen dat een beroep door de STAK op een beding van niet-royeerbaarheid met oog op de redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is, ofwel de certificaathouder ontbinding verlangt van de beheersovereenkomst wegens onvoorziene omstandigheden. In dat verband zij gewezen op de volgende jurisprudentie:⁴⁴⁴

- Rechtbank Den Haag⁴⁴⁵ kreeg in kort geding te oordelen over een vordering van een certificaathouder om een algemene vergadering van aandeelhouders te doen plaatsvinden. De verzoekende certificaathouder hield 52,87% van de certificaten van aandelen in een naamloze vennootschap en wilde een algemene vergadering van aandeelhouders laten plaatsvinden om daar te doen stemmen over een statutenwijziging, die decertificering tot gevolg zou hebben. De certificering had in casu de functie van beschermingsconstructie. De president wijst het verzoek af, op grond van kort gezegd de redenering dat redelijk noch billijk geacht kan worden dat de beschermingsconstructie zou worden vernietigd en het bestaan van de naamloze vennootschap en haar onderneming op het spel worden gezet vanwege geen ander motief dan niet nader gemotiveerd eigenbelang van de certificaathouder. De president overweegt evenwel dat wel sprake kan zijn van een te respecteren belang van de certificaathouders om een belangrijk vermogensnadeel te vermijden en dat dit zwaarder zou kunnen wegen dan het belang van de naamloze vennootschap en bij haar betrokkenen om de beschermingsconstructie te handhaven. Hoewel deze zaak niet zozeer de certificaathouder tegenover de STAK betreft, lijkt de uitspraak niettemin te suggereren dat het onder omstandigheden redelijk en billijk kan zijn voor een certificaathouder om decertificering na te streven.
- Eveneens in kort geding hebben rechtbank Haarlem⁴⁴⁶ en vervolgens hof Amsterdam⁴⁴⁷ zich uitgesproken over de volgende casus, betreffende certificaten van aandelen in een besloten vennootschap die een onderneming dreef. Het bestuur van de besloten vennootschap bestond uit vader en schoonzoon

444 In paragraaf 7.14.3 wordt voorts het Drukker-arrest besproken, dat mede ingaat op de vraag of certificering met niet-royeerbare certificaten maatschappelijk onaanvaardbaar is. De argumentatie in casu was echter dat als gevolg hiervan geen geldige overdracht van aandelen aan de STAK had plaatsgevonden en niet dat het voortduren van de certificering in de gegeven omstandigheden niet aanvaardbaar zou zijn.

445 Rechtbank Den Haag (pres.) 19 februari 1982, ECLI:NL:RBSGR:1982:AC7537, NJ 1983/522.

446 Rechtbank Haarlem (pres.) 8 april 1994, ECLI:NL:RBHAA:1994:AH4525, KG 1994/159 (Klufit Distrifood).

447 Hof Amsterdam 26 januari 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AH5194, KG 1995/192 en TVVS 1995/181. Deze zaak heeft bovendien de Ondernemingskamer van hof Amsterdam meermaals bezig gehouden, zie hof Amsterdam (OK) 31 maart 1994, ECLI:NL:GHAMS:1994:AD2084, NJ 1995/418 en TVVS 1994/117, hof Amsterdam (OK) 9 juni 1994, ECLI:NL:GHAMS:1994:AC0942, NJ 1995/419 en TVVS 1994/133, hof Amsterdam (OK) 10 november 1994, TVVS 1995/9 en hof Amsterdam (OK) 27 april 1995, TVVS 1995/104. Deze procedures betreffen een onderzoek bij de besloten vennootschap naar wanbeheer door haar bestuur, alsmede flankerende voorlopige voorzieningen en opheffing daarvan. Het eigenlijke geschil betrof kennelijk de prijs voor de overgenomen certificaten. Dit illustreert tevens dat de zaak wat minder eenduidig was dan het enkel in handen van één partij komen van alle certificaten.

en tot eind 1993 een derde. Vader hield één van de 250 aandelen in de besloten vennootschap, de overige waren gecertificeerd, terwijl de certificaten gehouden werden door schoonzoon (via een holding) en diens echtgenote (samen meer dan 50%), alsmede de andere zoon en dochter van vader. Het bestuur van de STAK bestond uit vader, zoon en schoonzoon, met een doorslaggevende stem voor vader. De holding van schoonzoon had een koopoptie op de certificaten van zoon en dochter, welke zij in september 1993 uitoefende. Begin 1994 werden de certificaten na rechterlijke tussenkomst overgedragen en in april 1994 werd uitspraak gedaan door rechtbank Haarlem in het onderhavige kort geding, waarin (medewerking aan) decertificering werd gevorderd op de volgende gronden:

- de ratio achter de certificering, te weten de bescherming van zoon en dochter als minderheidsaandeelhouders is komen te vervallen, waardoor de certificaten hun oorspronkelijke karakter van niet-royeerbaar hebben verloren, althans daar in redelijkheid geen beroep op kan worden gedaan;
- het is onredelijk dat de houder van alle certificaten nagenoeg het gehele kapitaal van de besloten vennootschap verschaft, zonder enige vorm van zeggenschap in haar onderneming; en
- zonder decertificering zal, het vertrek van de onafhankelijke bestuurder in aanmerking nemend, een impasse binnen het bestuur van de besloten vennootschap ontstaan en zal besluitvorming in de toekomst in ernstige mate belemmerd worden.

De president van de rechtbank overweegt dat door de overdracht van de certificaten en de omstandigheid dat deze daardoor in één hand zijn gekomen, het aanvankelijk met de certificering beoogde doel zich niet tegen decertificering verzet en dat toewijzing van de vordering met oog op de machtsverhoudingen, dat wil zeggen kapitaalverschaffing zonder zeggenschap, alleszins redelijk lijkt. De president veroordeelt de STAK dan ook tot overdracht van de aandelen en de (overige) bestuurders van de STAK tot hun medewerking daaraan.⁴⁴⁸ Het hof bekrachtigt de uitspraak van de president; het acht in de gegeven omstandigheden en gezien de eisen van redelijkheid en billijkheid en een afweging van de betrokken belangen de vordering tot decertificering toewijsbaar.

- Een recentere uitspraak van rechtbank Rotterdam⁴⁴⁹ betreft een vordering tot

448 Het is overigens opvallend dat de president bij zijn belangenafweging geen rekening lijkt te houden met het naast deze procedure lopende geschil tussen betrokkenen, als gevolg waarvan de Ondernemingskamer reeds een onderzoek naar wanbeheer bij de vennootschap had gelast, zie ook de noot van F. Veenstra bij de uitspraak van het hof (TVVS 1995/181).

449 Rechtbank Rotterdam 23 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BM6309, JOR 2007/40 (ThyssenKrupp/Mittal).

decertificering tegen de moedermaatschappij van de certificaathouder (vanwege een inspanningsverplichting om tot decertificering te komen). Hoewel in dit geval de vordering afgewezen wordt op de grond dat een kort geding zich niet voor de beslechting van een dergelijk geschil leent, impliceert het oordeel van de rechtbank wel dat toewijzing van een dergelijke vordering in het algemeen denkbaar is.

- Een andere (vooralsnog) niet geslaagde poging van een enig certificaathouder om decertificering af te dwingen is terug te vinden in een uitspraak van hof Amsterdam van 24 juli 2018.⁴⁵⁰ Het niet slagen van de vordering kan in dit geval samenhangen met de wijze van procederen (tegen een bestuurder van de STAK in plaats van de STAK zelf) en de omstandigheid dat sprake was van een kort geding procedure en daarmee van een minder diepgaande toetsing door het hof. Het hof gaat echter wel in op de mogelijkheid voor de enig certificaathouder om decertificering te verlangen, aangezien de statuten van de STAK bepaalden dat deze certificering kan verlangen. Het hof acht mogelijk dat het bestuur van de STAK beleidsvrijheid had op dit punt, ook indien “verlangen” in deze context uitgelegd moet worden als “eis”, zodat de mogelijkheid bestaat dat ook een enig certificaathouder geen decertificering zou kunnen afdwingen.
- Voorts strandde poging om decertificering af te dwingen in een geval waarover Rechtbank Limburg zich op 24 juli 2019 in kort geding uitsprak.⁴⁵¹ In deze zaak werden alle certificaten van aandelen in een BV gehouden door de weduwe van de insteller; zij wilde decertificering afdwingen, maar vond daarbij de overige leden van het bestuur van de STAK op haar pad. De voorzieningen rechter overweegt dat zelfs indien aangenomen wordt dat de omstandigheid, dat alle certificaten in één hand gekomen zijn, een verplichting inhoudt om gevolg te geven aan het verlangen tot decertificering,⁴⁵² dit niet betekent dat het bestuur van de STAK geen enkele beoordelingsvrijheid toekomt. De STAK heeft een eigen belang, waar haar bestuur zich naar dient te richten. Dit belang wordt in de eerste plaats gegeven door de doelomschrijving, maar het doel van de certificering kan ook blijken uit andere feiten en omstandigheden. Indien objectief vast te stellen is dat gecertificeerd is met oog op de belangen van anderen dan de certificaathouder, dan mag het bestuur van de STAK niet zonder meer toegeven aan de wens tot decertificering, indien daarmee de belangen van andere betrokkenen worden geschaad. Op dit punt strandt ook deze procedure, aangezien doel van de certificering onvoldoende duidelijk was en het kort geding zich niet

450 Hof Amsterdam 24 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2640, JOR 2018/270 (besproken door S.B. Garcia Nelen in JBN 2019/14).

451 Rechtbank Limburg 24 juli 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:6873.

452 De administratievoorwaarden waren op dit punt niet eenduidig (en lijken voor zover aangehaald gelijkluidend aan de administratievoorwaarden in de hiervoor aangehaalde zaak van hof Amsterdam).

leent voor nadere bewijsvoering. Deze uitspraak onderstreept ook een enig certificaathouder niet zonder meer decertificering kan afdwingen, aangezien ook andere belangen door de certificering beschermd kunnen worden, waarmee bij het besluit om al dan niet te decertificeren rekening moet worden gehouden.

- Ten slotte zij gewezen op een recente uitspraak in kort geding van hof Amsterdam.⁴⁵³ De casus betreft kort gezegd een vennootschap met een 50%-belang in een actieve dochtermaatschappij. De aandelen in de vennootschap zijn gecertificeerd. Zowel de certificaathouder als de vennootschap zijn failliet verklaard en de procedure heeft onder meer betrekking op de vordering van de curatoren jegens het bestuur van de STAK om tot decertificering over te gaan, zodat de curatoren (uiteindelijk) de aandelen in de dochtermaatschappij te gelde kunnen maken ten behoeve van de boedel. Het hof overweegt dat de STAK een eigen belang heeft, waarnaar haar bestuur zich dient te richten. Dit belang wordt naar het oordeel van het hof de eerste plaats gegeven door de statutaire doelomschrijving. Voorts dient de STAK zich jegens degenen die bij haar organisatie zijn betrokken, waaronder in casu ook de certificaathouders, te gedragen zoals de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW vereisen. Het hof weegt vervolgens de verschillende betrokken belangen, waaronder die van de vennootschap en van de certificaathouders en concludeert dat de belangen die gediend zijn door decertificering in dit geval aanzienlijk zwaarder wegen. Dit betekent dat de weigering van het bestuur van de STAK om tot decertificering over te gaan in strijd is met hetgeen de redelijkheid en billijkheid vereisen.

Hieruit volgt dat ook bij niet-royeerbare certificaten decertificering onder specifieke omstandigheden mogelijk kan zijn. Indien de certificering heeft plaatsgevonden met een doel dat bereikt is of dat zinledig is geworden, omdat de omstandigheden waarvoor de certificering heeft plaatsgevonden achterhaald zijn, lijkt het mij inderdaad terecht dat niet langer aan de instandhouding hiervan wordt vastgehouden.⁴⁵⁴ Desalniettemin meen ik dat de omstandigheden waaronder dit aan de orde kan zijn zich niet snel voor zullen doen, waarbij uiteraard ook het doel van de certificering een rol speelt, alsmede hoe dit zich verhoudt tot de positie van de certificaathouder. Waar de certificering dient tot het beschermen van de minderheidscertificaathouders, die zonder certificering in een vergadering van aandeelhouders een zwakke positie zouden

453 Hof Amsterdam 18 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:514, JOR 2020/113.

454 Evenzo bijvoorbeeld M. Brink, annotatie bij rechtbank Rotterdam 23 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BM6309, JOR 2007/40 (ThyssenKrupp/Mittal), punt 7, die meent dat er naast het achterhaald zijn van de doelstelling er ook andere redenen kunnen zijn die onder omstandigheden leiden tot een rechterlijk bevel tot decertificering, zoals belangenverstrengeling of benadeling. Het lijkt mij overigens de vraag of decertificering in dergelijke gevallen per se aangewezen is; indien sprake is van een conflict met het bestuur van de STAK, lijkt een meer voor de hand liggende oplossing om dit te vervangen, maar de certificering als zodanig in stand te laten. Zie voorts Veenstra, annotatie bij TVVS 1995/181, Van den Ingh, WPNR 2007/6737, paragraaf 3.5 en J. Winter, J.B. Wezeman en J.D. Schoonbrood, Van de BV en de NV, Kluwer Deventer 2017, nr. 65.

hebben, is het niet onredelijk om de certificering te laten wegvallen op het moment dat deze certificaten (ook) in handen van de meerderheidscertificaathouder zijn gekomen en de noodzaak voor bescherming vervalt. Een vergelijkbare redenering is uiteraard mogelijk met betrekking tot ieder te beschermen belang, maar de tegenstelling tussen het te beschermen belang en het belang van de certificaathouder kan van een andere aard zijn dan een uiteenlopen van de belangen van de verschillende certificaathouders, bijvoorbeeld indien de certificering (mede) de instandhouding van het gecertificeerde vermogen als doel heeft. Een dergelijk belang kan ook wegvallen, bijvoorbeeld door tenietgaan van het gecertificeerde vermogen, maar dit lijkt minder waarschijnlijk dan dat een belangentegenstelling tussen certificaathouders zich op enige wijze oplost. In ieder geval kan geconstateerd worden dat het met een beroep op de redelijkheid en billijkheid forceren van een decertificering van niet-royeerbare certificaten in de praktijk eigenlijk niet voorkomt: de hiervoor aangehaalde zaak met betrekking tot Kluft Distrifood en de recente uitspraak van hof Amsterdam zijn de enige mij bekende zaken waarin een dergelijke vordering is toegewezen. In dit verband zij ten slotte gewezen op de suggestie van Vegter, om de instandhouding van certificering te versterken door het opleggen van de verplichting om de certificaten gedurende een bepaalde periode niet te royeren. Hierop wordt nader ingegaan in paragraaf 7.14.5.

7.10.3 Gevolgen van beëindiging

Op grond van de beheersovereenkomst heeft de certificaathouder een aanspraak op (een evenredig deel van) het gecertificeerde vermogen waar zijn certificaten betrekking op hebben. Indien gedecertificeerd wordt, om welke reden dan ook, dan dient de STAK derhalve dit vermogen aan de certificaathouder over te dragen, ten titel van einde van het beheer.⁴⁵⁵ Indien het (oorspronkelijk) gecertificeerde vermogen teniet is gegaan en daarvoor in de plaats een (vordering tot) schadevergoeding is gekomen, verkrijgt de certificaathouder zijn aandeel daarin. De certificaathouder heeft in beginsel op het moment van decertificering geen verplichtingen meer jegens de STAK die nagekomen zullen moeten worden, zodat geen prestatie tegenover de overdracht van het gecertificeerde vermogen staat. Als gevolg van overdracht van het gecertificeerde vermogen is de vordering van de certificaathouder voldaan, zodat het certificaat vervalt.⁴⁵⁶

Het voorgaande gaat uit van een situatie waarin de STAK in staat is om aan al haar verplichtingen, jegens de certificaathouder(s) en eventuele andere crediteuren, te voldoen. Hoewel niet heel waarschijnlijk, is echter niet ondenkbaar dat de STAK

455 Vergelijk Vegter, preadvies 2004, pagina 118, alsmede Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 82 en F.K. Buijn en P.M. Storm, BV en NV in de praktijk, Kluwer Deventer 2013, pagina 190.

456 Bij certificaten op naam wordt doorgaans geen fysiek certificaat uitgegeven. Indien dat om enige reden wel het geval mocht zijn, of indien sprake is van certificaten aan toonder of order, verdient het aanbeveling om de certificaathouder te verplichten om de certificaten bij decertificering aan de STAK terug te geven, om te voorkomen dat "loze" certificaten blijven rondzwerven.

meer verplichtingen heeft dan die jegens de certificaathouders of zelfs failliet gaat, bijvoorbeeld indien sprake is van een beleggingsfondsachtige structuur en een lening is aangetrokken voor de aankoop van beleggingen en tegen de verwachtingen in het rendement op de beleggingen lager is dan de rente op de lening. Voor de hand ligt om in de administratievoorwaarden te bepalen dat faillissement van de STAK leidt tot decertificering, aangezien het laten voortduren van de certificering in die situatie niet goed denkbaar is. Behoudens indien sprake is van zekerheidsrechten die de positie van de certificaathouders versterken,⁴⁵⁷ zijn zij echter slechts concurrent crediteur in het faillissement van de STAK.

7.11 Certificering als beschermingsfiguur

Certificering is mijns inziens in beginsel geschikt als beschermingsfiguur, aangezien het hiermee mogelijk is om een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang te creëren. Op dit punt is certificering derhalve effectiever dan het onder bewind stellen van goederen, aangezien bij bewind de rechthebbende na vijf jaar de mogelijkheid heeft om de rechter om opheffing van het bewind te verzoeken.⁴⁵⁸ Bij certificering zou een parallel met deze bepaling gezocht kunnen worden in het argument dat het laten voortduren van de certificering onaanvaardbaar is naar maatstaven van de redelijkheid en billijkheid, maar deze toets (i) vereist in beginsel een wijziging van omstandigheden ten opzichte van het moment van certificering om succesvol te kunnen zijn en (ii) is veel strenger dan de bij eventuele opheffing van het bewind aan te leggen toets, zodat een beroep hierop naar mijn mening niet snel zal slagen. Dat maakt dat certificering aanmerkelijk meer zekerheid op een langdurige scheiding van zeggenschap en economisch belang biedt.

Certificering is bovendien, omdat het geen in de wet geregelde figuur is, uitermate flexibel. Daarbij zijn er twee variabelen waarmee de beheersovereenkomst als beschermingsfiguur met name op maat gemaakt kan worden voor de omstandigheden van een specifiek geval: de royeerbaarheid van de certificaten en de mate van zeggenschap die de certificaathouders op grond van de administratievoorwaarden en/of statuten van de STAK hebben. De royeerbaarheid is in zoverre een minder verfijnd instrument, dat men weliswaar tussen volledig en niet-royeerbare certificaten allerlei beperkingen in de royeerbaarheid kan creëren en op die manier kan afstemmen op een specifieke situatie, maar dat royement van de certificaten alles of niets is: als de certificaten eenmaal zijn geroyeerd, heeft de certificaathouder de juridische gerechtigdheid tot de goederen en daarmee de volledige zeggenschap. Daartussen is geen middenweg. Een dergelijke verfijning is wel mogelijk bij de mate van zeggenschap die aan de certificaathouders gegeven wordt; door meer of minder zeggenschapsrechten toe te kennen, bijvoorbeeld door de certificaathouder

⁴⁵⁷ Zie paragraaf 7.8.2.3.

⁴⁵⁸ Zie paragraaf 6.4.

medebestuurder van de STAK te maken of door rechten toe te kennen aan een vergadering van certificaathouders, kan hiermee gevarieerd worden en kan de opvolgende certificaathouder naar de wens van de insteller in meer of mindere mate betrokken worden bij het beheer over het gecertificeerde vermogen.

Een duurzame scheiding van zeggenschap en economisch belang vereist dat bij de inrichting van de certificering de royeerbaarheid van de certificaten ten minste in enige mate beperkt wordt, maar in beginsel wordt uitgesloten. Daartegenover staat dat de positie van de certificaathouder versterkt kan worden door hem zeggenschaps- en/of instemmingsrechten te verschaffen. Voor een evenwicht tussen (het bestuur van) de STAK en de certificaathouder en hun respectievelijke belangen is naar mijn mening vereist dat de certificaathouder deze rechten in elk geval in voldoende mate krijgt dat hij zijn eigen belangen kan waarborgen (zie de voorgaande paragrafen, alsmede paragraaf 7.13).

7.12 Wijze van beperking van zeggenschap

Bij certificering wordt de zeggenschap van de certificaathouder beperkt, doordat de juridische eigendom van het gecertificeerde vermogen en daarmee de beschikkingsmacht zijn ondergebracht bij een derde, de STAK. Certificering gaat op dit punt dus verder dan testamentair bewind, aangezien de rechthebbende in dat geval wel juridisch gerechtigd blijft tot de onder bewind gestelde goederen, maar de beschikkingsbevoegdheid ter zake van deze goederen (grotendeels) ontbeert.⁴⁵⁹

De certificaathouder heeft in zoverre dus nog minder dan degene wiens goederen onder bewind gesteld zijn, te weten alleen het economisch belang bij de onderliggende goederen. Dit aspect heeft overigens mijns inziens geen significante invloed op de grotere geschiktheid van certificering als beschermingsfiguur dan bewind; dit wordt met name veroorzaakt door de omstandigheid dat de rechthebbende wiens goederen onder bewind gesteld zijn redelijk snel een relatief laagdrempelige mogelijkheid heeft om de vrije beschikking over deze goederen te verwerven.

7.13 Beheersregeling bij certificering

Waar bij testamentair bewind de wet voorziet in een basisregeling, die ook een regeling bevat voor de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder,⁴⁶⁰ is dit bij certificering vanwege het ontbreken van een wettelijke regeling niet het geval. Aannemend dat gekozen wordt voor een stichting als administratiekantoor, heeft men

459 De wettelijke regeling bepaalt dat in plaats daarvan de bewindvoerder kan beschikken met toestemming van de rechthebbende of rechterlijke machtiging, maar de insteller kan de bevoegdheden van de bewindvoerder uitbreiden en deze zelfstandig beschikkingsbevoegd maken (zie paragraaf 6.2).

460 Zie paragraaf 6.3.

dan slechts de bepalingen met betrekking tot de stichting om op terug te vallen, alsmede de algemene bepalingen van het goederen- en verbintenissenrecht. De regeling inzake de stichting is relatief beperkt en biedt veel vrijheid voor het naar wens inrichten van een stichting, maar de keerzijde hiervan is dat de mogelijkheden die de wet biedt, indien geen voorziening in de statuten van de STAK getroffen is, beperkt zijn: er zijn regelingen voor wijziging van de statuten en voor benoeming en ontslag van bestuurders,⁴⁶¹ maar deze bieden pas een oplossing in situaties waarin de stichting zonder rechterlijk ingrijpen vast dreigt te lopen. Het is derhalve van groot belang dat de insteller zelf in regelingen voor deze situaties voorziet.

Daarbij moet ook rekening gehouden worden met de twee, doorgaans ten minste gedeeltelijk tegengestelde, belangen die spelen bij certificering: het (financiële) belang van de certificaathouder en het belang van de STAK, zoals neergelegd in haar doelomschrijving, dat door haar bestuur nagestreefd zal moeten worden. Bij certificering moeten deze belangen in evenwicht gebracht worden, vanuit het perspectief van certificering als beschermingsfiguur op zodanige wijze dat de certificaathouder geen (doorslaggevende) zeggenschap heeft, althans niet in situaties die de insteller niet voor ogen hebben gestaan, maar de certificaathouder gelijktijdig zodanige bevoegdheden c.q. zeggenschap heeft, dat hij wel in staat is om zijn eigen belangen te beschermen in de situatie dat het bestuur van de STAK hier afbreuk aan poogt te doen. Samengevat impliceert dit naar mijn mening ten minste de volgende regelingen:

- Een regeling inzake de wijziging van de statuten. Bij certificering als beschermingsfiguur ligt voor de hand om het bestuur van de STAK de bevoegdheid tot statutenwijziging toe te kennen, behoudens wellicht in geval een toezichthoudend orgaan is ingesteld. Daarbij dienen de certificaathouders naar mijn mening echter ten minste zodanige instemmingsrechten te krijgen, dat zij een statutenwijziging die (significant) te hunnen nadeel is te kunnen tegenhouden. Bij meer dan enkele certificaathouders heeft het daarbij de voorkeur om dit instemmingsrecht toe te kennen aan een vergadering van certificaathouders, die de instemming met een bepaalde meerderheid kan verlenen, om te voorkomen dat de instemming afhankelijk wordt van de medewerking van alle individuele certificaathouders.

Het is eventueel ook mogelijk om te bepalen dat aangewezen statutaire bepalingen niet gewijzigd kunnen worden, maar dit gaat uiteraard ten koste van de flexibiliteit.

- Een regeling voor de benoeming en het ontslag van bestuurders. In deze regeling moet bij uitstek voorzien worden in een evenwicht tussen het bestuur

461 Zie artikelen 2:294, 2:298 respectievelijk 2:299 BW, alsmede paragrafen 7.8.2.5.2 en 7.8.2.5.4.

en de certificaathouders. Bij certificering als beschermingsfiguur past om, aannemend dat geen sprake is van een toezichhoudend orgaan dat benoemings- en ontslagrecht zou kunnen krijgen, het zwaartepunt bij het bestuur te leggen in de vorm van bestuursbenoeming door coöptatie. Een doorslaggevende stem voor de certificaathouders biedt hun in elk geval in theorie de mogelijkheid om een bestuur te benoemen dat meewerkt aan voortijdige decertificering, zodat dit in beginsel geen wenselijke regeling is. De certificaathouders moeten echter wel beschermd worden tegen een bestuur dat hun belangen onvoldoende in het oog houdt en wellicht ook niet meer handelt in de geest van de bedoeling die de insteller met de certificering had. De regeling inzake benoeming en ontslag van bestuurders dient derhalve naar mijn mening gepaard te gaan met een regeling die de certificaathouders de mogelijkheid biedt om het beleid van het bestuur van de STAK openige wijze aan onafhankelijke toetsing te kunnen onderwerpen (zie nader paragraaf 7.8.2.5.2).

Ook los van deze specifieke regelingen zullen de bepalingen van zowel de statuten en de administratievoorwaarden het doel van de certificering en het belang van de certificaathouders in evenwicht moeten houden. Zonder uitputtend te willen zijn, kan dit zich bijvoorbeeld uiten in een regeling met betrekking tot de wijziging van de administratievoorwaarden, maar ook in inspraak van de certificaathouders ter zake van het beleid van de STAK bij het beheer van het gecertificeerde vermogen of een recht van de certificaathouders om bij belangrijke beslissingen in dat verband geraadpleegd te worden, ook al gaat dit niet gepaard met daadwerkelijke invloed. Het is van belang om niet uit het oog te verliezen dat de certificering er niet slechts tegen de certificaathouder is, maar ook diens belang moet dienen en dat moet zich uiten in de getroffen beheersregeling en verdeling van de zeggenschap daarbinnen.

7.14 Certificering en legitieme portie

7.14.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt besproken in hoeverre een door middel van certificering aangebrachte scheiding tussen zeggenschap en macht door een legitimaris met een beroep op zijn legitieme portie ongedaan gemaakt kan worden, althans (gedeeltelijk) omzeild kan worden, doordat hij vrij kan beschikken over het bedrag dat hij uit hoofde van zijn legitieme portie ontvangt. Ook wordt nader ingegaan op de maatschappelijke aanvaardbaarheid van certificering. Het is hierbij niet mijn bedoeling om de werking van de legitieme portie te bespreken, daarvoor verwijs ik naar literatuur die het erfrecht bespreekt.⁴⁶² Ik beperk mij hier slechts tot enkele korte opmerkingen over die aspecten

462 Zie bijvoorbeeld Asser/Perrick 4, 2017/296 e.v. en Handboek Erfrecht (2020), B.C.M. Waaijer, hoofdstuk X.

die relevant zijn voor een goed begrip van de samenloop tussen de legitieme portie en certificering (alsmede hierna trustachtige figuren).

Vooropgesteld zij hierbij dat ik in deze paragraaf tenzij anders aangegeven steeds uitga van (volledig) niet-royeerbare certificaten, gezien het uitgangspunt dat het doel van de certificering is om een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang tot stand te brengen.

7.14.2 Legitieme portie in het algemeen

Zoals in paragraaf 6.5.2 reeds opgemerkt, is de huidige legitieme portie relatief beperkt en rest de legitimaris slechts een vordering in geld. De omvang hiervan wordt kort gezegd bepaald door bepaalde giften bij de nalatenschap op te tellen en bepaalde schulden hierop in aftrek te brengen. De uitkomst wordt vermenigvuldigd met 50% van het percentage waarvoor de legitimaris erfgenaam bij versterf zou zijn.⁴⁶³ Op het aldus berekende bedrag worden ten slotte in mindering gebracht de waarde van (i) giften die de erflater aan de legitimaris gedaan heeft⁴⁶⁴, (ii) hetgeen de legitimaris krachtens erfrecht verkrijgt⁴⁶⁵ en (iii) datgene wat de legitimaris als erfgenaam of uit hoofde van een legaat kan verkrijgen, maar niet verkrijgt omdat hij verwerpt⁴⁶⁶. Op het laatste geldt echter een uitzondering in geval van zogenoemde inferieure makingen; indien daar sprake van is, komt de waarde van de making niet in mindering op de legitieme portie.⁴⁶⁷ In paragraaf 7.14.5 ga ik nader in op inferieure makingen.

Tegen deze achtergrond zal ik in de volgende paragrafen ingaan op de vraag in hoeverre de legitieme portie ertoe kan leiden dat de met certificering beoogde duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang niet gehandhaafd kan worden. Meer specifiek bespreek ik de vraag of certificering een gift kan zijn, waarmee in het kader van de legitieme portie rekening gehouden moet worden. Ook ga ik in op de vraag of een verkrijging van certificaten een inferieure making kan zijn. Allereerst bespreek ik echter de algemene toelaatbaarheid van certificering in het kader van de legitieme portie.

463 Zie artikel 4: 63 jo. 4:64 lid 1 jo. 4:65 BW, alsmede artikel 4:79 BW. De in aanmerking te nemen giften worden nader besproken in het kader van inbreng van vermogen in een trust/APV, zie hiervoor paragraaf 8.6.

464 Artikel 4:70 BW. Het betreft hier de giften als bedoeld in artikel 4:67 BW (zie Asser/Perrick 4, 2017/320).

465 Artikel 4:71 BW, ook als deze verkrijging niet vrij en onbezwaard is (zie Asser/Perrick 4, 2017/322).

466 Artikelen 4:72 en 4:73 BW.

467 Vereiste is wel dat de legitimaris binnen drie maanden na het overlijden van de erflater verwerpt (artikel 4:72 respectievelijk 4:73 lid 1 BW. In geval van een erfstelling dient tevens een zogenoemde contantenverklaring afgelegd te worden: indien de legitimaris niet bij de verwerping verklaart zijn legitieme portie te willen ontvangen, verliest hij zijn recht hierop (artikel 4:63 lid 3 BW).

7.14.3 Drukker-arrest/maatschappelijke aanvaardbaarheid van niet-royeerbare certificaten

De Hoge Raad heeft zich één maal uitgesproken over de maatschappelijke toelaatbaarheid van certificering.⁴⁶⁸ Dit arrest betrof de volgende situatie: de erflater hield vijftig aandelen in een vennootschap die een onderneming dreef. Tijdens leven van de erflater werden de aandelen gecertificeerd, waarbij als de doelomschrijving van de STAK was opgenomen het verzekeren van de continuïteit in het bestuur en het beheer van de vennootschap en de handhaving van de zelfstandigheid van de onderneming van de vennootschap. Het weren van invloed uit de leiding, die de zelfstandigheid van de onderneming in strijd met haar belang zou kunnen schaden, werd hierbij expliciet genoemd als wijze om dit doel na te streven. De certificaten waren niet-royeerbaar.

Aangezien de erflater zijn drie kinderen als erfgenamen voor gelijke delen had benoemd, verkregen zij na zijn overlijden de certificaten. Eén van de kinderen verzette zich echter tegen de certificering en poogde aandelen te verkrijgen in plaats van certificaten. Van de aangevoerde argumenten heeft een deel betrekking op de uitvoering van de certificering, zoals de vraag of wel een geldige overdracht van de aandelen aan de STAK had plaatsgevonden. Ik ga verder niet op deze aspecten in, maar beperk mij tot de meer fundamentele vraagstukken met betrekking tot de aanvaardbaarheid van certificering, in het bijzonder in het kader van de legitieme portie. In dat verband werden de volgende argumenten aangevoerd:

- (a) Voor de overdracht van de aandelen aan de STAK bestond geen geldige titel, omdat de erflater met de certificering beoogde om een rechtsgevolg in het leven te roepen, dat slechts door uiterste wil kon worden bewerkstelligd. In de ogen van de dochter, die tegen de certificering ageerde, hield de certificering een herroepelijke regeling in, van wat de erflater wilde dat er na zijn overlijden zou geschieden met betrekking tot de administratie en het beheer van de aandelen. De herroepelijkheid zou volgen uit de omstandigheid dat de erflater na certificering onbelemmerd in staat zou zijn geweest om de administratie en het beheer over de aandelen te beëindigen, omdat hij bestuurder van de stichting was.

Rechtbank en hof verwerpen deze stelling beide, op (tezamen) de volgende gronden:

- Certificering is geen eenzijdige, maar een tweezijdige rechtshandeling. De STAK moet bovendien ook partij zijn bij een eventuele decertificering.

⁴⁶⁸ Hoge Raad 1 juli 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB7695, NJ 1989/226 (Drukker).

- De certificering had reeds rechtsgevolgen tijdens leven van de erflater en niet pas bij zijn overlijden.
- Het is niet zo dat de erflater, ook al was hij bestuurder van de STAK, vrijelijk kon besluiten tot decertificering. Hij zou daarbij ook rekening moeten houden met het doel en het belang van de STAK en, gezien dat doel, het belang van de vennootschap.
- Ten slotte was geen sprake van een herroepelijke regeling, aangezien de erflater niet meer in staat zou zijn geweest om decertificering te bewerkstelligen, op het moment dat hij niet langer bestuurder van de STAK zou zijn.

Dit punt is in cassatie niet meer aan de orde gekomen.

- (b) De erflater heeft met de certificering geprobeerd het wettelijk erfdeel van zijn kinderen te ontduiken. (Ook) om die reden ontbeert de overdracht van de aandelen aan de STAK een geldige titel.

De rechtbank verwerpt ook dit betoog, met de onderbouwing dat gezien de doelomschrijving van de STAK de erflater beoogde een maatregel te treffen voor de waarborging van de continuïteit in het bestuur en het beleid en de zelfstandigheid van de vennootschap. Certificering met een dergelijk oogmerk is niet in strijd met de wet of het recht, noch met de bepalingen betreffende de legitieme portie. Het hof voegt daaraan toe dat de certificering zeer wel (mede) het belang van de certificaathouders dienen kan of hebben gediend. De doelstelling van de STAK is daarmee niet in strijd.

In cassatie komt dit punt niet meer inhoudelijk aan de orde. A-G Hartkamp overweegt nog wel dat zelfs indien de erflater met de certificering de uitsluitende bedoeling zou hebben gehad om na zijn overlijden aan zijn kinderen het stemrecht te onthouden, dit nog niet impliceert dat hij een inbreuk op de legitieme portie van zijn kinderen wilde maken. De erflater beoogde met de certificering daarentegen het waarborgen van de zelfstandigheid en continuïteit van de vennootschap. A-G Hartkamp gaat nog wel (ten overvloede, omdat dit argument pas voor het eerst in cassatie aan de orde komt en daar dus buiten behandeling blijft) in op de stelling van de dochter dat in wezen sprake is van een bewind, maar merkt in dat verband (onder meer) op dat geen rechtstoestand is ontstaan die praktisch volkomen gelijk is aan bewind.

- (c) Voorts voert de dochter aan dat de overdracht van de aandelen aan de STAK

niet geldig was, omdat certificering zonder mogelijkheid van decertificering maatschappelijk onaanvaardbaar is.

Naar aanleiding van dit punt overweegt de rechtbank dat het de erflater vrijstond om zijn aandelen ter administratie en beheer over te dragen aan de STAK. Aan de omstandigheid dat de STAK hierdoor in belangrijke mate zeggenschap over de vennootschap verwierf en het recht van de oorspronkelijke aandeelhouder dienooreenkomst beperkt werd, kan niet de conclusie worden verbonden dat de overeenkomst waarbij de erflater zich tot overdracht van de aandelen aan de STAK verbond ongeldig is. De STAK zal de redelijke belangen van de certificaathouders moeten respecteren en er is geen reden om wegens mogelijke strijd met deze belangen de verbintenis tot overdracht van de aandelen aan de STAK als ongeldig te beschouwen. Het hof overweegt met betrekking tot deze stellingname, in aanvulling op de grond van de rechtbank, dat het standpunt van de dochter in zijn algemeenheid niet op de wet berust. Voorts bieden de omstandigheden van het geval geen aanknopingspunten voor dit standpunt, aangezien de erfgenamen zelf nooit aandelen in de vennootschap hebben gehad.

De Hoge Raad oordeelt in dit verband dat de stelling, dat een certificering van aandelen (in een besloten familievennootschap), waarbij de certificaten niet-royeerbaar zijn, maatschappelijk onaanvaardbaar is, niet in haar algemeenheid als juist kan worden aanvaard. Hierbij sanctioneert de Hoge Raad het oordeel van het hof dat, nu de erfgenamen zelf nooit aandeelhouder zijn geweest, er geen reden is om aan te nemen dat de omstandigheden van het geval een uitzondering op dit uitgangspunt rechtvaardigen.

Interessant is bovendien de conclusie van A-G Hartkamp, die in verband met de vraag naar de maatschappelijke aanvaardbaarheid van certificering opmerkt dat de wet op vele plaatsen rekening houdt met certificering, zonder daarbij een onderscheid te maken of er al dan niet een mogelijkheid tot decertificering bestaat en zo ja, onder welke voorwaarden. De A-G betwijfelt niet dat certificering met niet-royeerbare certificaten geldig is en meent dat als men de bezwaren daartegen te groot acht, het aan de wetgever is om daaraan tegemoet te komen.

- (d) Ten slotte voert de dochter aan dat de certificering inbreuk maakt op haar legitieme portie. De certificering is een last op haar wettelijk erfdeel, zodat zij de certificering vernietigt voor zover deze inbreuk maakt op het haar vrij van last toekomende wettelijk erfdeel.

De rechtbank en hof verwerpen ook dit betoog, in essentie op de grond dat reeds tijdens leven sprake was van een overdracht van de aandelen met onmiddellijk

rechtsgevolg, anders dan om niet. Tot de nalatenschap behoorden derhalve slechts certificaten.

Dit punt is als zodanig niet in cassatie aan de orde geweest. Wel is nog geklaagd dat het hof niet is ingegaan op de stelling dat sprake zou zijn van een materiële schenking (naar oud recht, thans zou gesproken worden van een gift) aan de vennootschap, maar aangezien dit punt kennelijk pas in cassatie aan de orde kwam, is ook daar niet over geoordeeld door de Hoge Raad. Overigens zou in mijn ogen een bevoordeling van de STAK meer voor de hand liggen dan een bevoordeling van de vennootschap, maar is ook geen sprake van een gift aan de STAK.⁴⁶⁹

Uit dit arrest kunnen mijns inziens de volgende conclusies getrokken worden:

- De certificering is in beginsel geldig en kan ook niet als zodanig als nietig beschouwd worden wegens strijd met de bepalingen inzake de legitieme portie. Bij het verwerpen van dit standpunt heeft de omstandigheid dat de certificering de continuïteit van de vennootschap nastreefde een rol heeft gespeeld.
- De certificering vormt ook geen schending van de legitieme portie, in de zin dat de legitimaris haar (gedeeltelijk) kan vernietigen. Certificering heeft immers al rechtsgevolg tijdens het leven van de erflater en tot zijn nalatenschap behoren nog slechts de certificaten.
- Certificering van aandelen (in een familievennootschap), waarbij de certificaten niet-royeerbaar zijn, is in het algemeen niet maatschappelijk onaanvaardbaar. De Hoge Raad impliceert wel dat er uitzonderingen op deze regel kunnen zijn, afhankelijk van de omstandigheden van het specifieke geval. Daar was in deze zaak geen sprake van; een specifieke omstandigheid van deze situatie is dat erfgenamen zelf nooit aandeelhouder van de vennootschap zijn geweest,⁴⁷⁰ maar dit lijkt mij een weinig onderscheidende factor: de situatie waarin goederen van de legitimaris zelf door een ander worden gecertificeerd, zal vermoedelijk zelden voorkomen.

Uit dit oordeel van de Hoge Raad kan bovendien worden afgeleid dat het certificeren van aandelen waarbij de certificaten beperkt of volledig royeerbaar zijn dan zeker niet maatschappelijk onaanvaardbaar is.⁴⁷¹

469 Zie paragraaf 7.14.4.

470 Van den Ingh neemt, mijns inziens terecht, aan dat de Hoge Raad hiermee bedoeld heeft dat de erflater geen aandelen heeft gecertificeerd die aan de erfgenamen in privé toebehoorden (Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 58).

471 Enzo Van den Ingh, dissertatie 1991, pagina 22.

Het Drukker-arrest is gewezen onder het oude erfrecht. Mijs inziens gelden de hieruit voortvloeiende conclusies onder het huidige erfrecht echter nog steeds of juist te meer. De rechtspositie van de legitimaris is immers alleen maar verzwakt in vergelijking met het oude erfrecht. Het zou met dit gegeven in strijd zijn als hij vervolgens wel meer mogelijkheden zou hebben om de hem onwelgevallige rechtshandelingen, die de erflater reeds voor zijn overlijden gepleegd heeft, aan te tasten. Enige uitzondering kan wellicht gevonden worden in de omstandigheid dat op het moment dat het arrest gewezen werd sprake was van een gesloten stelsel van bewind. Thans is er sprake van een opener stelsel; de erflater heeft althans de vrijheid om de rechtsgevolgen van het bewind te bepalen, het moment van instellen en het object van het bewind zijn nog steeds beperkt. De stelling dat de certificering ongelijk is aan bewind zou door het veranderde karakter van het bewind nu mogelijk niet meer opgaan. Het bewind is nu immers variabler in zijn rechtsgevolgen en een certificering zou dus materieel eerder gelijk kunnen zijn aan een bewind. Er zijn echter dermate veel en dermate grote verschillen tussen bewind en certificering dat ik, hoewel beide rechtsfiguren nu wellicht iets dichterbij elkaar kunnen liggen, een gelijkstelling van certificering met bewind nog steeds niet mogelijk acht.⁴⁷²

Voor wat betreft de maatschappelijke aanvaardbaarheid van certificering, met niet-royeerbare certificaten, rijst nog wel de vraag in hoeverre de omstandigheid, dat de certificering gericht was op het waarborgen van de continuïteit van de onderneming van de vennootschap wier aandelen gecertificeerd werden, doorslaggevend is geweest bij het oordeel van de Hoge Raad dat een dergelijke certificering in het algemeen niet maatschappelijk onaanvaardbaar is. Men kan zich voorstellen dat daarover anders gedacht wordt indien sprake is van een certificering die er wel expliciet (en uitsluitend) op gericht is om de erfgenamen van de insteller op het moment dat zij certificaathouder worden alle zeggenschap over het gecertificeerde vermogen te onthouden.

In beginsel hebben deze erfgenamen natuurlijk geen aanspraak op de goederen zoals die zich op enig moment tijdens leven van de insteller van de certificering bevinden. Hun aanspraken vangen, mits zij legitimaris zijn, pas aan bij het moment van overlijden van die insteller en de staat of vorm waarin hij zijn vermogen nalaat is niet voor juridische kritiek van zijn legitimarissen vatbaar.⁴⁷³ Desalniettemin komt het mij voor dat deze vrijheid van de insteller, om de samenstelling van zijn latere nalatenschap te bepalen, niet onbegrensd hoeft te zijn. Het is denkbaar dat certificaten gecreëerd worden die niet alleen (volledig) niet-royeerbaar zijn, maar bovendien onoverdraagbaar⁴⁷⁴ zijn. In combinatie daarmee kunnen de administratievoorwaarden bovendien alle zeggenschap van de certificaathouder uitsluiten, terwijl de STAK in aanvulling daarop geen verplichting heeft tot het onmiddellijk dooruitkeren van inkomsten, maar de

472 Zie voor de nadere onderbouwing hiervan paragraaf 7.5.4.

473 Zoals reeds aangehaald: Lubbers, De NV 60/12, pagina 225.

474 Zie nader paragraaf 7.7.3.2.

vrijheid heeft om deze te herinvesteren. Aldus kan een certificaat in het leven geroepen worden dat (i) niet verzilverd kan worden door de certificaathouder, noch door verkoop, noch door decertificering, (ii) geen enkele vorm van zeggenschap met zich brengt en (iii) geen enkel vooruitzicht biedt op revenuen, anders dan wanneer het bestuur van de STAK bereid zou zijn tot uitkering daarvan. Aannemend dat de overdracht van goederen op het moment van certificering geen gift is en hier derhalve voor de regeling van de legitieme portie geen rekening mee gehouden wordt,⁴⁷⁵ is het creëren van dergelijke certificaten mijns inziens letterlijk gezien niet in strijd met de legitieme portie. Dit neemt niet weg dat de waarde van een dergelijk certificaat in handen van de legitimaris vermoedelijk weinig meer is dan nihil.

Vanuit het perspectief van het belang dat de legitieme portie beoogt te beschermen, een bepaalde minimaanspraak van de legitimaris ter zake van het vermogen van de erflater, gaat het creëren van certificaten met dergelijke restrictieve voorwaarden mij echter te ver. Deze bescherming zou illusoir zijn, indien dergelijk restrictieve certificaten daarmee niet strijdig werden geacht. Ik kan mij daarom voorstellen, en zou het ook terecht vinden, indien de Hoge Raad de certificering in een dergelijk geval wel als maatschappelijk onaanvaardbaar zou aanmerken. Vooralsnog lijkt de Hoge Raad zich nog niet over een dergelijke situatie te hebben uitgesproken, zodat er nog ruimte is om te dier zake een van zijn oordeel in het Drukker-arrest afwijkend standpunt in te nemen.⁴⁷⁶

De moeilijkheid in deze is, dat het al dan niet maatschappelijk aanvaardbaar achten van een specifieke vorm van certificering in verband met de positie van de legitimaris, in feite een redelijkheidstoets impliceert, die ingevuld wordt door de mate waarin men het belang van die legitimaris beschermenswaardig acht. Indien, zoals in het Drukker-arrest, een duidelijk ander belang aanwijsbaar is dat met de certificering gediend wordt, kan redelijk geacht worden dat de belangen van de legitimaris daar in bepaalde mate voor moeten wijken.⁴⁷⁷ Daarbij kan gedacht worden aan de reeds genoemde waarborging van de continuïteit van een onderneming, maar ook het bijeenhouden van een landgoed of een kunstcollectie, of wellicht zelfs het in stand houden van vermogen met oog op toekomstige generaties. Zelfs indien expliciet naar voren komt dat de bedoeling van certificering is om de legitimaris de zeggenschap over het gecertificeerde vermogen te onthouden, kan niet op voorhand gezegd worden dat dit in alle gevallen ongerechtvaardigd is.

Een duidelijke conclusie met betrekking tot de maatschappelijke aanvaardbaarheid van certificering is mijns inziens vooralsnog niet te trekken. Uit het Drukker-arrest

475 Zie daarvoor de hiernavolgende paragraaf 7.14.4.

476 Enzo Vegter, preadvies 2004, pagina 119.

477 Waarbij een ander, en niet eenvoudiger, discussiepunt is in hoeverre de juistheid van dit motief getoetst zou moeten worden. Op dit aspect ga ik verder niet in.

valt slechts te concluderen dat (i) de Hoge Raad in het algemeen de maatschappelijke aanvaardbaarheid van certificering met niet-royeerbare certificaten onderkent, althans indien daar een duidelijk extern motief (in ieder geval in de vorm van bescherming van de continuïteit van een onderneming, maar mogelijk ook ruimer) voor aanwezig is, alsmede dat (ii) ruimte is gelaten voor situaties waarin certificering niet langer maatschappelijk aanvaardbaar is. Waar precies de grenzen van deze uitzondering liggen, is nog niet duidelijk en gezien het aantal jaren dat verstreken is sinds het Drukker-arrest is er geen reden om aan te nemen dat er op korte termijn jurisprudentie zal komen die hier verdere grenzen zal trekken. In het algemeen ben ik echter van mening dat een (duidelijk aanwijsbaar) extern te beschermen belang bij de certificering, oftewel niet het ontnemen van zeggenschap als doel in zichzelf, de aanvaardbaarheid van certificering zal versterken. Daarentegen zal eerder sprake kunnen zijn van een maatschappelijk onaanvaardbare uitkomst naarmate meer restricties op één certificaat gestapeld worden. Waar niet-royeerbare certificaten met vooruitzicht op uitkeringen hierop in beginsel wel de toets zullen kunnen doorstaan, is dat in mijn ogen niet meer het geval bij de reeds genoemde combinatie van (i) niet-royeerbaarheid, (ii) onoverdraagbaarheid en (iii) geen verplichting tot het doen van uitkeringen door de STAK (zeggenschap van enige betekenis zal dan bovendien automatisch ontbreken).⁴⁷⁸ Een argument om de grenzen van maatschappelijke aanvaardbaarheid wat ruimer te trekken is daarbij gelegen in de verzwakking van de legitieme portie per 2003: het hiermee te beschermen belang wordt sindsdien als geringer aangemerkt, hetgeen impliceert dat hierop een verderstreckende inbreuk gemaakt kan worden, alvorens deze inbreuk als maatschappelijk onaanvaardbaar aangemerkt dient te worden.

Naast het argument dat certificering (onder omstandigheden) maatschappelijk onaanvaardbaar is, resteert de mogelijkheid van het ageren tegen de certificering op grond van de regels van de legitieme portie zelf. Hoewel gezien het Drukker-arrest certificering als zodanig niet in strijd is met de legitieme portie, betekent dit nog niet dat nooit sprake kan zijn van een botsing met deze regels. Ik ga hier in de volgende paragrafen op in, allereerst op de vraag of bij certificering sprake kan zijn van een gift en vervolgens op de eventuele mogelijkheden voor een legitimaris om vermogen vrij van certificering te verkrijgen.

7.14.4 Certificering als gift

Een volgende vraag die in dit verband opkomt, is of certificering een schenking of een gift kan inhouden. Indien dat het geval is, en deze bovendien op grond van artikel 4:67 BW in aanmerking genomen moet worden voor de berekening van de legitieme porties, dan zou de waarde van deze schenking of gift de legitimaire vordering vergroten.

⁴⁷⁸ Vergelijk tevens Dortmund, Van der Heijden Handboek NV/BV 2013, nr. 197, waar wordt opgemerkt dat uitsluiting van de overdraagbaarheid van de certificaten in strijd is met het systeem van de wet indien de certificaten tevens niet-royeerbaar zijn.

Dat laatste kan van invloed zijn op de waarde die een legitimaris mogelijk vrij van certificering kan verkrijgen, hetgeen besproken wordt in paragraaf 7.14.6.

Een schenking doet zich echter in ieder geval niet voor, aangezien schenking een overeenkomst om niet is,⁴⁷⁹ terwijl degene die vermogen certificeert een tegenprestatie ontvangt in de vorm van de certificaten. Artikel 7:186 lid 2 BW omschrijft een gift als iedere handeling die er toe strekt dat degene, die de handeling verricht, een ander ten koste van zijn eigen vermogen verrijkt. Derhalve zijn nodig (i) verarming van de schenker, (ii) verrijking van de begiftigde en (iii) een bevoordelingsbedoeling. In de Toelichting Meijers is de vereiste strekking van de rechtshandeling omschreven als het feit dat de vermogensverschuiving enerzijds wordt aangeboden en anderzijds wordt aanvaard als een verrijking van de één ten koste van de ander.⁴⁸⁰ Dit impliceert niet alleen een bevoordelingsbedoeling bij de schenker, maar ook een bevoordelingsbewustzijn bij de begiftigde.⁴⁸¹ Deze kan evenwel ook slechts op basis van een vermoeden aanwezig zijn, vergelijk artikel 7:175 lid 2 BW, dat bepaalt dat een tot een bepaalde persoon gericht schenkingsaanbod geldt als aanvaard, tenzij het onverwijld nadat hiervan is kennisgenomen is afgewezen. In een dergelijk geval zal het bevoordelingsbewustzijn van de begiftigde expliciet noch impliciet aanwezig zijn.⁴⁸² Hele hoge eisen lijken hieraan dus niet te worden gesteld.

Derhalve zou certificering een gift kunnen inhouden, indien sprake is van verarming van degene die vermogen certificeert, verrijking van de STAK, alsmede een bevoordelingsbedoeling. Voor wat de bevoordelingsbedoeling merk ik op dat deze gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad in hoge mate geobjectiveerd getoetst dient te worden:

*Voor het aannemen van vrijgevigheid is voldoende dat [...] degene die verarmd is de verrijking van de andere partij heeft gewild.*⁴⁸³

en

Opmerking verdient nog dat, naast bewustheid van de bevoordeling, de wil tot bevoordelen een afzonderlijk vereiste vormt voor het aannemen van een schenking

479 Artikel 7:175 lid 1 BW.

480 E.M. Meijers, Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek: toelichting, vierde gedeelte (boek 7), Sdu Den Haag 1972, pagina 894.

481 Zie Asser/Perrick 4, 2017/258. Zie voorts E.R. Roelofs, De private express trust en de legitieme portie, Kluwer Deventer 2011, pagina 84 – 85, die opmerkt dat de bevoordelingsbedoeling twee elementen bevat: vrijgevigheid die ziet op de verarming van de schenker en een bevoordelingsbedoeling die ziet op de verrijking van de begiftigde.

482 Kleijn merkt in dit verband op dat de wil van de begiftigde in een dergelijk geval slechts fictief op de verrijking gericht kan zijn (W.M. Kleijn, Schenking in het NBW, NJB 1974/24a, pagina 31).

483 HR 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687, BNB 1994/261. Belanghebbende had gesteld dat het motief van de (veronderstelde) schenker bij de bevoordeling een ander motief dan vrijgevigheid was, maar de Hoge Raad acht die omstandigheid niet relevant.

*[...], en dat de aanwezigheid van de wil tot bevoordeling zelfstandig moet worden beoordeeld op grond van omstandigheden, en niet kan worden afgeleid louter uit de aanwezigheid van bevoordelingsbewustheid bij degene die bevoordeelt.*⁴⁸⁴

De Hoge Raad heeft de bevoordelingsbedoeling in hoge mate geobjectiveerd, door voor het in aanmerking nemen van vrijgevigheid voldoende te achten dat degene die verarmt zich bewust is van de bevoordeling van een ander en deze bevoordeling gewild heeft, ongeacht of bevoordeling ook het motief voor de bevoordelende (rechts) handeling is geweest. Weliswaar hebben deze arresten betrekking op de heffing van schenkingsrecht, maar gezien de mate waarin deze heffing geënt is op het civielrechtelijke begrip gift en de omstandigheid dat de Hoge Raad dus beoordeelt of sprake is van een gift in civielrechtelijke zin, hebben zij naar mijn mening ook in civielrechtelijke context betekenis.⁴⁸⁵ Deze geobjectiveerde bevoordelingswil lijkt echter op te houden waar degene die de bevoordelende (rechts)handeling verricht een eigen (financieel) belang heeft bij de transactie. In dit verband zij verwezen naar een uitspraak van rechtbank Gelderland⁴⁸⁶ inzake de verkoop van certificaten door een vrouw aan haar ex-echtgenoot tegen een (in de ogen van de belastingdienst) te lage prijs, die door de rechtbank niet gezien werd als schenking, omdat de vrouw een eigen belang had in de vorm van het verkrijgen van liquiditeiten op korte termijn, zodat naar de mening van de rechtbank geen sprake was van een bevoordelingsbedoeling. Een vergelijkbaar beeld komt naar voren uit een uitspraak van hof Amsterdam⁴⁸⁷, die oordeelde dat een bevoordeling voortvloeiend uit een verwerping van een nalatenschap geen voor de legitieme portie in aanmerking te nemen gift betrof. Het hof overweegt daartoe dat de verwerpende erflaatster geen bevoordelingsbedoeling had, omdat de transacties waarvan de verwerping deel uit maakte noodzakelijk waren om haar onder een gunstig fiscaal regime liquide middelen te verschaffen. Ook hier was dus sprake van een eigen belang. Desalniettemin zal, indien een duidelijke bevoordeling aanwezig is, een bevoordelingsbedoeling relatief gemakkelijk aangenomen kunnen worden.

Uit deze jurisprudentie volgt mijns inziens dat, aannemend dat geconcludeerd zou moeten worden dat de STAK als gevolg van de gift verrijkt is (zie nader hieronder), de insteller zich zowel van deze bevoordeling bewust is geweest, als deze gewild heeft.

484 HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7272, BNB 2002/317.

485 Vergelijk tevens Asser/Perrick 4, 2017/257, waar, mede onder referte aan de aangehaalde jurisprudentie, wordt aangegeven dat voor de bevoordelingsbedoeling voldoende is dat de schenker, hoewel deze zich bewust is van het ontbreken van enigerlei verplichting, de verrijking van de begiftigde heeft gewild; een oogmerk om de begiftigde te bevoordelen is niet vereist.

486 Rechtbank Gelderland 18 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4002. De rechtbank gaat hierbij ook in op het arrest HR 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687, BNB 1994/261, maar acht beide situaties verschillend, omdat in het door de rechtbank te beoordelen geval de vrouw juist wel geld wilde hebben van haar wederpartij.

487 Hof Amsterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2246, rechtsoverweging 3.15 – 3.22. A-G Wissink heeft geconcludeerd tot verwerping van het tegen deze uitspraak ingestelde cassatieberoep (conclusie van 25 oktober 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1083) en de Hoge Raad heeft het cassatieberoep onder verwijzing naar artikel 81 lid 1 RO verworpen (HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:262, RN 2020/44).

Zijn eigenlijke oogmerk is echter niet de bevoordeling van de STAK, maar het onder beheer van de STAK brengen van het gecertificeerde vermogen, dat uiteindelijk aan de opvolgende certificaathouders ten goede moet komen. In tegenstelling tot bij het inbrengen van vermogen in een discretionair APV, waarbij de inbrenger een soort van ongericht bevoordelingsmotief heeft dat zich richt op een klasse van begunstigden, die wellicht zelfs nog niet bestaan, als geheel,⁴⁸⁸ is op het moment van certificering nog geheel geen intentie tot bevoordeling aanwezig. Aangezien de redenen achter een bevoordeling slechts in beperkte mate relevant zijn, lijkt mij, gezien de mate waarin deze bevoordelingsbedoeling geobjectiveerd is, in elk geval niet uit te sluiten dat deze toch aanwezig geacht moet worden bij degene die vermogen overdraagt in het kader van certificering. Mogelijk kan betoogd worden dat de insteller een eigen belang heeft bij de transactie in de vorm van het met de certificering nagestreefde doel, maar aangezien dit geen financieel belang is, zoals in de hiervoor genoemde lagere rechtspraak, lijkt mij vooralsnog onzeker of dat argument aan het aannemen van een bevoordelingsbedoeling in de weg zal staan. Indien sprake is van een bevoordelingsbedoeling, lijkt het bevoordelingsbewustzijn bij de STAK mij overigens ook aanwezig. Zeker bij een nauwe betrokkenheid van de inbrenger bij de STAK, bijvoorbeeld omdat hij de eerste (en wellicht enige) bestuurder is, kan men hier naar mijn mening niet aan ontkomen.

Van een verrijking van de STAK is echter mijns inziens geen sprake. De STAK heeft zelf geen enkel vermogensrechtelijk voordeel bij het vermogen dat zij beheert: dit wordt voor rekening en risico van de certificaathouder(s) aangehouden, terwijl de STAK slechts haar kosten vergoed krijgt. De STAK is op grond van de administratievoorwaarden verplicht om alle inkomsten uit het gecertificeerde vermogen, al dan niet onmiddellijk, uit te keren aan de certificaathouder, alsmede om bij decertificering dit vermogen aan de certificaathouder over te dragen. Voor de STAK is de transactie derhalve economisch neutraal.⁴⁸⁹ In zoverre zou men dus kunnen betogen dat ook geen sprake is van verarming van degene die zijn vermogen certificeert, omdat hij in economische zin gerechtigd blijft tot zowel de waarde van dat vermogen, als de opbrengsten daarvan. Afhankelijk van de omstandigheden van de certificaathouder, komt de waarde van de certificaten echter niet altijd, of zelfs in veel gevallen niet, overeen met de waarde van het gecertificeerde vermogen.

In de volgende uitspraken wordt aangenomen dat certificering van vermogen tot

488 Zie hiervoor paragraaf 8.6.1.

489 Evenzo E.A.A. Luijten, Certificering van aandelen in de besloten n.v., TVVS 1969/5, pagina 131, die overigens ook aangeeft dat iedere bevoordelingsbedoeling ontbreekt. Zie evenwel Lubbers, NV 60/12, pagina 223, die het bij voorbaat niet voor ondenkbaar houdt, dat zich enige materiële bevoordeling voordoet als een bijproduct van de certificering. Bij de gebruikelijk voor certificering gehanteerde voorwaarden zal hier mijns inziens echter geen sprake van zijn.

gevolg kan hebben dat de waarde van de certificaten lager is dan de waarde van het gecertificeerde vermogen, althans in civielrechtelijke context:⁴⁹⁰

- Rechtbank Rotterdam⁴⁹¹ oordeelde in een echtscheidingsprocedure over de waarde van gecertificeerde, tot de huwelijksgemeenschap, behorende aandelen. De rechtbank stelt daarbij voorop dat de vrouw geen financieel nadeel mag ondervinden van de omstandigheid dat de aandelen gecertificeerd zijn, hetgeen impliceert dat de man het initiatief tot certificering genomen had en bovendien zeggenschap behield over de STAK. De rechtbank gelast daarom een deskundigenonderzoek naar (a) de waarde van de aandelen op het moment van certificering en (b) de waarde van de certificaten, *met inachtneming van de daaraan verbonden bevoegdheden* ter zake van de aandelen. De rechtbank acht daarbij redelijk en billijk dat voor zover waarde (a) groter is dan waarde (b), de vrouw daarvoor gecompenseerd wordt, alsmede dat zij weliswaar de helft van de aandelen toegescheiden krijgt, maar dit onder de eventueel door de STAK te garanderen verplichting van de man om deze op termijn over te nemen. De rechtbank gaat er dus vanuit dat de waarde van de certificaten lager is dan de waarde van de aandelen.
- Enige jaren daarna oordeelde de Hoge Raad⁴⁹² over een vergelijkbare casus. Ook in dit geval was sprake van een echtscheidingsprocedure, mede betreffende een huwelijksgemeenschap waarvan gecertificeerde aandelen deel uitmaakten. De man oefende zijn bedrijf uit door middel van de vennootschap wier aandelen het betrof. Het initiatief tot certificering was ook door de man genomen en de man had zeggenschap over de STAK. De aandelen waren niet-royeerbaar. Op de certificaten was nooit dividend uitgekeerd en de man had kennelijk gesteld dat dit ook voor de toekomst niet te verwachten viel. Het hof had op grond van redelijkheid en billijkheid besloten tot toedeling van alle certificaten aan de man, tegen een overbedelingsschuld aan de vrouw. Dit oordeel is door de Hoge Raad gesanctioneerd, op basis van het uitgangspunt dat zowel de waarde van de certificaten als het dividendbeleid afhankelijk waren (en zouden zijn) van de gedragingen van de man, dat nooit dividend was uitgekeerd en dit naar verwachting ook in de toekomst niet zou gebeuren. Aan dit oordeel ligt mijns inziens de veronderstelling ten grondslag dat, vanwege het verschil in zeggenschap, de certificaten voor de man een andere waarde vertegenwoordigden dan voor de vrouw.

490 Voor de fiscale waarderingsaspecten zie paragrafen 11 (waarde in het economische verkeer), 13.2 (waardering van certificaten algemeen), 13.4.1.6 (waardering in box 2), 13.4.2.5 (waardering in box 1) en 13.4.3.2 (waardering in box 3).

491 Rechtbank Rotterdam 1 oktober 1979, ECLI:NL:RBROT:1979:AB7410, NJ 1980/286.

492 HR 1 juni 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4822, NJ 1985/351.

- Ook rechtbank Amsterdam⁴⁹³ heeft zich over een variatie op het voorgaande thema uitgesproken. Ook in dit geval had de man alle tot de huwelijksgemeenschap behorende aandelen (in verschillende vennootschappen) gecertificeerd. Hij was enig bestuurder van de vennootschap, alsmede van de STAK. De vrouw eiste dat ofwel de certificering niet jegens haar zou gelden, ofwel de certificaten geheel zouden worden toegedeeld aan de man, tegen afrekening van de waarde alsof geen certificering had plaatsgevonden. De rechtbank oordeelt dat de man de volledige zeggenschap heeft binnen de groep van vennootschappen, hetgeen tot gevolg heeft dat de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat de aan de man toe te scheiden certificaten gesteld moeten worden op de waarde van de aandelen zelf. Het waardeverschil dat de rechtbank (kennelijk) constateert tussen de certificaten en de aandelen vindt slechts zijn oorzaak in het ontbreken van zeggenschap bij de certificaten. De rechtbank verplicht de man weliswaar niet om toedeling van alle certificaten te accepteren, maar voor de boedel wordt bij de waardering van de certificaten wel rekening gehouden met het aan de man toekomende stemrecht.
- Ook hof Den Haag⁴⁹⁴ constateert in een vergelijkbare casus een verschil in waarde tussen certificaten en aandelen. In dit geval had (weer) de man alle aandelen van de vennootschap waarmee hij zijn bedrijf uitoefende gecertificeerd. De vrouw had verzocht om toedeling van alle certificaten aan de man, onder meer wijzend op (i) de vrij restrictieve voorwaarden van certificering, inhoudende dat decertificering pas toegestaan zou zijn tien jaar na het overlijden van de man, terwijl de man de eerste bestuurder was van de STAK en voorzien was in drie opvolgende bestuurders (waaronder niet de vrouw) en (ii) de omstandigheid dat het bezit van certificaten van aandelen zonder zeggenschap voor haar geen waarde vertegenwoordigde. Het hof oordeelt, kort gezegd, dat de vrouw geen zeggenschap heeft over de gecertificeerde aandelen en dat inderdaad uiterst onzeker is of het bezit van de certificaten voor haar enige waarde vertegenwoordigt. Mede daarom concludeert het hof tot afwijking van de hoofdregel van verdeling bij helfte en worden alle certificaten toegedeeld aan de man, tegen vergoeding van de overbedeling aan de vrouw. De omvang van de onderbedelingsvordering lijkt het hof te baseren op de waarde van de aandelen zelf.
- Een waardeverschil tussen certificaten en aandelen wordt evenwel niet alleen in echtscheidingsprocedures vastgesteld, blijkens een vrij recente uitspraak van hof's-Hertogenbosch.⁴⁹⁵ Het hof oordeelt in deze zaak over de vraag of de (stappen tot) certificering van aandelen paulianeuze handelingen zijn in de zin van artikel 3:45 BW. In dit verband gaat het hof onder meer in op de vraag of de certificering

493 Rechtbank Amsterdam, 8 augustus 1990, ECLI:NL:RBAMS:1990:AI8335, Prg. 1990/3339.

494 Hof Den Haag 14 januari 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AO2245, FJR 2004/68.

495 Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2014:1724, JOR 2015/151.

geleid heeft tot een achteruitgang van het vermogen van de certificaathouder. Het hof overweegt dat de gecertificeerde aandelen en certificaten qua financiële rechten weliswaar gelijkwaardig zijn aan elkaar, maar dat er voor wat betreft de zeggenschap een wezenlijk verschil is. Op basis daarvan concludeert het hof dat de certificaten minder waard zijn dan de aandelen zelf, althans minder waard zijn als verhaalsobject, zodat sprake is van een benadeling van de crediteur in diens verhaalsmogelijkheden in de zin van artikel 3:45 BW.

Deze jurisprudentie geeft een consistent beeld van een rechter die oordeelt dat certificaten van aandelen minder waard zijn dan de onderliggende aandelen zelf, of onder omstandigheden zelfs wel (nagenoeg) geen waarde vertegenwoordigen, vanwege het ontbreken van zeggenschap bij de certificaten. Voorts merk ik op dat ook bij bewind, dat zoals in paragraaf 7.5.4 opgemerkt essentieel verschilt van certificering, maar daar wel mee gemeen heeft dat het de rechthebbende beperkt in diens zeggenschap c.q. beschikkingsbevoegdheid, een waardedrukkend effect wordt aangenomen (althans in civielrechtelijke context). Dit volgt bijvoorbeeld uit artikel 4:75 lid 5 BW, dat betrekking heeft op de mate waarin bij waardering van een op de legitieme portie toe te rekenen waarde rekening wordt gehouden met het (waardedrukkend effect van) bewind.⁴⁹⁶

Derhalve heeft certificering een waardedrukkend effect. Hoewel de genoemde jurisprudentie slechts ziet op certificaten van aandelen, kan dit principe mijns inziens op vergelijkbare wijze toegepast worden op andere vermogensbestanddelen, zij het dat hierbij de zeggenschap, althans het ontbreken daarvan, niet steeds een even grote invloed op de waarde hoeft te hebben als bij aandelen het geval is. Desalniettemin zou ik menen dat bij in beginsel ieder vermogensbestanddeel aan zeggenschap c.q. beschikkingsmacht ten minste enige waarde toegekend dient te worden. Bij aandelen uit dit waardeverschil zich mede in het hebben van invloed op het al dan niet uitkeren van dividend en daarmee op het genieten van revenuen. Bij zowel aandelen als andere soorten vermogensbestanddelen biedt zeggenschap echter ook de mogelijkheid om het vermogensbestanddeel te vervreemden en de waarde aldus te verzilveren. Ook aan dit aspect van zeggenschap, beschikkingsmacht, kan naar mijn mening een zekere waarde worden toegekend. Daar komt bij dat, indien de STAK niet de verplichting heeft om ontvangen inkomsten direct door uit te keren aan de certificaathouder,⁴⁹⁷ het genieten van inkomsten ook afhankelijk is van de zeggenschap, hetgeen eveneens gezien kan worden als een waardedrukkende factor, gelijk invloed op het al dan niet genieten van dividenden dat is.

496 Zie bijvoorbeeld ook Asser/Perrick 4, 2017/330.

497 Deze voorwaarde hangt samen met de fiscale behandeling van certificering, omdat deze voor box 2 (en voor overdrachtsbelastingdoeleinden) gefaciliteerd wordt indien aan bepaalde vereisten is voldaan, waaronder deze onmiddellijke doorstootverplichting (zie paragraaf 13.4.1.2.1 inzake box 2). Bij vermogen dat geen fiscale faciliteit vereist is minder of geen reden om een dergelijke doorstootverplichting op te nemen.

Dit in aanmerking nemend, kan een onderscheid gemaakt worden tussen twee situaties: (i) de insteller heeft zelf de certificaten nog in handen én is enig bestuurder van de STAK (althans heeft daarin de overwegende zeggenschap) en (ii) de insteller heeft de certificaten overgedragen aan de beoogde verkrijgers, die echter geen zeggenschap hebben, omdat (bijvoorbeeld) de insteller de STAK controleert, terwijl de administratievoorwaarden hun ook geen bevoegdheden toekennen.⁴⁹⁸ In de handen van de insteller hebben de certificaten, vanwege de zeggenschap die de insteller behoudt, mijns inziens dezelfde waarde als de gecertificeerde goederen.⁴⁹⁹ In de handen van de certificaathouders zonder zeggenschap, is deze waarde echter lager.⁵⁰⁰ De mate waarin sprake is van een waardedrukkend effect hangt af van factoren als (i) de aard van het gecertificeerde vermogen, (ii) de wijze waarop het gecertificeerde vermogen rendement genereert (waardestijging of vruchten) en de invloed die zeggenschap heeft op het genieten daarvan, (iii) de inhoud van de administratievoorwaarden, maar ook meer persoonlijke factoren als (iv) de relatie tussen de certificaathouder en het bestuur van de STAK. Dit is uiteraard een beoordeling die zeer van de omstandigheden van ieder geval afhankelijk is en waarop ik in deze context⁵⁰¹ niet dieper in zal gaan.

De consequentie hiervan is dat de insteller van de certificering niet verarmt, althans niet zo lang hij niet tevens afstand doet van de zeggenschap. Daarmee is aan geen van de criteria van een gift voldaan, zodat hier bij certificering geen sprake van is. Dat verandert overigens naar mijn mening niet indien de insteller wel de zeggenschap en daarmee een deel van de waarde zou opgeven, omdat deze waarde niet neerslaat bij de STAK. Het element verrijking en in het verlengde daarvan de bevoordelingsbedoeling blijven ontbreken, zodat ook dan nog geen sprake is van een gift.⁵⁰²

Interessant is bovendien dat het voorgaande impliceert dat het, althans civielrechtelijk,

498 Uiteraard zijn vele variaties mogelijk, situaties waarin de certificaathouders wel enige, maar geen doorslaggevende, zeggenschap hebben. Eenvoudshalve beperk ik mij echter tot de twee uitersten van het spectrum: volledige zeggenschap of geen enkele zeggenschap.

499 Althans in civielrechtelijke context en daarmee voor de beoordeling of sprake is van een gift. Voor het bepalen van de (fiscale) waarde in het economische verkeer is zeggenschap slechts van betekenis voor zover deze samenhangt met de hoedanigheid van certificaathouder (zie nader paragraaf 13.2.2.3).

500 Evenzo Van Mourik, WPNR 2007/6737, punt 5. Zie echter Burgerhart (FTV 2003/2, paragraaf 1), die van mening is dat de certificaten economisch vereenzelvigd kunnen worden met de gecertificeerde goederen, alsmede H.J.M. Scholman en I.A. Kranenburg (Over de certificaatstichting, het familiefonds en de familiestichting, KWEP 2000/2, pagina 16) die menen dat het economische belang onveranderd blijft.

501 Zie echter paragraaf 11 voor de bepaling van de (fiscale) waarde in het economische verkeer en de factoren die in dat verband van invloed kunnen zijn.

502 Zelfs indien sprake zou zijn van een gift, dat nog wordt deze slechts in aanmerking genomen indien sprake is van een gift als bedoeld in artikel 4:67 BW. Ik ga nader in op deze bepaling in paragraaf 8.6, in de context van de inbreng van vermogen in een APV. Aangezien ik van mening ben dat certificering geen gift inhoudt, vanwege het ontbreken van alle drie daarvoor geldende vereisten, ga ik in de onderhavige context niet verder op dit aspect in. Bij de inbreng in een APV ligt dit genuanceerder, aangezien in dat geval wel sprake is van een verarming van de inbrenger, alsmede van een zekere bevoordelingsbedoeling, zij het dat die (bij een discretionair APV) nog niet gericht is op een bepaalde persoon, doch op een klasse van begunstigten, en voorts de bevoordeling van een specifieke persoon niet beoogd is op het moment van de inbreng.

mogelijk is om vermogen te laten “zweven”: een deel van de waarde van het gecertificeerde vermogen komt, althans tijdelijk, toe aan niemand. Dit betekent dat het mogelijk is om, door het certificeren van vermogen en het vervolgens overdragen hiervan aan opvolgend certificaathouder zonder zeggenschap, een deel van de vermogenswaarde te laten “verdampen”.⁵⁰³ Dit verdampen van waarde kan mogelijk consequenties hebben voor meerdere personen die bij de insteller van de certificering betrokken zijn, zoals:

- (a) diens echtgenoot, wiens eventuele aandeel in een huwelijksgemeenschap of vordering uit hoofde van een verrekenbeding in waarde respectievelijk omvang kan dalen; gezien de hiervoor aangehaalde jurisprudentie lijkt de rechter hiervoor echter, in elk geval in echtscheidingssituaties, te compenseren;
- (b) crediteuren van de insteller, die benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden; gelijk in het hiervoor aangehaald uitspraak van hof Den Haag zijn er evenwel mogelijkheden om deze benadeling met een beroep op de *actio pauliana* ongedaan te maken;
- (c) de belastingdienst, bij voorbeeld in het kader van box 3-heffing of de heffing van erfbelasting, maar slechts indien men aanneemt dat certificering in fiscale context een vergelijkbaar waardedrukkend effect heeft;⁵⁰⁴ en
- (d) de legitimarissen van de insteller, wier legitimaire vordering in voorkomend geval in omvang mede afhankelijk is van de omvang van de nalatenschap, alsmede van de waarde van in aanmerking te nemen giften.

Op het laatste punt wil ik nader ingaan, omdat het waardedrukkende effect van certificering daar vragen kan oproepen. Dit wordt veroorzaakt door de omstandigheid dat een certificaat in het vermogen van de insteller (indien die zeggenschap heeft) een hogere waarde heeft dan het geval is in het vermogen van een begiftigde die de certificaten verkrijgt. Bij vererving van de certificaten doet zich overigens niet een

503 Tegen het aannemen van een dergelijk effect bestaan mijns inziens in het algemeen geen bezwaren, er zijn meer situaties waarin een vergelijkbaar effect zich voordoet. Een voorbeeld is het reeds genoemde bewind, dat, althans in civielrechtelijke context, een waardedrukkend effect kan hebben. Een ander soort situatie waarbij waarde onttrokken wordt is het opsplitsen van een aandelenbelang met controlerende zeggenschap en kleinere pakketten; behoudens indien de houders van die kleinere pakketten zodanig samenwerken dat alsnog een controlerend belang ontstaat, is de waarde van deze belangen bij elkaar geringer dan de waarde van het meerderheidspakket. De situatie waarin een rechthebbende door zijn handelen waarde onttrekt is daarom in mijn ogen niet zo uitzonderlijk. “Onttrekken” is overigens in dit verband relatief: zoals Van Mourik aangeeft in WPNR 2007/6737 (punt 5) ondergaat de waarde van het onderliggende goed uiteraard geen wijziging, maar is slechts de omvang van de (verbintenisrechtelijke) aanspraak van de economisch belanghebbende kleiner dan deze waarde.

504 Zie voor de waardering van certificaten paragrafen 13.2.2 (algemeen), 13.4.1.6 (box 2), 13.4.2.5 (box 1) en 13.4.3.2 (box 3).

dergelijk verschil voor tussen de nalatenschap van de insteller en het vermogen van de verkrijger krachtens erfrecht, omdat de certificaten zoals die zich in de nalatenschap bevinden al niet meer gekoppeld zijn aan de zeggenschap, die maakte dat de certificaten voor de erflater dezelfde waarde hadden als de gecertificeerde goederen. Dit is ook gunstig voor de erfgenamen, die zich bij een verschil geconfronteerd zouden kunnen zien met een legitimaire vordering die gebaseerd is op een hogere waarde van de certificaten, dan die certificaten in hun eigen verkrijging innemen.⁵⁰⁵

Indien de certificaten echter geschonken zijn, rijst de vraag welke waarde in voorkomend geval in aanmerking genomen dient te worden bij het bepalen van de omvang van de legitimaire vorderingen. Artikel 4:66 BW geeft een waarderingsvoorschrift voor giften, waarvan de hoofdregel is dat giften gewaardeerd worden naar het tijdstip van de prestatie. Dat zegt evenwel nog niets over de te hanteren waarde in de situatie dat de waarde die de schenker opgeeft niet gelijk is aan de waarde die de begiftigde verkrijgt. Ik zou evenwel willen verdedigen dat uitgegaan moet worden van de laatste waarde, om de volgende redenen:

- Dit is de mate waarin de begiftigde bevoordeeld wordt en indien rekening gehouden zou moeten worden met de hogere waarde die de certificaten in handen van de schenker hadden, dan benadeelt dit de begiftigde in onevenredige mate. In theorie lijkt het mij bij volledige inkorting van de gift dan zelfs mogelijk dat de begiftigde een groter bedrag aan de legitimaris zou moeten betalen, dan de waarde die hij als gift ontvangen heeft.
- In de handen van de legitimaris, die zelf ook geen zeggenschap zou hebben verkregen,⁵⁰⁶ zouden de certificaten ook deze lagere waarde hebben gehad, dus vanuit het perspectief van het opheffen van een benadeling van de legitimaris die de wetgever onaanvaardbaar heeft geacht is het niet noodzakelijk om verder te gaan dan toekennen van een vordering die op deze waarde gebaseerd is.
- Men zou wellicht kunnen zeggen dat de regeling voor de legitieme portie zich richt tegen het (ongeoorloofd) uithollen van het vermogen van de potentiële erflater ten koste van diens legitimarissen, zodat de hogere waarde van de certificaten in aanmerking genomen zou moeten worden. Dit argument gaat er echter aan voorbij dat de certificaten in de nalatenschap ook de zeggenschap ontberen die hun tijdens het leven van de erflater in diens handen een hogere waarde geeft. Als een parallel getrokken wordt met de nalatenschap, is dat mijns inziens een aanvullend argument voor het hanteren van de lagere waarde.

505 Artikel 4:65 BW bepaalt dat de legitieme porties (mede) berekend worden over de waarde van de goederen der nalatenschap.

506 Dat ligt althans weinig voor de hand in een situatie waarin de insteller aanleiding heeft gezien om de legitimaris te onterven.

Concluderend ben ik derhalve van mening dat het certificeren van aandelen geen gift inhoudt, zodat met deze rechtshandeling geen rekening gehouden behoeft te worden bij het berekenen van eventuele legitieme porties. Bovendien hebben de certificaten in handen van de insteller een hogere waarde, gelijk aan de waarde van de onderliggende goederen, maar dit is het resultaat van een persoonsgebonden factor, de zeggenschap die de insteller uit anderen hoofde heeft. Daarom moet bij het voor toepassing van de legitieme portie in aanmerking nemen van certificaten in de nalatenschap of van een gift van certificaten mijns inziens uitgegaan worden van de lagere waarde die de certificaten zonder deze zeggenschap hebben.⁵⁰⁷

7.14.5 Certificaten als inferieure making

Aangezien het aangaan van de certificering geen gift is, hoeft hierbij geen rekening gehouden te worden bij het bepalen van de omvang van een eventuele legitieme portie. De omvang hiervan hangt dan af van het antwoord op de vraag of de verkrijging van de certificaten een inferieure making inhoudt. Indien dit het geval is, kan de legitimaris deze verkrijging straffeloos verwerpen en een beroep doen op zijn legitieme portie, zonder dat de waarde van hetgeen hij had kunnen verkrijgen in mindering wordt gebracht op zijn legitieme portie.⁵⁰⁸

De omstandigheden waaronder een making inferieur is zijn voor erfstellingen en legaten separaat geformuleerd en het betreft ook niet volledig dezelfde omstandigheden. Een verkrijging als erfgenaam is inferieur in de volgende gevallen:

- indien goederen onder een voorwaarde, een last of een bewind zijn nagelaten; of
- indien ten laste van de legitimaris legaten zijn gemaakt die verplichten tot iets anders dan de betaling van een geldsom of de overdracht van goederen van de nalatenschap.⁵⁰⁹

Dit betekent dat, indien de certificering heeft plaatsgevonden tijdens het leven van de

507 Eén uitzondering is overigens denkbaar, namelijk de, vermoedelijk relatief weinig voorkomende, situatie dat een verkrijger door gift of krachtens erfrecht zelf ook voldoende zeggenschap heeft om aan de certificaten in diens vermogen een hogere waarde toe te kennen. Deze waarde zal dan in beginsel in dezelfde orde van grootte liggen als de waarde voor de schenker, zodat er in zoverre geen reden is om geen rekening te houden met het waarde-effect van de zeggenschap. Vanuit de positie van de legitimaris is dat een voordeel, omdat zijn legitimaire vordering dan gebaseerd is op een waarde die hij vermoedelijk zelf niet had kunnen realiseren, vanwege het ontbreken van de persoonsgebonden factor zeggenschap. Dat laatste zou een argument kunnen zijn om toch uit te willen gaan van de lagere waarde, maar dat doen zou in mijn ogen te zeer in strijd komen met het waarderingsvoorschrift van artikel 4:66 lid 1 BW.

508 Mits verwerping plaatsvindt binnen drie maanden na het overlijden van de erflater, zie artikel 4:72 respectievelijk 4:73 lid 1 BW.

509 Artikel 4:72 BW.

erflater en de legitimaris de certificaten verkrijgt als erfgenaam, geen sprake is van een inferieure making, aangezien de genoemde omstandigheden zich niet voordoen. Wellicht is denkbaar dat een parallel getrokken wordt met een bewind, omdat certificering en testamentair bewind met vergelijkbare motieven in het leven geroepen kunnen zijn. In paragraaf 7.5.4 ben ik echter reeds ingegaan op de grote verschillen in juridische structuur die tussen certificering en bewind bestaan, als gevolg waarvan certificering mijns inziens niet gezien kan worden als een bewind, terwijl artikel 4:178 lid 2 BW, inzake de beëindiging van het bewind, ook niet analoog toepasselijk is op certificering. In het verlengde daarvan ben ik van mening dat certificering in het kader van de inferieure makingen evenmin met een bewind gelijk gesteld kan worden.

De omstandigheden waaronder een legaat inferieur is, zijn evenwel wat ruimer; hier is sprake van indien:

- het legaat betreft van een vorderingsrecht;
- het legaat onder een voorwaarde, een last of een bewind is gemaakt;
- ten laste van de legataris sublegaten zijn gemaakt, die verplichten tot iets anders dan het betalen van een geldsom;
- het legaat pas later dan zes maanden na het overlijden van de erflater, of, indien de legitimaris mede-erfgenaam is, pas na de verdeling van de nalatenschap opeisbaar wordt; of
- het legaat ten laste komt van een of meer erfgenamen, wier erfdelen ontoereikend zijn om het legaat uit te voldoen.⁵¹⁰

Aangezien een certificaat in essentie een vorderingsrecht is, met enkele daaraan verbonden (neven)rechten en plichten,⁵¹¹ betekent dit dat een legaat van certificaten steeds inferieur is. Vanuit dit perspectief heeft het dus in principe de voorkeur om certificaten te laten vererven in plaats van deze te legateren.

Hoewel mijn uitgangspunt de tijdens leven ingestelde certificering is, maak ik op dit punt graag een enkele opmerking over het alternatief, zijnde de ter zake van het overlijden in het leven geroepen certificering. Deze kan bijvoorbeeld bewerkstelligd worden door de beoogde STAK tot enige erfgenaam te benoemen, waarbij ten laste van deze STAK legaten worden gemaakt van certificaten van de nalatenschapsgoederen

510 Artikel 4:73 lid 1 BW.

511 Zie paragraaf 7.7.

ten gunste van de legitimarissen/uiteindelijke verkrijgers.⁵¹² Ook is denkbaar dat de beoogde verkrijgers erven, maar onder de last om het verkregen vermogen geheel of gedeeltelijke te certificeren. In beide gevallen zal echter sprake zijn van een inferieure making, ofwel omdat sprake is van een legaat van een (inferieur) vorderingsrecht, ofwel omdat sprake is van een verkrijging onder een last. Vanuit het perspectief van het zoveel mogelijk uitsluiten van de gevolgen van een eventueel beroep op de legitieme portie biedt het reeds tijdens leven certificeren van vermogen derhalve meer zekerheid. In de hiernavolgende paragraaf ga ik nader in op de gevolgen van inkorting en de mate waarin dit ertoe kan leiden dat de met de certificering nagestreefde duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang niet bereikt kan worden.

7.14.6 Beroep op de legitieme portie

Vooropgesteld zij dat een legitimaris met de huidige legitieme portie niet in staat is om de certificering als zodanig aan te tasten.⁵¹³ Het maximaal haalbare is voor de legitimaris nog slechts een vordering in geld, ter grootte van het percentage overeenkomend met de helft van zijn erfdeel bij versterf, berekend over de legitimaire massa.⁵¹⁴ In een situatie waarin de nalatenschap grotendeels of (nagenoeg) geheel uit certificaten bestaat, zal doorgaans slechts sprake zijn van een te effectueren vordering indien de legitimaris de certificaten als legaat verkrijgt. Bij een verkrijging als erfgenaam wordt de waarde van de certificaten die verkregen hadden kunnen worden op grond van artikel 4:72 BW in mindering gebracht op de legitimaire vordering, zodat hiervan niets of weinig resteert. Indien echter wel sprake is van een vordering van enige omvang, is de vraag wat dit voor de certificering betekent.

Door een beroep te doen op zijn legitieme portie, verkrijgt de legitimaris primair een vordering op de gezamenlijke erfgenamen of op de langstlevende echtgenoot, indien de wettelijke verdeling van toepassing is. Voorts kan sprake zijn van een vordering op begiftigden.⁵¹⁵ De erfgenamen c.q. de echtgenoot⁵¹⁶ zijn niet verplicht tot voldoening van de legitimaire vordering(en) voor zover deze groter zijn dan de waarde van de nalatenschap.⁵¹⁷ Dit kan zich voordoen indien de omvang van de legitimaire massa (mede) bepaald wordt door aanzienlijke giften gedaan door de erflater.

512 Indien de bedoeling is dan slechts specifieke vermogensbestanddelen worden gecertificeerd, kan uiteraard ook gewerkt worden met een legaat aan de STAK en sublegaten ten gunste van de uiteindelijke verkrijgers. Het voordeel van de STAK als erfgenaam is evenwel dat die niet afhankelijk is van anderen voor de afgifte van het legaat.

513 Naar huidige recht zijn de aanspraken van de legitimaris immers beperkt tot een vordering in geld; hij heeft niet meer de mogelijkheid om uiterste wilsbeschikkingen en giften te vernietigen (zie Asser/Perrick 4, 2017/297).

514 Artikel 4:64 jo. 4:65 BW.

515 Zie artikelen 4:79, 4:80 en 4:89 BW.

516 Eenvoudshalve zal ik verder slechts spreken over de erfgenamen.

517 Artikel 4:80 lid 2 BW.

De problematiek bij samenloop van een legitimaire vordering en certificering is met name praktisch van aard. Indien de nalatenschap weinig anders omvat dan de certificaten, is de vraag op welke wijze de erfgenamen deze vordering gaan voldoen. Zij verkrijgen immers de certificaten, maar in aanmerking nemend dat de administratievoorwaarden bij toepassing van certificering als beschermingsfiguur in meer of mindere mate restrictief zijn, zal het te gelde maken hiervan om middelen te genereren voor het voldoen van de legitimaire vordering niet of beperkt mogelijk zijn. De erflater kan daar bovendien zelf de hand in hebben, bijvoorbeeld door zodanige kwaliteitseisen in de administratievoorwaarden op te nemen, dat slechts zijn afstammelingen in aanmerking komen als certificaathouder.

De inhoud van de administratievoorwaarden speelt daarbij ook een rol in de waardering. Zoals in paragraaf 7.14.4 betoogd, heeft certificering een waardedrukkend effect, vanwege het ontbreken van zeggenschap. Naarmate de administratievoorwaarden restrictiever zijn en bijvoorbeeld niet alleen de zeggenschap van de certificaathouder beperken, maar ook diens mogelijkheden om de certificaten over te dragen, zal dit waardedrukkende effect sterker zijn. Er van uitgaand dat de certificaten het grootste deel uitmaken van de nalatenschap,⁵¹⁸ bepaalt de waarde van de certificaten ook de waarde van de nalatenschap, maar ook de omvang van de legitimaire vordering. Met andere woorden: de erfgenamen zijn vermoedelijk niet in staat om hun certificaten te verkopen of te decertificeren en op die wijze middelen vrij te maken, maar de keerzijde hiervan is dat de schuld aan de legitimaris die voldaan moet worden ook lager zal zijn. Desalniettemin is deze praktische problematiek een punt waarvan de insteller van de certificering zich naar mijn mening rekenschap moet geven: indien één of meerdere legitimarissen niet zouden berusten in de verkrijging van certificaten en zij in de gelegenheid zijn om een legitieme portie geldend te maken, dan kan dit de erfgenamen potentieel in de problemen brengen.

Voor een deel hangt dit ook samen met waardering. Zoals gezegd zullen restrictieve voorwaarden betekenen dat de waarde van de certificaten in het algemeen lager zal zijn, maar dat betekent nog niet dat deze waarde eenvoudig vast te stellen is, of dat men daar niet over van mening zou kunnen verschillen. Potentieel lijkt deze situatie mij derhalve een bron van conflicten tussen de niet-berustende legitimaris en de erfgenamen over de in aanmerking te nemen waarde. In zoverre kunnen zeer restrictieve administratievoorwaarden daarbij gunstig zijn voor de erfgenamen, omdat dit argumenten zal bieden voor het bepleiten van een lage waarde.

Vanuit het perspectief van een niet alleen duurzame, maar ook voor betrokkenen houdbare certificering is het derhalve verstandig om de certificaten te laten vererven, omdat de verkrijgende legitimaris daarmee in feite gedwongen wordt om te berusten

518 In de situatie waarin certificering (primaire) wordt toegepast als beschermingsfiguur, ligt althans voor de hand dat ten minste het grootste deel van het vermogen gecertificeerd zal worden.

in de verkrijging van certificaten.⁵¹⁹ Hij heeft immers niet de mogelijkheid om in plaats daarvan een geldbedrag vrij van certificering te verkrijgen. Een alternatief is om de certificaten reeds tijdens leven (deels) te schenken aan de legitimaris, die daarmee de aan de certificaten verbonden beperkingen zelf aanvaard heeft.⁵²⁰ Indien deze alternatieven echter om enige reden geen van beide haalbaar mochten zijn, is het mijns inziens aanbevelenswaardig indien de administratievoorwaarden voorzien in een methode om de erfgenamen de middelen te verschaffen voor het voldoen van hun schuld aan de legitimaris. Denkbaar is in dit kader bijvoorbeeld de verplichting voor het bestuur van de STAK om mee te werken aan (partiële) decertificering, voor zover dit nodig is om de legitimaire vordering te voldoen. Dat betekent wellicht dat de certificering geen stand houdt zoals beoogd, maar voorkomt wel dat de erfgenamen in een problematische situatie worden gebracht. Discussies over de waardering kan de erflater evenwel niet voorkomen, aangezien hij niet in de positie zal zijn waarin een (bindend) waarderingsvoorschrift aan legitimaris en erfgenamen kan worden opgelegd. Wel kan in de situatie waarin sprake is van een langstlevende echtgenoot (of andere levensgezel) en legitimaris gestimuleerd worden om te berusten in de verkrijging van certificaten, doordat de erflater bepaalt dat de legitimaire vordering, voor zover deze ten laste komt van de echtgenoot, pas opeisbaar is bij diens overlijden.⁵²¹ De effectiviteit van deze maatregel hangt uiteraard af van de verdere verdeling van de nalatenschap (met name wettelijke verdeling of vergelijkbare verdeling, of niet), alsmede van de periode dat de langstlevende echtgenoot de erflater naar verwachting zal overleven.

In dit verband zij ten slotte gewezen op de suggestie van Vegter dat de instandhouding van certificering gedurende een langere termijn versterkt kan worden door aan de certificaathouder de verplichting op te leggen om de certificaten gedurende een bepaalde periode niet te royeren.⁵²² Deze verplichting kan in geval van een gift van de certificaten de vorm hebben van een (afdwingbare) verplichting die men overeenkomt, of van een last. In geval van vererving kan eveneens sprake zijn van een last, zij het dat in dit laatste geval sprake is van een inferieure making in de zin van artikel 4:72 sub a BW, zodat de erfgenaam die de certificaten verkrijgt zou kunnen verwerpen en een beroep doen op zijn legitieme portie. In geval van een dergelijke verplichting of last is Vegter van mening dat, ook indien er een dwingendrechtelijke bevoegdheid tot opzegging van de beheersovereenkomst zou bestaan, de certificaten niet onbestraft geroyeerd kunnen worden. Het is dan ofwel mogelijk om nakoming van de verplichting te vorderen, ofwel om de schenkingsovereenkomst te vernietigen⁵²³ dan wel om vervallenverklaring van het erfgenaamschap van de certificaathouder te verzoeken⁵²⁴.

519 Van belang is dan natuurlijk wel dat geen andere bepalingen in het testament zijn opgenomen, die de verkrijging van de legitimaris alsnog inferieur maken.

520 Althans aannemend dat de legitimaris ten tijde van de schenking meerderjarig was.

521 Artikel 4:82 BW.

522 Vegter, preadvies 2004, pagina 121 – 124.

523 Artikel 7:184 lid 1 sub a BW.

524 Artikel 4:131 BW.

Hoewel een dergelijke verplichting of last inderdaad een extra drempel zou kunnen opwerpen tegen het beëindigen van de certificering voordat dit door de erflater wenselijk werd geacht, komt het mij voor dat praktische bezwaren veelal aan toepassing dan wel effectiviteit hiervan in de praktijk in de weg zullen staan. Daarvoor is immers noodzakelijk dat bij een (poging tot) voortijdige decertificering na het overlijden van de erflater iemand de taak op zich neemt om nakoming van de verplichting of vernietiging van de schenkingsovereenkomst te vorderen⁵²⁵, dan wel vervallenverklaring van het erfdeel van de certificaathouder⁵²⁶. In het geval van de vererving van de certificaten komt daarbij dat de testamentaire last de verkrijging van de certificaten inferieur maakt op grond van artikel 4:72 sub a BW, terwijl de verkrijging van certificaten in de hoedanigheid van erfgenaam als zodanig niet inferieur is. Dat impliceert dat het opnemen van de testamentaire last een risico met zich brengt dat de erfgenaam door middel van een beroep op zijn legitieme portie ongecertificeerd vermogen verkrijgt, waar dit risico zonder de last niet aanwezig zou zijn.

Concluderend is naar mijn mening de duurzaamheid van de certificering derhalve het meeste gediend door deze ofwel reeds tijdens leven aan de legitimaris te schenken, die de beperking dan immers aanvaardt, ofwel deze te laten vererven. Volledigheidshalve zij erop gewezen dat de omstandigheid dat de legitimarissen “gedwongen” worden om de certificaten te aanvaarden, hen uiteraard niet belet om deze vervolgens te vervreemden en aldus de beschikking te krijgen over middelen waar zij vrij over kunnen beschikken. Vraag is evenwel hoe groot dit risico in concreto is: niet-royeerbare certificaten zullen niet eenvoudig te verkopen zijn, althans niet voor een enigszins redelijke prijs. Vervreemding kan bovendien voorkomen worden door de certificaten onoverdraagbaar te maken, maar in dat geval komt de vraag op of dat de certificering niet (meer) maatschappelijk onaanvaardbaar maakt. Een tussenweg is het opnemen van kwaliteitseisen, die bijvoorbeeld inhouden dat certificaten slechts gehouden kunnen worden door leden van een bepaalde familie, of een vorm van blokkeringsregeling.⁵²⁷ Maatschappelijke onaanvaardbaarheid zal zich daarbij minder snel voordoen, zeker indien dergelijke restricties consistent zijn met het doel van de certificering.

7.14.7 Conclusie

Door middel van certificering kan naar mijn mening, ook vanuit het perspectief van de

525 De bevoegdheid om nakoming te vorderen of de schenking te vernietigen komt toe aan de schenker. Na diens overlijden komt deze bevoegdheid toe aan diens erfgenamen, hetgeen zeer wel de personen kunnen zijn jegens wie de sanctie ingeroepen zou moeten worden. Om een dergelijke samenloop te voorkomen zou de schenker zijn contractuele positie jegens de verkrijger over moeten dragen aan een ander (met medewerking van de verkrijger, aangezien het contractsoverneming betreft, zie artikel 6:159 BW), bijvoorbeeld de STAK, hetgeen een en ander natuurlijk niet eenvoudiger maakt.

526 Gezien artikel 4:131 lid 2 BW kan de vervallenverklaring verzocht worden door iedereen die hier onmiddellijk belang bij heeft. De STAK kan daarbij naar mijn mening geen rol spelen, aangezien haar positie in beginsel niet afhankelijk is van wie precies de certificaathouder is.

527 In feite komt dit neer op gedeeltelijke onoverdraagbaarheid, zie paragraaf 7.7.3.2.

legitieme portie, een in beginsel duurzame splitsing tussen juridische gerechtigdheid/zeggenschap en economisch belang bereikt worden.

De Hoge Raad heeft in het Drukker-arrest aangegeven dat certificering, waarbij de certificaten niet-royeerbaar zijn, niet in zijn algemeenheid als maatschappelijk onaanvaardbaar kan worden beschouwd. In deze zaak speelde wel een rol dat de certificering in dat geval was ingesteld om de continuïteit van de vennootschap, wier aandelen waren gecertificeerd, te waarborgen. De Hoge Raad heeft zich daarmee nog niet uitgesproken over certificering waarbij niet een dergelijk, extern, te beschermen belang aanwezig is, maar het expliciete doel van de certificering het onthouden van zeggenschap aan de legitimarissen is. In aanmerking nemend dat de aanspraken van deze legitimarissen aanmerkelijk verzwakt zijn sinds het moment dat de Hoge Raad zijn arrest wees, ben ik evenwel van mening dat er ook dan ruimte moet zijn voor het gebruik van niet-royeerbare certificaten. De inbreuk op de aanspraken van de legitimarissen wordt mijns inziens evenwel te groot, indien de certificaten bovendien onoverdraagbaar zijn en geen vooruitzicht op rendement met zich brengen. Waar de precieze grens van maatschappelijke aanvaardbaarheid ligt en of er een vorm van certificering is die deze grens in de ogen van de rechter overschrijdt, is evenwel vooralsnog niet volledig duidelijk.

Daarnaast volgt ook uit de uitspraken van het Drukker-arrest dat certificering als zodanig geen inbreuk maakt op de legitieme portie. Dat uitgangspunt geldt mijns inziens thans, nu de positie van de legitimaris verzwakt is, onverminderd. De enige uitzondering daarop is indien de certificering volgens de thans geldende regeling van de legitieme portie een schending hiervan met zich brengt. Van een dergelijke schending kan in het algemeen op twee wijzen sprake zijn: (i) omdat certificering een gift inhoudt (die dan bovendien in aanmerking genomen moet kunnen worden voor de bepaling van de legitieme portie), of (ii) omdat sprake is van een inferieure making, zodat de legitimaris de mogelijkheid heeft om de verkrijging van de certificaten te verwerpen en in plaats daarvan aanspraak te maken op een geldvordering.

Van een gift is evenwel naar mijn mening geen sprake, aangezien geen van de daarvoor benodigde elementen, verarming van de insteller, verrijking van de STAK en een (geobjectiverde) bevoordelingsbedoeling zich voordoen. Aannemend dat de insteller zelf wel zeggenschap behoudt, bijvoorbeeld als bestuurder van de STAK, hebben de certificaten voor hem dezelfde waarde als de onderliggende goederen, zodat zich geen verarming voordoet. De STAK verkrijgt daarnaast wel vermogen, maar heeft hier zelf geen economisch belang bij, zodat de verrijking eveneens ontbreekt. Ten slotte kan bij het ontbreken van een bevoordeling uiteraard ook geen sprake zijn van een bevoordelingsbedoeling.

De situatie dat de verkrijging van certificaten een inferieure making is, kan zich echter

wel voordoen. Dit is niet het geval bij de verkrijging als erfgenaam, maar wel bij een legaat van certificaten, omdat het begrip inferieure making in die laatste context wat ruimer geformuleerd is. Bedacht dient echter te worden dat, zelfs indien sprake zou zijn van een inferieure making en de legitimaris verwerpt in combinatie met een beroep op zijn legitieme portie, dit de certificering natuurlijk niet ongedaan maakt. De erfgenamen verkrijgen slechts de verplichting om de geldvordering van de legitimaris te voldoen. Als zij weinig anders verkrijgen dan certificaten, levert het voldoen van de vordering van de legitimaris wellicht problemen om. Wel kunnen de erfgenamen betogen dat de certificaten, gezien het ontbreken van zeggenschap, een relatief lage waarde hebben, zodat de omvang van deze vordering (en daarmee het bedrag dat de legitimaris ter vrije beschikking kan krijgen) gering is. Dit geldt te meer als de voorwaarden verbonden aan de certificaten overigens ook restrictief zijn. Deze lage waarde kan bovendien een reden zijn voor de legitimaris om in de certificering te berusten, omdat dat in de toekomst uit de certificaten te ontvangen waarde aanmerkelijk hoger kan zijn. Eenvoudiger blijft echter om de certificaten te laten vererven, omdat dan de mogelijkheid van (straffeloze) verwerping van de certificaten zich niet voordoet. Een alternatief is natuurlijk om de certificaten reeds tijdens leven (gedeeltelijk) aan de legitimaris te schenken, die daarmee de aan de certificaten verbonden beperkingen ook aanvaard heeft.

7.15 Conclusie

Certificering is een flexibele rechtsfiguur, waarmee een scheiding tussen zeggenschap en economisch belang gecreëerd kan worden waarvan de voorwaarden zijn toegesneden op de omstandigheden van een specifiek geval. De certificaathouder wordt beperkt in zijn zeggenschap, doordat hij slechts een vordering heeft die het economische belang vertegenwoordigt bij het gecertificeerde vermogen en de vruchten daarvan, terwijl de juridische eigendom bij de STAK berust. In zoverre gaat certificering dus verder dan testamentair bewind, aangezien de rechthebbende bij deze laatste figuur wel zelf juridisch eigenaar van het vermogen is.

Toetsing aan de in hoofdstuk 2 onder (a) geformuleerde civielrechtelijke toetsingscriteria, duurzaamheid en evenwicht tussen de bij certificering betrokken belangen, brengt mij tot de conclusie dat certificering aan beide criteria voldoet. Allereerst kan, in tegenstelling tot bij testamentair bewind, de scheiding tussen zeggenschap en belang bij certificering duurzaam zijn, aangezien het in het algemeen mogelijk is om niet-royeerbare certificaten te creëren. Een aandachtspunt daarbij is wel dat, indien de administratievoorwaarden als algemene voorwaarden zouden kwalificeren, een beding van niet-royeerbaarheid vermoedelijk als zijnde onredelijk bezwarend vernietigd kan worden door de (opvolgend) certificaathouder.

Certificering biedt niet slechts in het algemeen de mogelijkheid om een duurzame scheiding van zeggenschap en economisch belang te bewerkstelligen, dit kan ook

zonder dat sprake is van een schending van de legitieme portie. Allereerst is de handeling van certificering geen gift, zodat hiermee bij het bepalen van de omvang van de legitieme portie geen rekening gehouden hoeft te worden. Daarnaast is een verkrijging van certificaten niet inferieur, althans niet indien sprake is van een verkrijging als erfgenaam. Indien de beoogde verkrijgers van de certificaten legitiemarissen zijn, verdient het derhalve de voorkeur om hen de certificaten als erfgenaam te laten verkrijgen in plaats van als legitiemaris.

Daarnaast biedt de flexibiliteit van de stichting, die doorgaans gebruikt wordt om te fungeren als administratiekantoor, de mogelijkheid om een regeling te treffen die het evenwicht bewaart tussen de bij de certificering betrokken belangen: het belang van de insteller, in de vorm van het doel van de certificering, het belang van de certificaathouder, in de vorm van toegang tot en zeggenschap over het vermogen, maar ook controle over de beheerder, en ten slotte de beheerder zelf, in de vorm van de mogelijkheid om zijn taak naar behoren te vervullen. De statuten van een STAK en de administratievoorwaarden kunnen zo worden ingericht dat aan al deze belangen recht wordt gedaan, waarbij de insteller de mogelijkheid heeft om in dit evenwicht een bepaald belang sterker te ondersteunen. Van belang is vooral om, aangezien de basisregeling die de wet op dit punt biedt vrij beperkt is, als men certificeert aandacht te besteden aan een regeling voor dit evenwicht en de balans die men daarin als insteller zoekt.

Concluderend is certificering derhalve, althans vanuit civielrechtelijk perspectief, mijns inziens geschikt als beschermingsfiguur.



8

Afgezonderd particulier vermogen

8 Afgezonderd particulier vermogen

8.1 Inleiding

Dit hoofdstuk bespreekt de trustachtige figuren als beschermingsfiguur. Aangezien ik hier het oog heb op rechtsfiguren die kwalificeren als afgezonderd particulier vermogen of APV in de zin van artikel 2.14a Wet IB 2001 zal ik eenvoudshalve ook wel spreken van APV, hoewel deze term in het civiele recht niet voorkomt. In het navolgende zal ik ingaan op twee vormen van APV's, te weten allereerst de Nederlandse stichting in het kader van de vraag of deze zodanig vormgegeven kan worden dat sprake is van een APV. Omdat het Nederlandse recht echter niet een echte APV-variant kent, zal ik tevens de rechtsfiguur bespreken die de wetgever geïnspireerd heeft tot het invoeren van de APV-regeling: de Anglo-Amerikaanse trust. Daarbij ga ik uit van het Engelse recht, aangezien de Anglo-Amerikaanse trust daarin zijn oorsprong vindt.⁵²⁸

Een beschrijving van deze APV-varianten wordt gevolgd door een bespreking van in hoeverre deze figuren geschikt zijn als beschermingsfiguur, van de wijze waarop zij de zeggenschap van de rechthebbende beperken en van de aanwezigheid van dan wel de noodzaak tot het treffen van een beheersregeling die het evenwicht tussen de bij het APV betrokken belangen bewaart. Ten slotte wordt ook voor het APV gekeken in hoeverre een legitimaris door middel van een beroep op zijn legitieme portie kan afdoen aan de doeltreffendheid van een APV als beschermingsfiguur.

8.2 Beschrijving van civielrechtelijke vormen van een afgezonderd particulier vermogen

8.2.1 Inleiding

Alvorens in te gaan op de stichting en de Engelse trust als APV, wordt kort besproken wat een APV is. Artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001 definieert een APV kort gezegd als een afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd, tenzij tegenover deze afzondering (i) aandelen, winstbewijzen of dergelijke rechten zijn uitgegeven of (ii) een economische deelgerechtigdheid is ontstaan.⁵²⁹ Het afzonderen van vermogen komt neer op het inbrengen van vermogen; zowel overdracht van vermogensbestanddelen om niet of onder maatschappelijk ongebruikelijke voorwaarden, als een overdracht onder zakelijke condities kan een zodanig inbreng zijn. Bij een zakelijke overdracht is, om deze als afzondering te laten kwalificeren, nog wel vereist dat inbreng plaatsvindt in een APV dat meer dan bijkomstig het particuliere belang van de overdrager of bepaalde van diens

⁵²⁸ Meer specifiek het recht van Engeland en Wales.

⁵²⁹ In paragraaf 14.3.1 e.v. wordt uitgebreid ingegaan op de APV-definitie en de verschillende aspecten daarvan.

familieleden nastreeft. De achtergrond van de uitzondering voor aandelen, etc. en economische deelgerechtigdheden is dat de bedoeling van de APV-regeling is om bij wetsfictie een aanknopingspunt te laten ontstaan voor belastingheffing in geval van zogenoemde “zwevende vermogens”. In de uitgezonderde gevallen bestaat een dergelijk aanknopingspunt al, zodat de regeling hier niet op van toepassing hoeft te zijn.

Een APV kan rechtspersoonlijkheid bezitten, maar dit hoeft niet. Voorbeelden van soorten APV's zijn de trust en de (familie)stichting, maar ook Stiftungen, Anstalts, Antilliaanse Stichtingen Particulier Fonds en Treuhands zijn genoemd als voorbeelden van APV's.⁵³⁰ Op de eerste twee varianten zal ik hierna ingaan.

8.2.2 De Nederlandse stichting als APV

De Nederlandse stichting leent zich niet van nature voor het gebruik als familiestichting. Dit wordt veroorzaakt door het zogenoemde uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW, op grond waarvan het doe^l⁵³¹ van de stichting niet mag inhouden het doen van uitkeringen aan haar oprichters of leden van haar organen, noch het doen van uitkeringen aan anderen, met dien verstande dat uitkeringen aan anderen wel toegestaan zijn indien deze een ideële of sociale strekking hebben.⁵³² ⁵³³ Het functioneren van een stichting als familiestichting verdraagt zich op het eerste gezicht slecht met het uitkeringsverbod, omdat dit in de weg staat aan uitkeringen aan familieleden die de stichting hebben opgericht of zitting hebben in het bestuur of een eventueel ander orgaan van de stichting. Bovendien zouden ook uitkeringen aan andere, minder nauw bij de stichting betrokken,⁵³⁴ familieleden slechts mogelijk zijn indien deze een ideële of sociale strekking hebben en veelal zal de beoogde reikwijdte van uitkeringen door een familiestichting verder gaan dan uitkeringen van dergelijke aard.

Het uitkeringsverbod staat er echter niet aan in de weg dat de stichting overeenkomsten sluit en de daaruit voortvloeiende verplichtingen nakomt. Op deze gedachte is ook certificering gebaseerd: een uitkering die een STAK doet aan een certificaathouder

530 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 9.

531 Hieronder moet mede worden verstaan het feitelijke doel, zie Asser/Rensen 2-III, 2017/324, alsmede W.J.M. van Veen, Het uitkeringsverbod bij de stichting revisited, in: Met recht betrokken: Opstellen aangeboden aan prof. mr. T.J. van der Ploeg, Kluwer Deventer 2012, paragraaf 4.6.

532 Zie voor de achtergrond van het uitkeringsverbod bijvoorbeeld Van Veen 2012, met name paragraaf 2 en Reijnen, WPNR 2013/6989.

533 Aangenomen wordt dat een uitkering in strijd met het uitkeringsverbod als onverschuldigd betaald teruggevorderd kan worden, alsmede dat de stichting ontbindbaar kan worden op grond van artikel 2:21 lid 3 BW (zie Van Veen 2012, pagina 386, ook voor eventuele andere mogelijke acties).

534 De heersende leer in de literatuur is overigens dat het verbod op uitkeringen aan oprichters en leden van de organen van de stichting ziet op personen in die hoedanigheid, zodat ook een bestuurder van de stichting wel een uitkering (met een ideële of sociale strekking) zou kunnen ontvangen, indien deze uitkering geheel losstaat van zijn hoedanigheid van bestuurder (zie Reijnen, WPNR 2013/6989, pagina 793 – 794).

is geen (onverplichte⁵³⁵) uitkering in de zin van het uitkeringsverbod, maar het doen van een door de STAK verplichte betaling, uit hoofde van de met de certificaathouder gesloten beheersovereenkomst.⁵³⁶ Genuanceerder is Van Veen, die meent dat ook bij de nakoming van een contractuele verplichting sprake kan zijn van de overtreding van het uitkeringsverbod, tenzij tegenover de prestatie van de stichting een gelijkwaardige tegenprestatie staat, aangezien in het laatste geval geen sprake is van een.⁵³⁷ Desalniettemin is hij van mening dat het met oog op de strekking van het uitkeringsverbod (kort gezegd het gebruik van een stichting in plaats van bijvoorbeeld een NV voor het ontplooiën van commerciële activiteiten) niet de bedoeling is om de STAK onder de werking van dit verbod te brengen. In het verlengde daarvan ziet hij evenmin aanknopingspunten om (niet-ideële) uitkeringen door een familiestichting niet toe te staan (daarbij aannemend dat ook de familiestichting slechts vermogen beheert en geen commerciële activiteiten ontplooit). Een dergelijke familiestichting staat zijns inziens wel op gespannen voet met de tekst van artikel 2:285 lid 3 BW.⁵³⁸

Het lijkt mij bovendien de vraag in hoeverre bij een verplichting tot het doen van uitkeringen door een familiestichting (of een STAK) gezegd kan worden dat hier geen gelijkwaardige tegenprestatie tegenover staat. Op het moment van het doen van de uitkering ontvangt de stichting weliswaar geen tegenprestatie, maar zij heeft die reeds in het verleden gehad: de overdracht van het te beheren vermogen staat tegenover twee prestaties door de stichting: (i) beheer van het vermogen en (ii) uitkering op termijn van dit vermogen en eventuele (netto)revenue. Aangezien de stichting gedurende haar bestaan in principe het gehele ingebrachte vermogen en (netto)rendement uitkeert, zodat per saldo geen vermogen in de stichting resteert, kan men zeggen dat de prestatie van de inbrenger en die van de stichting een gelijke waarde vertegenwoordigen (de inspanningen van de stichting worden daarbij beloond in de vorm van vergoeding van haar kosten, waaronder in voorkomend geval een vergoeding voor haar bestuur en eventuele anderen die voor de stichting werkzaam zijn).⁵³⁹

535 Vergelijk Reijnen, WPNR 2013/6989, pagina 794 en de aldaar aangehaalde literatuur. Reijnen omschrijft een uitkering in de zin van het uitkeringsverbod als een onverplichte prestatie van de stichting, waartegenover geen gelijkwaardige tegenprestatie staat.

536 Aldus Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, 2009/658 (in relatie tot certificering, maar hetzelfde principe zou mijns inziens toepasbaar moeten zijn op andere verplichtingen dan die voortvloeien uit de beheersovereenkomst tussen de certificaathouder en de STAK).

537 Zie Van Veen 2012, pagina 391.

538 Van Veen 2012, paragrafen 4.7.2 en 4.7.3.

539 Een vergelijkbare benadering wordt door de Hoge Raad gevolgd in zijn arrest van 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3639, BNB 2007/18, dat betrekking heeft op de wijze waarop periodieke uitkeringen, in casu uit een trust, belast werden. De fiscale behandeling van de uitkeringen hing af van het antwoord op de vraag of de uitkeringen de tegenwaarde voor een prestatie vormden. De Hoge Raad overweegt dat dit beoordeeld moet worden vanuit het perspectief van de debiteur, in casu de trustee. Het gaat erom of degene die de uitkeringen is verschuldigd, een prestatie heeft genoten waarin het ontstaan van de verplichting tot het doen van de uitkeringen zijn grond vindt. Het onderbrengen van vermogen in de trust is aan te merken als een zodanige prestatie. Hoewel dit een fiscaal arrest betreft, is de beantwoorde rechtsvraag van civielrechtelijke aard, zodat hetgeen de Hoge Raad in dat verband overweegt ook in civielrechtelijke context mijns inziens niet zonder betekenis is.

Op vergelijkbare wijze als bij certificering kan tussen de insteller van een familiestichting en de stichting een overeenkomst gesloten worden, die de stichting verplicht om onder bepaalde omstandigheden uitkeringen te doen aan bepaalde familieleden: de insteller draagt vermogen over aan de stichting onder de verplichting tot het doen van de uitkeringen.^{540 541} Daarbij kan de verplichting tot het doen van uitkeringen zodanig nauwkeurig bepaald zijn dat reeds vastligt (of bepaalbaar is) welke persoon op welk moment welke uitkering krijgt en de desbetreffende begunstigden reeds een concrete aanspraak hebben (vergelijkbaar met een fixed trust⁵⁴²), maar ook kan aan het bestuur van de stichting in meer of mindere mate een discretionaire bevoegdheid tot het doen van uitkeringen gegeven worden (zodat de familiestichting vergelijkbaar is met een discretionary trust).

Gezien de ongunstige fiscale behandeling van familiestichtingen en vergelijkbare rechtsfiguren tot 2010 werd het gebruik van de Nederlandse stichting als familiestichting tot dat moment echter (sterk) ontmoedigd.⁵⁴³ Met de invoering van de APV-regeling per 1 januari 2010 staan de fiscale aspecten evenwel minder aan het gebruik van een Nederlandse stichting als familiestichting in de weg.⁵⁴⁴ Als gevolg daarvan komt het gebruik van de Nederlandse stichting als (APV-achtige) beschermingsfiguur in beeld.

8.2.3 De Anglo-Amerikaanse trust

De Anglo-Amerikaanse trust kent een lange historie, welke terug te voeren is op de verovering van Engeland door William the Conqueror in 1066 en het door hem ingevoerde feodale stelsel. Het zou het bestek van dit onderzoek evenwel te buiten gaan om diep op deze historie in te gaan, dus hiervoor zij verwezen naar literatuur die dit onderwerp bespreekt.⁵⁴⁵ Het is bovendien niet mijn bedoeling om de kenmerken van de

540 Vergelijk in dit verband ook Reijnen, WPNR 2013/6989, pagina 795, die aangeeft dat indien een stichting vermogen aanwendt in overeenstemming met haar doel, sprake is van het voldoen aan een verplichting, zodat geen sprake is van een uitkering. Aangezien de inbreng van vermogen in een familiestichting (of een STAK) plaatsvindt onder de impliciete of expliciete voorwaarde om dit vermogen aan te wenden binnen een bepaalde kring van personen, is het uitvoeren hiervan zijns inziens geen (verboden) uitkering, maar het voldoen aan een verplichting. Zie voorts M.U.M.A. Waaijer-Linders, Trust in de familiestichting, WPNR 2010/6848, paragraaf 6.1, die meent dat bij een familie- of APV-stichting geen sprake is van strijd met het uitkeringsverbod, omdat de stichting bij het doen van uitkeringen een verplichting nakomt uit de met de inbrenger van het vermogen gesloten overeenkomst.

541 In paragraaf 8.6 wordt ingegaan op de kwalificatie van deze overeenkomst en de vraag of sprake kan zijn van een schenking die de legitieme portie kan schenden.

542 Zie voor de fixed trust en discretionary trust nader paragraaf 8.2.3.6.

543 Kort gezegd heffing van schenkingsrecht tegen derdenterief (tot 68%) over de inbreng in de familiestichting indien de inbrenger (al dan niet fictief) in Nederland woonachtig was, gezien HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, ECLI:NL:HR:1998:AA2566 en ECLI:NL:HR:1998:AA2567, BNB 1999/35 – 37.

544 Zie voor de APV-regeling hoofdstuk .

545 Zie bijvoorbeeld Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.2, alsmede Gilissen, dissertatie 2012, hoofdstuk 1 (met name paragrafen 1.4 – 1.8), alsmede Megarry & Wade, The law of real property, Ninth Edition, Sweet & Maxwell 2019 2016 (in het bijzonder hoofdstukken 2 – 4 en 8) en Underhill and Hayton, Law of Trust and Trustees, Nineteenth Edition, LexisNexis.

trust uitputtend te bespreken. Wel wil ik stilstaan bij de voornaamste kenmerken, als basis voor het fungeren van de trust als beschermingsfiguur, alsmede voor de fiscale kwalificatie van de trust onder de APV-regeling. Hieronder zal ik derhalve kort ingaan op definities van de trust, op de aard van de trust als rechtsverhouding en op de positie van de verschillende bij de trust betrokken personen.

8.2.3.1 Definitie van de trust

De trust is een veelzijdige rechtsfiguur, die niet eenvoudig te omschrijven valt. Hayton merkt in dit verband op:

*Like an elephant, a trust is difficult to describe, but easy to recognise.*⁵⁴⁶

In Underhill and Hayton wordt desalniettemin de volgende definitie gegeven:

*A trust is an equitable fiduciary obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property (called trust property) owned and controlled by him as a separate fund, distinct from his own private property, for the benefit of persons (called beneficiaries [...]), of whom he may himself be one, and any one of them may enforce the obligation.*⁵⁴⁷

Hierbij ligt de nadruk op de relatie tussen de trustee en de beneficiaries. De settlor, die de trustverhouding in het leven geroepen heeft, maakt van deze relatie geen deel uit (althans niet in die hoedanigheid). Het is mogelijk dat de trustee tevens een beneficiary is, maar hij kan niet de enige beneficiary zijn.⁵⁴⁸ Definities van andere auteurs leggen de nadruk op andere aspecten van de trustverhouding.⁵⁴⁹

De kenmerken van een trust worden voorts beschreven in artikel 2 van het Haags Trustverdrag:⁵⁵⁰

For the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been

546 Hayton 1996, pagina 3. Hayton geeft hier ook aan dat de Engelse rechter nooit een definitie van de trust heeft gegeven, waaruit regels ter zake van de trust kunnen worden afgeleid.

547 Underhill and Hayton 2016, pagina 3. Zie voorts pagina 62 e.v. voor een samenvatting van de voornaamste kenmerken van een Engelse trust.

548 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 14.

549 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.1, alsmede Gilissen, dissertatie 2012, paragraaf 2.4 voor aanvullende definities van een trust, evenals hun commentaar hierop.

550 Haags Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts van 1985. Underhill and Hayton 2016, pagina 13, merkt op dat de begripsomschrijving van artikel 2 van het Haags Trustverdrag de onderscheidende kenmerken van de trust goed belicht. Wel is van belang om op te merken dat het Haags Trustverdrag in beginsel slechts betrekking heeft op de express trust en niet op trusts die ontstaan zonder dat sprake is van een (schriftelijke) wilsuiting van de settlor (vergelijk artikel 3 HTV).

placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics:

- (a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;*
- (b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;*
- (c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.*

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Het ontstaan van een trust vereist geen tegenprestatie en het onder trustverband brengen van vermogen vertoont daarmee een zekere parallel met een schenking.⁵⁵¹ De settlor heeft ook geen rechten om de voorwaarden van de trust af te dwingen, te wijzigen of te herroepen, tenzij deze uitdrukkelijk zijn voorbehouden op het moment dat de trust gecreëerd werd. Slechts de beneficiaries kunnen de trust afdwingen (of onder omstandigheden beëindigen⁵⁵²).⁵⁵³

8.2.3.2 Aard van de trust

De trust is moeilijk in te passen in ons civiele recht, dat niet bekend is met deze rechtsfiguur, noch met het daaraan verbonden concept van het naast elkaar bestaan van legal ownership (bij de trustee) en equitable ownership⁵⁵⁴ (bij de beneficiaries). Om hier stil te staan bij alle juridische gevolgen die aan de trustverhouding verbonden zijn gaat te ver, maar voor een goed begrip van wat deze verhouding (mede) inhoudt, is mijns inziens van belang om het volgende in gedachten te houden:

551 In paragraaf 8.6.1 wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de inbreng van vermogen in een trust als gift kan kwalificeren.

552 Zie nader paragraaf 8.6.

553 Underhill and Hayton 2016, pagina 19 – 20.

554 De verleiding bestaat wellicht om de legal owner te beschouwen als juridisch eigenaar en de equitable owner als economisch eigenaar. Gezien het verschil tussen het Engelse en het Nederlandse rechtssysteem wekt het gebruik van dergelijke terminologie mijns inziens echter de verkeerde indruk. Derhalve zal ik de Engelse terminologie blijven hanteren en spreken van legal respectievelijk equitable ownership, interest, etc. De term "equitable interest" relateert aan de omstandigheid dat oorspronkelijk slechts courts of equity dit erkenden (Underhill and Hayton 2016, pagina 78).

- Een trust heeft geen rechtspersoonlijkheid:⁵⁵⁵ het is de trustee die de legal title van het trustvermogen houdt, die met derden handelt en bijvoorbeeld overeenkomsten met hen sluit, alsmede degene die in rechte optreedt.⁵⁵⁶
- Een trust is geen overeenkomst⁵⁵⁷ en deze wordt derhalve ook niet beheerst door het Engelse overeenkomstenrecht. Tussen trusts en overeenkomsten bestaat een behoorlijk aantal verschillen, waaronder de omstandigheid dat de rechter een veel uitgebreidere rol speelt in het geval van trusts.⁵⁵⁸
- De bij een trust naast elkaar bestaande legal ownership en equitable ownership worden wel voorgesteld als een splitsing van eigendom. Het schept evenwel vermoedelijk meer duidelijkheid om de positie van trustee en beneficiary te vergelijken met die van een hoofdgerechtigde en een beperkt gerechtigde, hoewel ook deze vergelijking op bepaalde punten mank gaat.⁵⁵⁹ Aan een equitable interest zijn namelijk bepaalde zakenrechtelijke aspecten verbonden:
 - o De beneficiary heeft het recht van “tracing”⁵⁶⁰, dat zich op twee wijzen uit. Stel dat de trustee in strijd met de voorwaarden van de trust een tot het trustvermogen behorend goed vervreemd heeft. De beneficiary heeft dan een aantal mogelijkheden, waaronder⁵⁶¹ de volgende:
 - Ter zake van het trustvermogen kan sprake zijn van zaaksvervanging: ook goederen die in de plaats komen voor goederen waarop het trustverband rust, kunnen onder het trustverband komen. De beneficiary heeft dan met betrekking tot de nieuwe goederen dezelfde rechten als hij had ter zake van de oorspronkelijke. Wel is noodzakelijk dat de vervangende goederen identificeerbaar zijn.⁵⁶²
 - Daarnaast heeft de beneficiary onder omstandigheden de

555 Underhill and Hayton 2016, pagina 4. Zie evenwel Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.6.2, waar hij refereert aan fiscale literatuur waarin betoogd is dat een business trust (een meer ondernemingsgerichte trust) rechtspersoonlijkheid zou hebben.

556 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 16.

557 In Underhill and Hayton 2016, pagina 19, wordt de trust omschreven als “an equitable fiduciary obligation which creates a proprietary interest in the beneficiaries capable of binding third parties”.

558 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 21 e.v. voor een uitgebreide opsomming.

559 Vergelijk W.J. Zwolve, C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 2000, pagina 285 e.v.

560 Voluit “tracing the trustfund into its product”. Zie hierover bijvoorbeeld Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.1, alsmede Zwolve 2000, pagina 286 en 288 e.v.

561 Zie nader paragraaf 8.2.3.7.2 voor de mogelijke acties die de beneficiary ten dienste staan indien de trustee in breach of trust handelt.

562 Zie Zwolve 2000, pagina 289, die een uitgebreide beschrijving van omstandigheden waaronder tracing van een goed toch niet mogelijk blijkt, omdat dit niet identificeerbaar is als zijnde het goed dat een trustgoed vervangt.

mogelijkheid om de verkrijger van het trustgoed aan te spreken: deze heeft het goed verkregen onder de last van het trustverband en houdt het derhalve in beginsel on trust⁵⁶³ voor de beneficiary. De verkrijger kan dan verplicht worden tot overdracht van het goed aan de beneficiary of aan een nieuwe trustee. De verkrijger geniet evenwel bescherming indien hij een “bona fide purchaser for value without notice”⁵⁶⁴ is, oftewel indien hij te goeder trouw verkregen heeft (zonder te (moeten) weten van het trustverband⁵⁶⁵) en tegen een tegenprestatie^{566, 567}. Indien de verkrijger wel te goeder trouw is, maar om niet verkregen heeft, geniet hij een beperktere bescherming: de beneficiary moet eerst de trustee aanspreken, voordat hij bij de verkrijger van het trustgoed aanklopt⁵⁶⁸.

- o De trustee is weliswaar de legal owner van het trustvermogen, maar dit wordt aangehouden ten gunste van de beneficiaries (of het charitatieve doel waarvoor de trust is ingesteld) en maakt geen deel uit van het privévermogen van de trustee. Dit uit zich in de omstandigheid dat de crediteuren van de trustee zelf geen verhaal hebben op het trustvermogen.⁵⁶⁹ Men kan het trustvermogen in zoverre als een afgescheiden vermogen zien.⁵⁷⁰

De beneficiary zou derhalve in zeker zin vergeleken kunnen worden met de rechthebbende tot een beperkt zakelijk recht, waarbij de trustee dan de hoofdgerechtigde is, wiens eigendom bezwaard en beperkt wordt door het recht van de beneficiary. De splitsing die legal en equitable ownership met zich brengen, verschilt evenwel van de splitsing die bij het vestigen van een beperkt zakelijk recht tot stand wordt gebracht.

563 In dit geval is sprake van een constructive trust, zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.1. Zie voor de constructive trust nader paragraaf 8.2.3.3.

564 *Voluit bona fide purchaser of a legal interest for value without notice of the equitable interest affecting it* (Underhill and Hayton 2016, pagina 79).

565 Zie Hayton 1996, pagina 11.

566 Zie Zwolve 2000, pagina 286, alsmede Gilissen, dissertatie 2012, pagina 70.

567 Dit uitgangspunt wordt “the polar star of equity” genoemd en de verkrijger in deze context “equity’s darling”, zie F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Sdu Den Haag, pagina 22 en Megarry & Wade 2019, paragrafen 4-012 en 4-013: *Legal rights are good against all the world; equitable rights are good against all persons except a bona fide purchaser of a legal estate for value without notice, and those claiming under such a purchaser.*

568 Gilissen, dissertatie 2012, pagina 135.

569 Dit geldt zowel voor het trustvermogen en de vruchten daarvan, als voor goederen die bevoegdelyk door de trustee verkregen zijn in de plaats van (oorspronkelijk) tot het trustvermogen behorende goederen (Underhill and Hayton 2016, pagina 3).

570 Vergelijk in dit verband artikel 3:127 lid 2 sub a van het Curaçaose BW (te vinden in de Landsverordening van de 15de december 2011 houdende aanvulling van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake trusts). Het Curaçaose recht kent als civil law jurisdictie van oorsprong het concept van een trust niet, noch het onderliggende concept van legal en equitable ownership. Bij de introductie van de trust in het Curaçaose BW heeft men derhalve expliciet bepaald dat de goederen van de trust een afgescheiden vermogen vormen en geen deel uitmaken van het vermogen van de trustee.

Het equitable interest⁵⁷¹ vertegenwoordigt het gehele economische belang bij het trustvermogen. Het is in beginsel overdraagbaar, het kan vererven en het is in principe ook vatbaar voor verhaal door crediteuren van de beneficiary⁵⁷². De legal ownership vertegenwoordigt daarentegen de zeggenschap ter zake van de onder trustverband gebrachte goederen. De trustee heeft echter geen economisch belang bij deze goederen.⁵⁷³ De trust leidt derhalve tot een splitsing van macht en belang, die bij een beperkt zakelijk recht naar Nederlands recht niet op die manier voorkomt: zowel de beperkt gerechtigde als de hoofdgerechtigde hebben in dat geval beide een deel van de macht en een deel van het economische belang.⁵⁷⁴

8.2.3.3 Ontstaansgronden trust

Trusts zijn op basis van verschillende criteria in categorieën onder te verdelen, zoals het doel van de trust, maar ook de grond van diens ontstaan. In deze paragraaf ga ik allereerst kort in op de verschillende ontstaansgronden.

Een trust kan op verschillende wijzen in het leven geroepen worden:⁵⁷⁵

- (a) door een intentie om een trust te creëren, door middel van een uitdrukkelijke of expliciete verklaring van de settlor (express trust);
- (b) op grond van de wet (statutory trust);
- (c) van rechtswege, omdat het (rechters)recht het bestaan van een trust aanneemt zonder een daartoe strekkende rechtshandeling, met als gevolg dat de juridische

571 Dat overigens aan meer dan één persoon kan worden toegekend, zowel gelijktijdig als volgtijdelijk (zie Zwolve 2000, pagina 294).

572 Die hebben dan slechts verhaal op het equitable interest zelf, niet op het trustvermogen; zie Zwolve 2000, pagina 295.

573 Althans niet in zijn hoedanigheid van trustee. Het is mogelijk dat de trustee tevens één van de beneficiaries is en dat hij in die hoedanigheid een (potentieel) economisch belang heeft. Bij totstandkoming van de trust kunnen zowel de bevoegdheid tot overdracht als de mogelijkheid van verhaal door crediteuren worden uitgesloten, zie Gilissen, dissertatie 2012, pagina 70.

574 Vergelijk Zwolve 2000, pagina 296.

575 Underhill and Hayton 2016, pagina 85 – 86 alsmede Zwolve 2000, pagina 306.

titel aan de een toekomt, maar het equitable interest bij een ander (een resulting trust⁵⁷⁶ of een constructive trust⁵⁷⁷).⁵⁷⁸

De relevantie van het onderscheid tussen de verschillende wijzen waarop een trust ontstaat, is bijvoorbeeld gelegen in de omstandigheid dat bij het creëren van een express trust bepaalde formaliteiten gelden, waar dat bij een resulting of constructive trust niet het geval is⁵⁷⁹.

Gezien mijn focus op de trust als beschermingsfiguur, ga ik in het navolgende uit van de situatie waarin de settlor het oogmerk had om een trust te creëren, oftewel van de express trust.

8.2.3.4 Toepassingen van de trust

Een trust is een zeer flexibele figuur, met nagenoeg oneindige toepassingsmogelijkheden.⁵⁸⁰ De trust kan gebruikt worden in de familiesfeer, bijvoorbeeld als beschermingsfiguur. Ook is gebruik van een trust ten bate van een goed doel mogelijk, alsmede toepassing in zakelijke context, bijvoorbeeld doordat de trustee de houder is van zekerheden verstrekt ten gunste van meerdere of wisselende crediteuren of in geval van een trust die fungeert als beleggingsfonds of een pensioenfonds.⁵⁸¹

In dit verband kan een onderscheid gemaakt worden tussen private trusts, die gericht zijn op de belangen van één of meer bepaalde of bepaalbare beneficiaries, zoals een family trust die het beschermen van het familievermogen tot doel heeft. Daarentegen is ook een trust zonder beneficiaries mogelijk, bijvoorbeeld een charitable trust of een

576 Een resulting trust kan, kort gezegd, ontstaan in geval van de overdracht van een goed om niet, terwijl er geen aanwijzing is dat de overdrager de intentie had om een schenking te doen of een lening te verstrekken, of om afstand te doen van het goed. In een dergelijk geval ontstaat een trust met de overdrager als beneficiary (Hayton and Underhill, pagina 87).

577 Een constructive trust kan zich voordoen in bepaalde specifieke situaties, waarin het onredelijk geacht wordt (op grond van de principes van equity) dat de legal owner een goed ten eigen bate houdt, met uitsluiting van degene die daar aanspraak op maakt. De legal owner moet het goed dan niet voor zichzelf houden, maar voor degene die hiervan equitable ownership heeft. Een voorbeeld is de derde die trustvermogen verkrijgt, maar geen koper te goeder trouw is en dus gehouden is om het goed terug te geven. Tot het moment dat dit gebeurt, is sprake van een constructive trust met de derde-verkrijger als trustee (Underhill and Hayton, pagina 89 – 90). Zie voor nadere voorbeelden Zwolve 2000, pagina 319 e.v.

578 Resulting trusts en constructive trusts worden beide ook wel aangeduid als implied trusts. Kennelijk is het evenwel een enigszins onduidelijke c.q. misleidende term, zie Underhill and Hayton 2016, pagina 92.

579 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 76.

580 Underhill and Hayton 2016, pagina 65, merkt op: *its uses are as unlimited as the imagination of lawyers in taking account of the wishes of bankers, financiers and businessmen in the commercial context.* Zie bijvoorbeeld Zwolve 2000, pagina 350 voor een aantal mogelijke toepassingen.

581 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 65 e.v., voor verschillende vormen van gebruik van trusts in zakelijke context.

honorary trust.⁵⁸² Zogenoemde purpose trusts, dat wil zeggen trusts gericht op een specifiek doel, in plaats van bepaalde beneficiaries, terwijl geen sprake is van een charitatief doel, maar bijvoorbeeld een politieke doelstelling, zijn in beginsel nietig. Een uitzondering zijn de honorary trusts.⁵⁸³

8.2.3.5 Instellen van een express trust

Bij het in het leven roepen van een express trust zijn verschillende situaties denkbaar. De trust kan zowel tijdens het leven van de settlor in het leven geroepen worden (*inter vivos*), als bij testament (*mortis causa*). Ik ga hierna in beginsel uit van een trustcreatie *inter vivos*. Daarvan uitgaand heeft de aspirant-settlor twee mogelijkheden: hij kan een trust in het leven roepen: (i) door een verklaring dat bepaalde van zijn goederen voortaan door hem in trust gehouden zullen worden (declaration of trust)⁵⁸⁴ of (ii) door vermogen over te dragen aan een trustee en te verklaren onder welke trust het desbetreffende vermogen door de trustee aangehouden zal worden (transfer in trust). De trust is onherroepelijk, tenzij een recht om te herroepen expliciet is voorbehouden bij het in het leven roepen van de trust.⁵⁸⁵

Het is van belang om in gedachten te houden dat het in het leven roepen van een trust als zodanig een *eenzijdige* rechtshandeling is, ook indien sprake is van een transfer in trust (zoals hiervoor is opgemerkt is een trust ook geen overeenkomst). Een trust kan ook ontstaan terwijl de trustee ontbreekt, zie hierna. Van belang is evenwel om op te merken dat voor de transfer in trust voldaan dient te zijn aan de voor de goederen, die het trustvermogen moeten gaan vormen, geldende vereisten voor de overdracht hiervan. Voor een geldige transfer in trust zijn derhalve vereist (i) de intentie om een trust in het leven te roepen (zie ook hierna) en (ii) een geldige overdracht van een of meer goederen.⁵⁸⁶

Om een express trust in het leven te kunnen roepen, moet de settlor handelingsbekwaam, handelingsbevoegd en beschikkingsbevoegd zijn.⁵⁸⁷ Voorts moet een aantal elementen met redelijke zekerheid vaststaan:⁵⁸⁸

- (a) certainty of intention: de intentie om een trust in het leven te roepen;⁵⁸⁹

582 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.2.2. Een honorary trust is een trust die met het oog op een abstract doel is ingesteld, zoals het onderhouden van een graf.

583 Zie Zwolve 2000, pagina 304.

584 In dit geval worden de desbetreffende goederen afscheiden van het eigen vermogen van de settlor. Aangezien de settlor reeds de legal owner is, is een overdracht van de goederen niet nodig.

585 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 215, alsmede Zwolve 2000, pagina 308 e.v.

586 Zie Zwolve 2000, pagina 310 - 311.

587 Zie Gilissen, dissertatie 2012, pagina 92.

588 Underhill and Hayton 2016, pagina 121 - 122 en 128 e.v. Zie voorts Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.4.1.

589 Het is niet nodig dat deze intentie blijkt uit een akte of uit een ander bewijsmiddel, noch dat specifieke formuleringen gebruikt worden (zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.4.1).

- (b) certainty of subject matter: hetgeen impliceert dat zowel het trustvermogen⁵⁹⁰ voldoende bepaalbaar moet zijn⁵⁹¹, als welke beneficiaries een aanspraak kunnen maken op welk deel van het trustvermogen⁵⁹²;
- (c) certainty of object matter: de beoogde beneficiaries moeten voldoende bepaalbaar zijn;⁵⁹³ en
- (d) het doel van de trust, zodat de trust administratief uitvoerbaar⁵⁹⁴ (administratively workable) is.

Indien het trustvermogen, de beneficiaries of het doel van de trust (de wijze waarop de beneficiaries voordeel moeten hebben van de trust) onvoldoende bepaalbaar is, komt de trust niet tot stand, maar is sprake van een resulting trust ten behoeve van de settlor. In geval van een fixed⁵⁹⁵ trust worden hogere eisen gesteld aan de bepaalbaarheid van de beneficiaries dan bij een discretionary trust het geval is.⁵⁹⁶ Bij een discretionary

590 In beginsel kunnen alle goederen, inclusief equitable interests, deel uitmaken van het trustvermogen, tenzij deze op grond van de wet of een contract onoverdraagbaar zijn (Underhill and Hayton 2016, pagina 261).

591 Hiervan is bijvoorbeeld geen sprake indien iemand 100 (ongenummerde) aandelen heeft en verklaart trustee te zijn ter zake van 20 daarvan. Pas indien 20 aandelen zijn gesepareerd van de 80 die (volledig) van de settlor blijven, is sprake van voldoende zekerheid om de trust te laten ontstaan. Indien niet een aantal genoemd wordt, maar een percentage, bijvoorbeeld 20%, is wel sprake van voldoende zekerheid ter zake van het trustvermogen.

In het algemeen is voldoende dat er een methode is op basis waarvan bepaald kan worden wat tot het trustvermogen behoort, bijvoorbeeld het bedrag van een bepaalde vrijstelling van erfbelasting, zoals dat op het moment van overlijden van de settlor geldt.

592 Dit laatste vereiste geldt evenwel niet voor discretionary trusts, aangezien daarbij naar hun aard vooraf nog geen aanspraken vaststaan (zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.4.1, noot 119).

593 Ook rechtspersonen kunnen optreden als beneficiary. Een trust moet bovendien in beginsel ten gunste van personen zijn, zodat er steeds iemand is die naleving van de trust kan vorderen. Een uitzondering geldt voor een trust met een charitatief doel en voor bepaalde hele specifieke niet-charitatieve oogmerken zoals de verzorging van een graf.

594 De achterliggende gedachte is dat de uitvoering van een trust onder controle van de rechter staat en dat deze zo nodig in staat moet zijn om uitvoering aan de trust te geven. Hiervan is bijvoorbeeld geen sprake indien de beneficiaries zijn "eenieder als zodanig aangewezen door de trustee, met uitzondering van de trustee", aangezien dit een oneindig grote groep potentiële beneficiaries oplevert. Evenzo indien de beneficiaries zijn "alle inwoners van de gemeente Amsterdam". Vergelijk Underhill and Hayton 2016, pagina 149 e.v.

595 Op het onderscheid tussen een fixed en een discretionary trust wordt kort ingegaan in paragraaf 8.2.3.6.

596 Zie Underhill and Hayton, pagina 117. Bij een fixed trust is het noodzakelijk dat vanaf aanvang duidelijk is dat (i) bepaalbaar is wie de beneficiaries zijn of (ii) dat bepaalbaar zal zijn op het moment dat de uitkering plaats moet vinden. Zo is sprake van voldoende bepaalbaarheid indien de inkomsten van het trustvermogen naar A gaan gedurende zijn leven en het kapitaal na A's overlijden naar de kinderen van A in gelijke delen. Op het moment dat A overlijdt, is vast te stellen wie de kinderen van A zijn (vergelijk Underhill and Hayton, pagina 137 – 138). Bijvoorbeeld een omschrijving als "mijn vrienden" leidt tot een zodanige onzekerheid ter zake van de beneficiaries dat de trust niet geldig is, ook ingeval het een discretionary trust betreft.

trust is voldoende dat van iedere aspirant-beneficiary bepaald kan worden of hij als beneficiary kwalificeert of niet.⁵⁹⁷

De trust kan echter wel bestaan zonder trustee: indien vermogen overgedragen wordt aan een persoon als trustee zonder diens kennis en deze weigert zodra hij ermee bekend raakt, dan blijven de belangen van de beneficiaries, zoals die ontstaan zijn op het moment van de overdracht, in stand.⁵⁹⁸ Een ander voorbeeld is een bij testament ingestelde trust, waarbij de trustee ontbreekt op het moment dat de settlor overlijdt, bijvoorbeeld omdat de beoogde trustee vooroverleden is.⁵⁹⁹ In een dergelijk geval treedt bijvoorbeeld de settlor op als trustee, totdat een vervangende trustee gevonden is.

Afgezien van de voornoemde zekerheden waaraan voldaan moet zijn, worden de mogelijkheden tot het instellen van een trust op een aantal wijzen beperkt.⁶⁰⁰

- (a) Rule against perpetuities: alle equitable interests die afhankelijk zijn van een opschortende voorwaarde of tijdsbepaling moeten voor het einde van de zogenoemde perpetuity period vaststaan. De maximale duur van deze perpetuity period is in de loop der tijd aan verandering onderhevig geweest. Met invoering van de Perpetuities and Accumulations Act 2009 is een uniforme termijn van 125 jaar ingevoerd, die in beginsel geldt voor trusts ingesteld na 5 april 2010.⁶⁰¹ Een aanspraak die op dit moment nog niet vaststaat⁶⁰², wordt geacht niet te zijn toegekend en indien niemand op dat moment een equitable interest verkregen heeft, is de trust nietig.
- (b) Rule against inalienability: de settlor kan bij het instellen van de trust bepalen dat bepaalde tot het trustvermogen behorende goederen niet vervreemd mogen worden. Dit kan evenwel niet onbeperkt, om te voorkomen dat goederen voor onbepaalde tijd onttrokken worden aan het handelsverkeer. Op grond van deze rule moeten trustgoederen vrij beschikbaar komen ten gunste van de

597 Underhill and Hayton 2016, pagina 139 e.v. In het verleden werd (ook voor fixed trusts) de strengere toets gehanteerd dat een lijst van alle beneficiaries opgesteld moest kunnen worden. Dit is in geval van een discretionary trust doorgaans een (aanmerkelijk) grotere opgave.

598 Underhill and Hayton 2016, pagina 15: "Equity will not allow a trust to fail for want of a trustee". Zie voorts Zwolve 2000, pagina 311 – 312.

599 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 127.

600 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.4.2.

601 Zie Megarry & Wade, paragrafen 8-018 en 8-065.

602 Voor het vaststaan van de aanspraak is nodig dat (i) de beneficiary die de aanspraak heeft is aangewezen en bestaat, (ii) de omvang van zijn belang is vast te stellen en (iii) eventuele voorwaarden zijn vervuld. De omstandigheid dat het genot is uitgesteld in de tijd is geen probleem, zolang de aanspraak maar definitief (vested) is (zie Gilissen, dissertatie 2012, pagina 101). Hierbij zij opgemerkt dat de termen vested en contingent misleidend kunnen zijn; de suggestie kan ontstaan dat vested inhoudt dat een aanspraak onvoorwaardelijk is, terwijl contingent een voorwaardelijke aanspraak inhoudt. Een aanspraak die vested is, kan echter onder omstandigheden nog wijzigen (vergelijk Megarry & Wade, paragrafen 8-001 – 8-006).

beneficiaries 21 jaar na het overlijden van de laatststervende van in de trustakte genoemde personen die op het moment van instelling reeds in leven waren.⁶⁰³

- (c) Rule against accumulation: deze rule beoogt tegen te gaan dat inkomsten uit het trustvermogen gedurende een onbepaalde periode worden toegevoegd aan het trustvermogen. Onder het Engelse recht zijn er vier perioden gedurende welke het oppotten van inkomsten mogelijk is. Na het verstrijken daarvan is een toevoeging van inkomsten aan het trustvermogen nietig en zijn de beneficiaries direct tot deze inkomsten gerechtigd. De Perpetuities and Accumulations Act 2009 heeft de rule against accumulation grotendeels afgeschaft voor trusts ingesteld na 5 april 2010.⁶⁰⁴

Voorts is een trust die gecreëerd is met een verboden oogmerk nietig. Hierbij kan gedacht worden aan een trust die beoogt om vermogen aan het rechtsverkeer te onttrekken voor een langere periode dan wettelijk is toegestaan, maar ook trusts die bijvoorbeeld immoreel gedrag of fraude stimuleren.⁶⁰⁵

8.2.3.6 Vormen van belang bij trustvermogen

Het Engelse recht onderscheidt twee vormen van belang die men bij vermogen kan hebben: legal interests en equitable interests. Een legal interest wordt verkregen indien alle vereisten voor een overdracht van een volledige titel ("complete title") zijn vervuld; dit laat zich vergelijken met wat onder Nederlands recht (juridische) eigendom is. Een beneficiary heeft daarentegen een equitable interest. De trustee houdt in dit geval doorgaans het legal interest, met dien verstande dat ook mogelijk is dat de trustee een equitable interest houdt ten behoeve van de beneficiaries.⁶⁰⁶

Het hangt af van de voorwaarden van de trust wat het equitable interest van een beneficiary inhoudt. Allereerst kan hierbij een onderscheid gemaakt worden tussen fixed en discretionary interests. In geval van een fixed interest heeft de beneficiary een aanspraak, met dien verstande dat een dergelijke aanspraak zeer uiteenlopend van aard kan zijn.⁶⁰⁷ In dit geval is reeds bepaald welke beneficiary uiteindelijk wat zal krijgen;

603 Vergelijk tevens Megarry & Wade, paragraaf 8-147 e.v.

604 Zie Megarry & Wade, paragraaf 8-158 e.v.

605 Vergelijk Underhill and Hayton 2016, pagina 270 – 271, waar meer situaties worden genoemd.

606 Zie Underhill and Hayton, pagina 78.

607 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.3.2 voor een beschrijving van hoe eigendom, bijvoorbeeld gelijktijdig of volgtijdelijk, gesplitst kan worden en tot welke al dan niet toekomstige of voorwaardelijke vormen van rechten voor de beneficiaries dit kan leiden. Zie voorts Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 3.2 e.v., waar hij ingaat op het feodale landrecht als oorsprong van het Anglo-Amerikaanse goederenrechtelijke systeem en de interests die zich binnen dit systeem voordoen. Een bijzondere (en afwijkende) vorm van de fixed trust is de zogenoemde bare trust (of simple trust), waarbij de trustee geen enkele actieve (beheers)verplichting heeft met betrekking tot het trustvermogen, maar dit slechts houdt voor de beneficiary. De beneficiary is onmiddellijk gerechtigd tot zowel het trustvermogen als de inkomsten daaruit (Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.3.2).

de trustee heeft hier geen invloed meer op. Dat wil overigens niet zeggen dat steeds al precies te zeggen is wat of welke waarde een specifieke beneficiary zal ontvangen, maar wel dat zijn aanspraak bepaalbaar is.

Indien echter sprake is van een discretionary trust, dan heeft de beneficiary nog geen concrete aanspraak, maar slechts een verwachting. Hij is slechts in de positie dat hij in aanmerking kan komen voor een uitkering, die de trustee op basis van zijn discretionaire bevoegdheden toekent.⁶⁰⁸

8.2.3.7 Bij de trust betrokken personen

Hieronder ga ik op hoofdlijnen in op de bij de trust betrokken personen en de rechten en belangen die zij (kunnen) hebben.

8.2.3.7.1 Settlor

De settlor is degene die de trust in het leven roept. Hierna houdt zijn betrokkenheid in beginsel op.⁶⁰⁹ De naleving van de verplichtingen die de trustee heeft kan in beginsel ook niet door de settlor worden afgedwongen; het zijn de beneficiaries die dit kunnen doen.⁶¹⁰

Het is evenwel mogelijk dat de settlor een bepaalde mate van betrokkenheid bij de trust behoudt. Dit kan allereerst doordat de settlor zich bij de instelling van de trust bepaalde bevoegdheden voorbehoudt, zoals de bevoegdheid om de trustee te ontslaan en een nieuwe te benoemen of om beneficiaries te schrappen uit of toe te voegen aan de groep van personen die in aanmerking komt voor een uitkering. Dergelijke bevoegdheden kunnen evenwel ook toegekend worden aan een ander, een protector.⁶¹¹ Ook kan de settlor zich het recht voorbehouden om de trust te herroepen (power to revoke), welk recht geacht wordt mede het recht te omvatten om de trustverhouding aan te passen. Het is ook mogelijk om te bepalen dat het trustvermogen na herroeping niet terugkeert naar de settlor, maar zal toekomen aan een ander. Het recht om te herroepen heeft evenwel geen terugwerkende kracht, zodat reeds gedane uitkeringen niet teruggedraaid

608 Vergelijk Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.2.3, ook voor definities van de fixed en discretionary trust. Zie met betrekking tot de discretionary trust voorts paragraaf 6.5.3.5.

609 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.1. De settlor kan nog wel in een hoedanigheid als beneficiary of trustee betrokkenheid hebben.

610 Underhill and Hayton 2016, pagina 63. De settlor kan wel mogelijkheden hebben om de trust af te dwingen, indien (i) hij zelf een beneficiary is (maar dan heeft hij de bevoegdheid dus in een andere hoedanigheid) of (ii) hij uitzonderlijke stappen heeft genomen om zich bij de instelling van de trust dit recht voor te behouden.

Aangezien een trust gedurende een lange periode kan bestaan, heeft de rechter een ondersteunende en toezichthoudende rol, naast zijn rol bij de handhaving van het nakomen van verplichtingen onder de trust. Zowel de trustees als de beneficiaries kunnen hier een beroep op doen, bijvoorbeeld door te verzoeken om aan te geven waar de grenzen van de bevoegdheden van de trustee liggen (Underhill and Hayton 2016, pagina 62 – 63). Zie hierover tevens Hayton 1996, pagina 23 – 25.

611 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.1.

worden.⁶¹² Door zich een power to revoke voor te behouden, maar ook door (een combinatie van) andere bevoegdheden, kan de settlor derhalve desgewenst veel invloed blijven uitoefenen op de trust.

Daarnaast kan de settlor op meer indirecte wijze betrokken zijn bij de trust, aangezien de trustee zich bij de uitoefening van zijn bevoegdheden rekenschap dient te geven van de wensen van de settlor. Vaak worden deze neergelegd in een letter of wishes. Hoewel de trustee hiermee rekening dient te houden, moet hij tevens zijn discretionaire bevoegdheid onafhankelijk uitoefenen. Indien de trustee de wensen van de settlor exact uitvoert, zonder dat er aanwijzingen zijn van een eigen afweging, bestaat bijvoorbeeld het risico dat de trust als sham trust (een schijnhandeling) wordt beschouwd of dat sprake is van een breach of trust. Hoewel relevant, is de letter of wishes niet juridisch bindend; er is slechts sprake van een morele verplichting.⁶¹³

8.2.3.7.2 Trustee

Zoals hiervoor opgemerkt, is de trustee⁶¹⁴ degene die de legal ownership van het trustvermogen heeft en als zodanig degene die het beheer daarover voert. Het trustvermogen maakt geen deel uit van het eigen vermogen van de trustee, maar dit wordt separaat aangehouden ten behoeve van de beneficiaries (dan wel het charitatieve of anderszins toegestane doel dat met de trust wordt nagestreefd).

De trustee heeft een fiduciaire taak, hetgeen impliceert dat hij belangenverstrengeling moet voorkomen en vrij vergaande algemene verplichtingen heeft, waaronder (i) het onafhankelijk beheren van het trustvermogen, (ii) het bijhouden van een administratie en (iii) periodiek het gebruikmaken van zijn bevoegdheden te overwegen (zie ook hierna).⁶¹⁵ Naast deze algemene verplichtingen kunnen in de trustakte specifieke taken voor de trustee worden opgenomen. Men kan aan de trustee in principe alle verplichtingen opleggen die niet in strijd zijn met de wet, de openbare orde, de goede zeden of het algemeen belang. Deze verplichtingen kunnen vrijwel iedere rechtshandeling of feitelijke handeling betreffen.⁶¹⁶

612 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.2.4.

613 Underhill and Hayton, pagina 102. Als de letter of wishes is vormgegeven als juridisch bindend document, maakt deze deel uit van de voorwaarden waaronder de trust is ingesteld. Een slechts moreel bindend document kan op een later moment gewijzigd of vervangen worden, maar dit geldt in beginsel niet voor een juridisch bindend document, aangezien dit tezamen met de trustakte de documentatie vormt die de trust in het leven roept (aannemend dat de settlor zich geen bevoegdheid heeft voorbehouden om de trust te herroepen, Underhill and Hayton, pagina 104).

614 Het is overigens niet ongebruikelijk om op praktische gronden meer dan één trustee te benoemen, om te voorkomen dat er op enig moment geen trustee meer is als gevolg van diens overlijden (Zwalve 2000, pagina 361). Ook rechtspersonen kunnen optreden als trustee (Zwalve 2000, pagina 360).

615 Zie voor een nadere beschrijving Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.2. Zie voorts voor een uitgebreide beschrijving van de taken en verplichtingen van de trustee Hayton 1996, pagina 20 – 22, alsmede Gilissen, dissertatie 2012, paragraaf 2.6.2.2.1.

616 Zie Gilissen, dissertatie 2012, pagina 56.

De verplichtingen die de trustee heeft, kunnen sterk variëren, afhankelijk van de aard en het doel van de trust.

Indien de trustee in strijd met zijn verplichtingen, ofwel in breach of trust, handelt, staan de beneficiary een aantal acties ten dienste, die van persoonlijke of meer goederenrechtelijke aard kunnen zijn.⁶¹⁷ De persoonlijke acties zijn de volgende:

- schadevergoeding vorderen van de trustee, in die zin dat deze het trustvermogen zal moeten aanvullen om de uit de breach of trust voortvloeiende schade ongedaan te maken;
- het verhinderen van een breach of trust door middel van een injunction, een rechterlijk gebod of verbod;
- veroordeling tot nakoming vorderen, oftewel dat de trustee een bepaalde handeling verricht waartoe hij verplicht is; of
- het vorderen van ontslag van de trustee en benoeming van een ander.

De goederenrechtelijke acties houden het invoeren van het recht van tracing⁶¹⁸ in jegens de trustee of de derde die te kwader trouw en onder bezwarende titel een onbevoegdlijk door de trustee verkregen trustgoed verkregen heeft.

Naast verplichtingen heeft de trustee bevoegdheden voor de uitvoering van zijn taak. Daarbij dient kort gezegd een onderscheid gemaakt te worden tussen bevoegdheden die hij ontleent aan de trust als zodanig (trusts) en bevoegdheden (powers) die daarnaast aan hem persoonlijk zijn toegekend. Het verschil is relevant, omdat trusts uitgeoefend *moeten* worden, ook al is sprake van een bepaalde mate van discretie, terwijl de trustee in geval van een power zijn bevoegdheid *mag* gebruiken, maar hiertoe niet verplicht is. Veelal zal sprake zijn van een combinatie van trusts en powers, waarbij het onderscheid tussen beide niet altijd eenvoudig te maken is.⁶¹⁹

Voorts kan een onderscheid gemaakt worden tussen beheersbevoegdheden (administrative powers) en bevoegdheden tot het doen van uitkeringen (distributive/dispositive powers). Het eerste kan de bevoegdheid inhouden om trustvermogen te

617 Zwolve 2000, pagina 365 e.v. Iedere beneficiary, ook degene met een toekomstig en/of voorwaardelijk equitable interest, kan hier een beroep op doen. Zie hierover ook Gilissen, dissertatie 2012, pagina 132 - 136.

618 Zie paragraaf 8.2.3.2.

619 Vergelijk Zwolve 2000, pagina 344 e.v., die een power kort gezegd omschrijft als de bevoegdheid om te handelen met of te beschikken over het goed van een ander (een power kan ook toegekend worden aan een ander dan de trustee). De trustee beschikt daarentegen over goederen waarvan hijzelf de legal owner is.

vervreemden, bijvoorbeeld door verkoop aan een derde. In geval van een fixed trust heeft de trustee geen bevoegdheden tot het doen van uitkeringen (de aanspraken van de beneficiaries zijn reeds bepaald), maar een fixed trust verdraagt zich wel met beheersbevoegdheden.⁶²⁰

Voor de positie van de trustee is ten slotte van belang dat een trustvermogen in beginsel slechts activa omvat; van trustschulden is geen sprake. Indien de trustee schulden maakt in de uitoefening van zijn taak als trustee, is hij hiervoor in principe persoonlijk, met zijn eigen vermogen, aansprakelijk. De trustee kan de verplichtingen die hij aangaat in de uitoefening van zijn taak evenwel voldoen uit het trustvermogen.⁶²¹ Voorts kan hij zich beschermen door in zijn overeenkomst met derden te bedingen dat hij niet persoonlijk aansprakelijk zal zijn, maar dat de derde zich slechts zal kunnen verhalen op het trustvermogen, hetgeen in toenemende mate gebruikelijk is.⁶²² Ten slotte kan in de trustakte bepaald worden dat de trustee in beginsel (voor zover geen sprake is van opzet of roekeloosheid) niet aansprakelijk zal zijn voor schulden aangegaan in samenhang met de vervulling van zijn functie als trustee.⁶²³

8.2.3.7.3 Beneficiaries

Het trustvermogen wordt aangehouden en aangewend ten behoeve van de beneficiaries. Iedere natuurlijke of rechtspersoon die in staat is om een equitable interest te verkrijgen, kan aangewezen worden als beneficiary. De aanspraken, voor zover daarvan reeds sprake is, van iedere beneficiary zijn afhankelijk van wat de trustakte hierover bepaalt. In paragraaf 8.2.3.6 is reeds ingegaan op fixed interests, die de beneficiary een concrete aanspraak verschaffen, en discretionary interests, op grond waarvan de beneficiary nog slechts een verwachting heeft.

Ongeacht of sprake is van een fixed of een discretionary trust, hebben de beneficiaries bepaalde rechten, waaronder een recht op informatie en een recht op behoorlijke uitvoering van de trustverhouding.⁶²⁴ Daarnaast kunnen zij onder omstandigheden gezamenlijk het trustverband opheffen, zie nader paragraaf 8.2.3.8. Zie ten slotte paragraaf 8.2.3.7.2 voor de acties die de beneficiaries hebben indien de trustee in breach of trust handelt.

620 Zie Underhill and Hayton 2016, pagina 109 – 110. Zie voorts Gilissen, dissertatie 2012, paragraaf 2.6.2.2.2 met betrekking tot de (soorten) bevoegdheden van de trustee, alsmede een aantal specifieke bevoegdheden waarvan sprake kan zijn. Ik ga verder niet op (dit onderscheid tussen) de verschillende soorten bevoegdheden, die de trustee kan hebben, in.

621 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.2.

622 Zie Zwolve 2000, pagina 288.

623 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.2.

624 Zie nader Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.3.1.

8.2.3.7.4 Protector

De settlor kan zich bij het instellen van de trust bepaalde bevoegdheden voorbehouden en daarmee invloed dan wel toezicht uitoefenen op het beheer door de trustee. Het is evenwel ook mogelijk dat deze bevoegdheden worden toegekend aan een ander, de protector, die dit toezicht uitvoert.

De protector kan zowel positieve als negatieve bevoegdheden krijgen. Bij negatieve bevoegdheden kan gedacht worden aan de situatie waarin de trustee voor bepaalde handelingen de instemming van de protector nodig heeft, zodat de protector ter zake van die handelingen een vetorecht heeft. Van een positieve bevoegdheid is sprake indien de protector de trustee ertoe kan bewegen om juist bepaalde handelingen uit te voeren. Voorts kan de protector bijvoorbeeld de bevoegdheid krijgen om de trustadministratie te controleren en goed te keuren of om beneficiaries te schrappen en nieuwe toe te voegen.

Ook de aan een protector toegekende bevoegdheden kunnen verplichtend van aard zijn, in welk geval de protector periodiek dient te overwegen of hij hiervan gebruik moet maken, of meer vrijblijvend.⁶²⁵

8.2.3.8 Einde van de trustverhouding

Er zijn een aantal mogelijke omstandigheden die kunnen leiden tot het einde van de trustverhouding:⁶²⁶

- (a) De periode waarvoor de trust is ingesteld is verstreken.
- (b) Het doel waarvoor de trust is ingesteld is verwezenlijkt, of dit kan juist niet meer verwezenlijkt worden. Dit laatste doet zich bijvoorbeeld voor indien er geen beneficiaries zijn en ook niet meer bij kunnen komen, of indien het trustvermogen gedaald is tot nihil.
- (c) De trustee of een derde beëindigt de trustverhouding, op grond van een aan hem verleende power to terminate.
- (d) De settlor herroept de trust, op basis van een power to revoke die hij zich bij de instelling van de trust heeft voorbehouden.
- (e) Onder omstandigheden kan het trustverband door de beneficiaries gezamenlijk worden beëindigd. Indien (i) alle beneficiaries zowel meerderjarig en

⁶²⁵ Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.4.

⁶²⁶ Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.4.3.

handelingsbekwaam zijn, (ii) sprake is van overeenstemming ter zake van de verdeling van het trustvermogen en (iii) de beneficiaries gezamenlijk het gehele beneficial interest hebben, dan kunnen zij van de trustee overdracht van de legal title verlangen.⁶²⁷

De verdeling die de beneficiaries overeenkomen mag afwijken van de door de settlor voorgestane verdeling, alsmede van voorwaarden (zoals leeftijdsgrenzen) die gesteld zijn. Deze regel is bovendien in principe toepasbaar bij zowel fixed als discretionary trusts. In de praktijk kan toepassing bij een discretionary trust echter verhinderd worden doordat nog nieuwe equitable interests kunnen ontstaan (met andere woorden er kunnen nog beneficiaries bijkomen), zodat de bestaande beneficiaries niet het gehele beneficial interest vertegenwoordigen.

8.2.3.9 Erkenning van de trust

In de voorgaande paragrafen ben ik ingegaan op de voornaamste kenmerken van de trust. Vanuit het perspectief van rechtstoepassing in Nederland is daarnaast van belang in hoeverre een trust en de gevolgen daarvan in Nederland erkend en gevolgd worden. Voor de beantwoording van deze vraag is het Haags Trustverdrag van belang.⁶²⁸ Het Haags Trustverdrag heeft slechts betrekking op de trustverhouding zelf en niet op daaraan voorafgaande rechtshandelingen, zoals de geldigheid van een testament waarbij de trust is ingesteld of van de overdracht van vermogensbestanddelen aan de trust.⁶²⁹ Het is overigens niet mijn bedoeling om uitgebreid stil te staan bij dit verdrag en de daaraan verbonden gevolgen, maar slechts om kort in te gaan op de eventuele hindernissen bij de erkenning van (de gevolgen van) een trust in Nederland. Voorts ga ik bij het navolgende uit van een tijdens leven ingestelde trust en ga ik aan de specifiek met een testamentaire trust samenhangende vragen, zoals de vraag of het überhaupt mogelijk is om via een Nederlands testament een trust in te stellen of de vraag of de bestaans eis van toepassing is op de beneficiaries, voorbij.

Het Haags Trustverdrag kent in artikel 2 een eigen, vrij ruime, definitie van een trust:

627 Deze regel is gebaseerd op het arrest *Saunders v. Vautier* [1841] 4 Beav 115.

628 Daarnaast zij gewezen op titel 11 van boek 10 BW. De bepalingen van deze titel regelen echter slechts de mogelijkheid voor een trustee om zich in Nederlandse registers te laten inschrijven, alsmede de voorrang van de rechtsgevolgen van een erkende trust boven de Nederlandse regels inzake eigendomsoverdracht, zekerheidsrecht en de bescherming van schuldeisers in het geval van insolventie. Deze bepalingen zijn derhalve van minder groot belang in het kader van de trust als beschermingsfiguur ter zake van familievermogen.

629 Zie artikel 4 HTV. In dit verband wordt wel een onderscheid gemaakt tussen de launcher (de rechtshandeling(en) waardoor de trust in het leven wordt geroepen) en de rocket (de trustverhouding als zodanig), zie M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haags Trustverdrag*, Kluwer Deventer, dissertatie 1997, pagina 83. Het onderscheid tussen de launcher en de rocket is echter niet altijd eenvoudig te maken, zie J. Harris, *The Hague Trusts Convention*, Hart Publishing Oxford and Portland Oregon 2002, pagina 153 – 157.

For the purposes of this Convention, the term ‘trust’ refers to the legal relationships created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

A trust has the following characteristics:

- (a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee’s own estate;*
- (b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;*
- (c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.*

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

Met deze bepaling is gekozen voor een verdragsautonome kwalificatie van de trust. Hieronder kunnen ook rechtsfiguren die geen “echte” Anglo-Amerikaanse trust zijn, maar hier wel zodanige gelijkenissen mee vertonen dat zij binnen de criteria van artikel 2 HTV vallen, onder het Haags Trustverdrag vallen.⁶³⁰

Indien een trust binnen de verdragsdefinitie valt,⁶³¹ wordt onder het Haags Trustverdrag erkend als trust, op grond van artikel 11 HTV. Deze erkenning heeft in beginsel ten minste⁶³² de volgende gevolgen:

- het trustvermogen is afgescheiden van het eigen vermogen van de trustee en de trustee kan als zodanig in rechte optreden en verschijnen voor een notaris of enige andere persoon die handelt in de uitoefening van een openbare functie;
- voor zover het op de trust toepasselijke recht⁶³³ dit verlangt of bepaalt:

630 Zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 56. Het moet hier gaan om een vergelijkbaarheid qua structuur, een vergelijkbaarheid in functie is niet voldoende (Harris 2002, pagina 104 – 105).

631 En voldoet aan de eisen van artikel 3 HTV, dat de trust door een wilsuiting in het leven geroepen moet zijn en dat van de trust blijkt uit een geschrift.

632 Vergelijk de opmerking van Koppenol-Laforce, dat artikel 11 HTV betekent dat de trust als rechtsverhouding geheel erkend moet worden, inclusief de werking van het toepasselijke recht (Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 127).

633 Het toepasselijke recht en de mogelijkheid van een rechtskeuze zijn geregeld in artikelen 6 tot en met 10 HTV. Ik ga hier verder niet op in. Een Anglo-Amerikaanse trust zal evenwel steeds deze kenmerken

- o hebben de persoonlijke crediteuren van de trustee geen verhaal op het trustvermogen;
 - o maken de trustgoederen geen deel uit van het vermogen van de trustee in het geval van diens insolventie of faillissement;
 - o maken de trustgoederen geen deel uit van een huwelijksvermogensgemeenschap waarin de trustee gehuwd is of van zijn nalatenschap; en
 - o kunnen de trustgoederen worden teruggevorderd indien de trustee deze in breach of trust vermengd heeft met zijn eigen vermogen of heeft vervreemd;⁶³⁴
- de trustee kan zich in beginsel als zodanig laten inschrijven in registers.⁶³⁵

De erkenning van een trust kan evenwel nog op grond van andere bepalingen voorkomen worden, dan wel beperkt worden in haar gevolgen. Allereerst is er artikel 13 HTV, dat bepaalt dat een staat niet gehouden is om een trust te erkennen, waarvan de kenmerkende elementen,⁶³⁶ anders dan het toepasselijke recht, de plaats van bestuur van de trust en de gewone verblijfplaats van de trustee, nauwer verbonden zijn met staten die de rechtsfiguur of de betrokken vorm van de trust niet kennen. De genoemde factoren zijn relatief eenvoudig te manipuleren en zonder deze bepaling zou van een trust die in wezen geen connectie heeft met een trustjurisdictie via een omweg erkenning afgedwongen kunnen worden in een jurisdictie die de trust niet kent. Het doel van artikel 13 HTV is om landen die de trust niet kennen te beschermen, door zeker te stellen dat een trust, die feitelijk meer verbonden is met een land dat de trust niet kent, niet erkend hoeft⁶³⁷ te worden.⁶³⁸ Blijkens de parlementaire geschiedenis ziet de wetgever artikel 13 HTV als bescherming van het eigen recht tegen rechtsontduiking door middel van quasi-buitenlandse trusts.⁶³⁹ Bij de toepassing van deze bepaling is echter veel onduidelijk, zoals het tijdstip waarop toetsing plaats dient te vinden

hebben (zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 129).

634 Rechten en verplichtingen van derden die de goederen onder zich hebben blijven evenwel beheerst door het recht zoals aangewezen door de verwijzingsregels van het forum. Koppenol-Laforce staat een beperkte interpretatie van deze bepaling voor, zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, paragraaf 4.2.3.5.

635 Dit laatste is geregeld in artikel 12 HTV.

636 Deze overige kenmerkende elementen zijn de gewone verblijfplaats en nationaliteit van de personen betrokken bij de trust en de ligging van de trustgoederen. Het gewicht dat de verschillende factoren wordt toegekend, zal echter per geval verschillen (Koppenol-Laforce, dissertatie 197, pagina 146).

637 Niet-erkenning is een mogelijkheid, geen verplichting, zie het Explanatory Report van A.E. von Overbeck, punten 123, 128 en 129. Zie voorts Harris 2002, pagina 343 – 345, die tevens opmerkt dat de mogelijkheid voor niet-erkenning ook geldt voor jurisdicties die de trust zelf wel kennen.

638 Zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 144.

639 Kamerstukken II, vergaderjaar 1992/1993, 23 054, nr. 3, pagina 5 – 6. Zie voorts Kamerstukken II, vergaderjaar 1992/1993, 23 027, nr. 3, pagina 7 – 8.

(het moment van instelling van de trust of het latere moment waarop erkenning al dan niet plaats moet vinden).⁶⁴⁰ De hanteerbaarheid van de bepaling wordt in de literatuur ook ter discussie gesteld. Koppenol-Laforce acht de bepaling moeilijk hanteerbaar en is bovendien van mening dat andere bepalingen van het Haags Trustverdrag, zoals het hieronder genoemde artikel 15 HTV, voldoende bescherming bieden aan eventuele benadeelden.⁶⁴¹ Ook het effect (de reikwijdte) van niet-erkenning is niet duidelijk.⁶⁴²

Artikel 13 HTV biedt de rechter in beginsel de mogelijkheid om een door het verdrag beschermde trust onder omstandigheden alsnog niet te erkennen. In dit verband zij evenwel nog gewezen op de opmerking van Hayton dat de definitie van een trust in artikel 2 HTV dermate ruim is, dat betoogd kan worden dat deze ook situaties dekt waarin de volledige controle over een goed bij de trustee berust, maar de volledige eigendom bij de begunstigde c.q. rechthebbende, waarvan het Nederlandse bewind⁶⁴³ een voorbeeld is. Het gevolg hiervan zou naar zijn mening zijn dat het Nederlandse recht een trustachtige figuur in de zin van het HTV kent, zodat het niet mogelijk is om met een beroep op artikel 13 HTV een trust niet te erkennen.⁶⁴⁴

Jurisprudentie over toepassing van artikel 13 HTV is mij niet bekend. Voorts is in de Nederlandse parlementaire geschiedenis bij de goedkeuringswet inzake het Haags Trustverdrag en bij de Wet Conflictenrecht Trusts slechts sprake van een zeer beperkte toelichting.⁶⁴⁵ Of en onder welke omstandigheden deze bepaling toegepast kan worden is derhalve niet duidelijk, maar in ieder geval is niet-erkenning van een trust die onvoldoende nexus met een trustjurisdictie heeft niet uitgesloten.⁶⁴⁶

640 Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, paragraaf 4.5.2. De Nederlandse wetgever gaat overigens uit van het moment dat de erkenning van de trust wordt ingeroepen, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1992/1993, 23 027, nr. 3, pagina 8. Vergelijk voorts het Report Von Overbeck, punten 124 – 126, waar wordt aangegeven dat het vanuit het perspectief van de bedoeling van de bepaling wellicht logisch lijkt om aan te sluiten bij het moment van eventuele erkenning van de trust, maar waarbij tevens wordt opgemerkt dat de tekst ruimte laat voor interpretatie door de rechter. Harris noemt als bezwaar tegen toetsing op het moment dat de erkenning wordt ingeroepen dat dan op het moment van instelling de erkenning niet volledig zeker is, omdat de omstandigheden kunnen wijzingen. Hij bepleit aanknopingspunt bij het moment van instelling, waarbij ontwikkelingen nadien mede in aanmerking genomen worden indien (i) aannemelijk gemaakt wordt dat de settlor bij instelling bewust de werking van artikel 13 HTV geprobeerd heeft te ontgaan of (ii) de objectieve connectie met een niet-trustjurisdictie zo sterk geworden is, dat erkenning te zeer afbreuk zou doen aan het recht van die jurisdictie en de strekking van het HTV, dat het HTV niet de trust introduceert in jurisdicties die deze rechtsfiguur niet kennen (Harris 2002, pagina 349).

641 Zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, paragraaf 4.5.3.

642 Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, paragraaf 4.5.4. Harris wijst in dit verband op de vraag wie bij niet-erkenning eigenaar is van het trustvermogen, hetgeen zijns inziens doorgaans de trustee zal zijn, zonder dat sprake is van een trustverband (Harris 2002, pagina 350). Beiden bepleiten een beperkte toepassing van artikel 13 HTV.

643 Hierbij merk ik op dat deze opmerking betrekking heeft op het recht van voor 2003.

644 Hayton 1996, pagina 7.

645 De wetgever heeft zelfs bewust afgezien van een nadere uitwerking van artikel 13 HTV in de nationale wet, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1992/1993, 23 027, nr. 3, pagina 2, alsmede pagina 9.

646 Gezien de invoering van de APV-regeling, die de fiscale behandeling van onder meer trusts voor (met name) de inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting regelt (zie hoofdstuk 14), lijkt erkenning van de trust overigens het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever. Het toepassen van de fiscale

Naast artikel 13 HTV zijn er nog enkele bepalingen die erkenning van (bepaalde gevolgen van) een trust kunnen verhinderen. Zo bepaalt artikel 15 HTV dat bepaalde dwingendrechtelijke rechtsregels⁶⁴⁷ van het land dat de trust dient te erkennen, niet opzij gezet worden door de erkenning van de trust.⁶⁴⁸ Het betreft hier onder meer⁶⁴⁹ regels met betrekking tot de erfopvolging krachtens testament of de wet en in het bijzonder met betrekking tot het wettelijk erfdeel. De rechter dient evenwel, indien een dergelijke rechtsregel aan erkenning van de trust in de weg staat, op andere wijze aan het doel van de trust gevolg te geven.⁶⁵⁰ Het gevolg van deze bepaling is dat indien een rechtstelsel dwingendrechtelijke regels inzake de legitieme portie heeft, zoals het Nederlandse, deze (deels) aan (de effectuering van) een trust in de weg kunnen staan.⁶⁵¹ Naar Nederlands recht is een inbreng van vermogen in een trust, welke de legitieme portie schendt, in principe geldig; de legitimaris dient een beroep te doen op zijn legitieme portie. Gezien artikel 15 HTV zou de legitimaris in een dergelijk geval de inbreng van vermogen in de trust gedeeltelijk teniet kunnen doen.^{652 653 654}

Ten slotte zij opgemerkt dat op grond van artikel 19 HTV de erkenning van een trust

regeling impliceert immers voorafgaande erkenning van het civielrechtelijke feitencomplex dat toepassing van de regeling mogelijk maakt. Uiteraard is dat zeker geen garantie dat een rechter niet tot niet-erkenning van een trust zou kunnen beslissen.

647 Hieronder worden verstaan regels waarvan niet vooraf afgeweken kan worden (zie Report Von Overbeck, punt 137, alsmede Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 152).

648 Hoewel een aantal categorieën regels genoemd worden, is artikel 15 HTV niet uitputtend bedoeld, zie Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 155, alsmede paragraaf 4.7.7.

649 In aanmerking nemend dat vermogensbescherming zoals door mij bedoeld zich met name afspeelt in de relatie tot een persoon en zijn afstammelingen, laat ik de overige uitzonderingen verder onbesproken.

650 De vraag daarbij is in hoeverre dat in voorkomend geval mogelijk is, vergelijk bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 1993/1994, nr. 6, pagina 4, waar wordt aangegeven dat de dwingendrechtelijke regels van het toepasselijke erfrecht onaantast moeten blijven bij de toepassing van artikel 15 lid 2 HTV. De consequentie daarvan is vermoedelijk dat de rechter deels geen gevolg zal kunnen geven aan het doel van de trust, omdat de aanspraken van anderen voorgaan. Het zal mijns inziens veelal zo zijn dat dwingendrechtelijke aanspraken, die op grond van artikel 15 HTV gerespecteerd dienen te worden, van zodanige aard zijn dat de honorering hiervan eenvoudigweg met zich brengt dat aan (een deel van) de doelstelling van de trust geen uitvoering gegeven zal kunnen worden.

651 Vergelijk Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 156. Zie voorts Kamerstukken II, vergaderjaar 1993/1994, 23 054, nr. 6, pagina 2 - 3.

652 Vergelijk Koppenol-Laforce, dissertatie 1997, pagina 237 - 238. Zie voorts paragraaf 5.10.4 van haar dissertatie voor een nadere beschouwing over de toepassing van artikel 15 lid 1 sub c HTV en de mate waarin dwingendrechtelijke regels van Nederlands erfrecht in de weg kunnen staan aan de effectuering van een trust (met betrekking tot het erfrecht van voor 2003, maar mijns inziens met betrekking tot algemene concepten nog steeds relevant).

653 In paragraaf 8.6 hierna wordt nader besproken in hoeverre de inbreng van vermogen in een APV tijdens leven in strijd kan komen met de legitieme portie. Voor zover daarvan sprake is, is een dergelijke inbreng in een trust aantastbaar door de legitimaris en op grond van artikel 15 HTV gaat de erkenning van de trust niet zo ver dat de aanspraken van de legitimaris hierdoor opzij gezet worden. Voor zover sprake is van een buitenlands trustee en buitenlands vermogen, is evenwel een praktische vraag in hoeverre de legitimaris zijn aanspraken daadwerkelijk zal kunnen effectueren.

654 In het algemeen is een alternatieve benadering voor een beroep op artikel 15 HTV de stelling dat gezien de dwingendrechtelijke regels inzake het wettelijk erfdeel de inbreng van vermogen in de trust niet geldig heeft plaatsgevonden, oftewel er is sprake van een voorafgaand vraagstuk in de zin van artikel 4 HTV (de launcher), vergelijk Harris 2002, pagina 366 - 367. Dit lijkt mij overigens bij de huidige Nederlandse legitieme portie niet aan de orde, omdat die de overdracht van vermogen als zodanig niet ter discussie stelt, maar slechts een aanspraak in geld doet ontstaan.

onder het verdrag de fiscale bevoegdheden van de verdragsluitende staten onverlet laat.⁶⁵⁵ Nederland heeft sinds 2010 in de vorm van de APV-regeling een regeling getroffen voor de belastingheffing van onder meer trusts.

Concluderend zal een trust die als beschermingsfiguur dient, in beginsel erkend worden onder het Haags Trustverdrag, omdat deze zal voldoen aan de criteria van artikel 2 HTV. Het is evenwel niet volledig zeker of de trust (volledig) geëffectueerd zal kunnen worden, gezien de beperkingen die het Haags Trustverdrag onder omstandigheden stelt aan de erkenning. Bij de trust als beschermingsfiguur spelen daarbij naar mijn mening de volgende aspecten:

- de algemene niet-erkenning van de trust op grond van artikel 13 HTV, vanwege onvoldoende nexus met een trustjurisdictie; en
- samenloop met de Nederlandse dwingendrechtelijke bepalingen van het erfrecht, in het bijzonder die met betrekking tot de legitieme portie, gezien artikel 15 HTV.

Van deze twee punten levert het eerste een in het bijzonder aan de trust gekoppelde onzekerheid op. De samenloop met de legitieme portie is niet uniek aan de trust, deze vraag kan ook spelen bij andere vormen van APV's, en dit is bovendien slechts een probleem voor zover sprake is van schending van de legitieme portie. Artikel 13 HTV speelt echter wel specifiek in het geval van trusts en dit kan in geval van een Nederlandse inbrenger tot onzekerheid leiden. Erkenning van de trust hoeft niet plaats te vinden indien de kenmerkende elementen, anders dan het toepasselijke recht, de plaats van bestuur van de trust en de gewone verblijfplaats van de trustee, nauwer verbonden zijn met staten die de rechtsfiguur of de betrokken vorm van de trust niet kennen. Indien de settlor een Nederlander is, is goed denkbaar dat deze situatie zich voordoet en dat erkenning van de trust geen zekerheid is. Gezien de mate van onduidelijkheid over de toepassing van artikel 13 HTV is evenwel ook onzeker hoe groot het risico op niet-erkenning is.

8.3 Het APV als beschermingsfiguur

APV-achtige rechtsfiguren, zoals de (Nederlandse) familiestichting of de Anglo-Amerikaanse trust zijn mijns inziens geschikt om als beschermingsfiguur te dienen. Dit is allereerst gelegen in de mogelijkheid om met dergelijke rechtsfiguren een

⁶⁵⁵ Gezien de zogenoemde trust-arresten gaat de Hoge Raad overigens in principe uit van erkenning van de trust en het daarna toepassen van de Nederlandse fiscale wetgeving (zie HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, ECLI:NL:HR:1998:AA2566 en ECLI:NL:HR:1998:AA2567, BNB 1999/35 – 37).

langdurige bescherming van vermogen aan te brengen.⁶⁵⁶ Evenals certificering heeft een APV deze duurzaamheid als groot voordeel boven het testamentair bewind.

Voorts is een APV in beginsel zeer flexibel. Uiteraard hangt dit samen met de specifieke rechtsfiguur die gekozen wordt. De trust kent echter bijvoorbeeld zeer uiteenlopende toepassingen en kan, indien deze wordt ingezet als beschermingsfiguur, worden ingericht naar de specifieke wensen en behoeften van de settlor. Dit geldt ook voor de Nederlandse stichting als APV: de stichting is ook een flexibele rechtsfiguur, waaraan relatief weinig wettelijke eisen worden gesteld, zodat deze zich leent voor toespitsing op de omstandigheden van een bepaald geval en de wensen van de betrokkenen. Weliswaar dient rekening gehouden te worden met het uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW, maar zoals aangegeven in paragraaf 8.2.2 hoeft dit niet in de weg te staan aan het gebruik van een Nederlandse stichting als APV.

De flexibiliteit van een APV verschilt overigens van die bij certificering, hetgeen samenhangt met de verhouding van de certificaathouder dan wel begunstigde (beneficiary) van het APV jegens het vermogen (zie paragraaf 8.4 hierna). Een certificaathouder kan meer of minder zeggenschap hebben en ruimere of beperktere mogelijkheden tot het royeren van zijn certificaten, maar hij blijft economisch gerechtigd tot het gecertificeerde vermogen. Bij een APV zijn de mogelijkheden evenwel ruimer. Het is mogelijk om begunstigden concrete en afdwingbare aanspraken te geven, al dan niet pas op termijn opeisbaar, maar het is ook mogelijk om een volledig discretionaire entiteit in het leven te roepen, waarbij de begunstigden nog slechts een “blote verwachting” hebben en voor eventuele uitkeringen afhankelijk zijn van een beslissing van de beheerder van het APV ten gunste van hen. Om het APV duurzaam als beschermingsfiguur te laten fungeren, zal deze laatste variant moeten worden toegepast. De begunstigde heeft dan geen aanspraken en daarmee geen controle of beschikking over het vermogen, anders dan voor zover de beheerder van het APV uitkeringen aan hem doet. Het vermogen kan op deze wijze ook in stand gehouden worden gedurende meerdere generaties en aldus beschermd worden tegen die personen naar wie het zonder inbreng zou zijn vererfd en die hier wellicht minder prudent mee zouden zijn omgegaan. Voor zover concrete aanspraken worden toegekend, hebben de ontvangers hiervan de mogelijkheid om de ontvangen uitkeringen uit te geven. In zoverre biedt het APV derhalve geen bescherming. Ik ga derhalve hierna uit van een discretionair APV.

656 Abstraherend van de vraag in hoeverre aantasting van de inbreng op grond van de legitieme portie mogelijk is. Dit wordt besproken in paragraaf 8.6.

Bij de trust is de erkenning hiervan wel een aandachtspunt. Indien sprake is van onvoldoende aanknopingspunten met een trustjurisdictie, hoeft de trust niet erkend te worden in Nederland op grond van artikel 13 HTV (zie paragraaf 8.2.3.9).

8.4 Wijze van beperking zeggenschap

Bij testamentair bewind is de rechthebbende nog steeds de eigenaar van het onder bewind gestelde vermogen, maar berust het beheer hierover bij de bewindvoerder.⁶⁵⁷ Certificering gaat een stap verder, doordat de certificaathouder niet langer de juridische eigenaar van het vermogen is, maar hier nog slechts het economische belang bij heeft.⁶⁵⁸ Er blijft echter een concrete band tussen certificaathouder en vermogen aanwezig. Het (discretionaire) APV gaat nog een stap verder dan dit, aangezien de begunstigden in dit geval geheel geen aanspraken hebben, maar slechts wat ontvangen op het moment dat de beheerder van het APV besluit om een uitkering aan hen te doen. In feite is geen sprake van beperking van zeggenschap, waar dat er bij testamentair bewind en certificering wel is, maar van het geheel ontbreken van enig recht op het in het APV gebrachte vermogen.

8.5 Beheersregeling

Net als bij bewind en certificering is bij het instellen van een APV van belang dat een beheersregeling aanwezig is, die het evenwicht bewaart tussen de belangen die met het APV worden nagestreefd en de belangen van de begunstigden. Met een discretionair APV worden de begunstigden op een grotere afstand van het ingebrachte vermogen gezet, dan bij bewind of certificering het geval is. Hierbij zal veelal een beperktere mate van invloed voor de begunstigden bij het APV passen, dan de rechthebbende op onderbewindgestelde goederen of de certificaathouder heeft, hoewel dat in een specifiek geval uiteraard anders kan liggen.

Desalniettemin behoeft de positie van de begunstigde naar mijn mening bescherming. Zeker indien de bedoeling is dat het APV gedurende een (zeer) lange periode bestaat en het beheer hierover op enig moment in handen komt van een persoon die de insteller niet persoonlijk gekend heeft en dus slechts op de hoogte is van diens wensen voor zover die zijn vastgelegd in bijvoorbeeld een letter of wishes, bestaat een risico dat de beheerder van het APV, al dan niet te goeder trouw, geen recht doen aan de bedoelingen van de insteller. Bovendien moet op de langere termijn wellicht ingespeeld worden op omstandigheden waarmee de insteller geen rekening heeft gehouden of heeft kunnen houden. Een beheersregeling die voor die situatie de benodigde flexibiliteit biedt, is daarom zeer aan te bevelen.

Het hangt af van de rechtsvorm die voor het APV gekozen wordt, in hoeverre een dergelijke regeling aanwezig is. Ik beperk mij hier tot de twee besproken vormen, de trust en de APV-stichting. De trust kent zijn eigen beheersregeling, die de beneficiaries mogelijkheden biedt om op te treden indien de trustee in breach of trust handelt. Zo kan

657 Zie paragraaf 6.2.

658 Zie paragraaf 7.12.

de rechter verzocht worden om de trustee te veroordelen tot het vergoeden van schade of om ontslag van de trustee en benoeming van een ander.⁶⁵⁹ In geval van de trust voorzien de daarvoor geldende regels derhalve reeds in een regeling die de belangen van de beneficiaries beschermt.

Dit geldt evenwel niet voor de stichting, die slechts summier geregeld is in de wet. Reeds in het kader van certificering is geconstateerd dat het derhalve noodzakelijk is om bij het opzetten van de stichting en de daarmee te sluiten overeenkomsten te voorzien in een evenwichtige beheersregeling.⁶⁶⁰ Daarbij is in ieder geval van belang om een regeling te treffen voor de wijziging van de statuten, aangezien dit anders slechts zeer beperkt mogelijk is,⁶⁶¹ alsmede een regeling voor het ontslag en de benoeming van bestuurders.⁶⁶² Ook bij het gebruik van een Nederlandse stichting als APV zijn deze regelingen mijns inziens van groot belang, om onder meer te bewerkstelligen dat het bestuur van de stichting en het beheer van haar vermogen zich aan iedere invloed van de begunstigten, of controle door bijvoorbeeld de rechter, onttrekken.

8.6 Samenloop APV en legitieme portie

In deze paragraaf bespreek ik in hoeverre de inbreng van vermogen in een APV alsnog, althans in termen van economische waarde, ongedaan gemaakt kan worden als gevolg van een beroep van een legitimaris op zijn legitieme portie.⁶⁶³ Voor zover dit mogelijk is, beschermt het APV het ingebrachte vermogen immers niet. Ik ga hierbij uit van “APV” als verzamelterm voor alle verschillende rechtsfiguren die als zodanig kwalificeren, zoals de hiervoor besproken (Nederlandse) familiestichting en de Anglo-Amerikaanse trust,⁶⁶⁴ in principe zonder in te gaan op specifieke figuren. Ik zal derhalve ook eenvoudshalve spreken van het APV als ware het een entiteit, ook al is dat niet in alle gevallen, zoals bij een trust, een zuivere aanduiding. Voorts zij benadrukt dat ik uitga van een discretionaire entiteit, oftewel de situatie waarin de begunstigten geen afdwingbare aanspraken hebben.

Bij de samenloop tussen de legitieme portie en de inbreng van vermogen in een APV rijst de vraag of de inbreng van het vermogen een gift kan zijn, waarmee voor de berekening en eventueel de effectuering van de legitieme portie rekening gehouden dient te worden.⁶⁶⁵ De omvang van de legitieme portie van de legitimaris wordt namelijk bepaald

659 Zie voor meer mogelijke acties paragraaf 8.2.3.7.2.

660 De beheersregeling bij certificering wordt besproken in paragraaf 7.13.

661 Zie hierover nader paragraaf 7.8.2.5.4.

662 Zie paragraaf 7.8.2.5.2.

663 Zoals in paragraaf 3.1 reeds aangegeven, ga ik uit van een Nederlandse erflater en in het verlengde daarvan toepassing van het Nederlandse erfrecht.

664 De erkenning van de trust onder het trustverdrag en samenloop met de regels van de legitieme portie in het kader daarvan worden besproken in paragraaf 8.2.3.9.

665 Aangezien het ingebrachte vermogen niet meer tot het vermogen van de insteller behoort, komt de vraag of sprake kan zijn van een inferieure making in de context van het APV niet aan de orde, waar

door de legitimaire massa te vermenigvuldigen met een breukdeel dat afhangt van het aantal erfenamen bij versterf.⁶⁶⁶ De legitimaire massa bestaat uit de waarde van de goederen van de nalatenschap, vermeerderd met bepaalde giften en verminderd met bepaalde schulden.⁶⁶⁷ Op het aldus berekende bedrag wordt nog in mindering gebracht de waarde van (i) giften aan de legitimaris, (ii) hetgeen de legitimaris krachtens erfrecht verkregen heeft of (iii) hetgeen de legitimaris als erfgenaam of als legaat had kunnen verkrijgen.⁶⁶⁸ Ter zake van de hieruit volgende legitieme portie kan de legitimaris een vordering krijgen op de gezamenlijke erfenamen of de langstlevende echtgenoot, maar ook op begiftigden.⁶⁶⁹ Weliswaar dient de legitimaris zijn legitieme portie eerst geldend te maken jegens de erfenamen of langstlevende echtgenoot, maar indien de omvang van de nalatenschap onvoldoende is voor volledige voldoening van de vordering van de legitimaris, dan kan deze voor het verkrijgen van het restant van zijn legitieme portie de daarvoor vatbare giften inkorten.⁶⁷⁰ De consequentie van het voorgaande is dat, indien de inbreng van vermogen in een APV aangemerkt zou moeten worden als een gift die voor de toepassing van de legitieme portie in aanmerking genomen wordt, dit niet alleen betekent dat de legitieme portie van de legitimaris (aanzienlijk) groter wordt, maar mogelijk ook dat de legitimaris de desbetreffende gift kan inkorten en daarmee de inbreng van vermogen daadwerkelijk (gedeeltelijk⁶⁷¹) teniet kan doen. Voor zover ingekort kan worden op de inbreng valt de bescherming van het APV weg, aangezien de legitimaris een geldvordering krijgt op het APV; de legitimaris is daarbij niet verplicht om genoeg te nemen met voldoening door overdracht van de (wellicht minder courante) goederen die in het APV zijn ingebracht.⁶⁷²

Op grond van artikel 4:67 BW dient een vijftal categorieën giften in aanmerking genomen te worden bij (onder meer) de berekening van de legitimaire massa. Dit zijn tevens de voor inkorting vatbare giften. Naast algemeen alle schenkingen waarbij de prestatie geleverd is in de vijf jaren voorafgaand aan het overlijden van de erflater (sub e), betreft dit een viertal bijzondere categorieën giften:

dat bij bewind en certificering wel het geval is.

666 Artikel 4:64 lid 1 BW.

667 Artikel 4:65 BW.

668 Artikelen 4:70 – 4:73 BW, in het algemeen behoudens voor zover een verkrijging als erfgenaam of krachtens legaat inferieur is.

669 Artikel 4:79 BW.

670 Artikel 4:89 jo. 4:80 BW. De voor inkorting vatbare giften zijn de giften als bedoeld in het hierna te bespreken artikel 4:67 BW.

671 Het inkorten van giften geschiedt blijkens artikel 4:89 lid 3 BW in omgekeerd chronologische volgorde: de meest recente giften het eerst. Het is derhalve in elk geval theoretisch denkbaar dat de omvang van de legitieme portie zodanig is dat de inbreng in het APV geheel door inkorting teniet gedaan wordt. Dit vereist evenwel (i) een geringe nalatenschap, (ii) een recente inbreng in het APV en/of (iii) giften van (zeer) significante omvang voorafgaand aan de inbreng in het APV. Volledige inkorting van de inbreng, die gezien het doel hiervan een groot deel van het vermogen van de inbrenger zal betreffen, lijkt mij derhalve niet waarschijnlijk.

672 Zie Handboek Erfrecht (2020), B.C.M. Waaijer, paragraaf X.24.1.

- (a) giften die kennelijk gedaan en aanvaard zijn met het vooruitzicht dat daardoor legitimarissen worden benadeeld;
- (b) giften die de erflater gedurende zijn leven te allen tijde had kunnen herroepen of die hij bij de gift voor inkorting vatbaar heeft verklaard;
- (c) giften van een voordeel, bestemd om pas na het overlijden van de erflater ten volle te worden genoten; en
- (d) giften die de erflater aan een afstammeling heeft gedaan, mits deze begiftigde of een afstammeling van deze begiftigde legitimaris van de erflater is.

In het hiernavolgende zal ik slechts ingaan op de giften als bedoeld onder sub a. Hoewel niet ondenkbaar is dat de inbreng van vermogen in een APV (aannemend dat sprake is van een gift, zie hierna) in de categorieën b of c valt,⁶⁷³ dan wel dat de inbrenger onverhoopt binnen vijf jaar na de inbreng overlijdt, zijn dit naar mijn mening in beginsel vermijdbare situaties. Deze hoeven derhalve geen bedreiging voor de beschermingsfiguur te vormen, zodat ik deze mogelijkheden verder buiten beschouwing laat.⁶⁷⁴

Het gebruik van een APV als beschermingsfiguur impliceert dat (nagenoeg) het volledige vermogen van de inbrenger in het APV wordt ingebracht, aangezien de zich nog in zijn nalatenschap bevindende goederen, althans de waarde daarvan geheel of gedeeltelijk⁶⁷⁵ ten goede zullen komen aan de legitimarissen. Gezien deze omvang schendt de inbreng potentieel de legitieme portie van de legitimarissen. Om de conclusie te bereiken dat dit inderdaad het geval is, dienen echter twee horden genomen te worden (i) de inbreng is een gift en (ii) er is sprake van een gift als bedoeld in artikel 4:67 BW. In de navolgende paragrafen ga ik nader op deze twee punten in.

⁶⁷³ Bij de inbreng van vermogen in een niet-discretionaire entiteit kan betoogd worden dat sprake is van een derdenbeding, waarbij de begunstigde een afdwingbaar recht verkrijgt, hetgeen gezien moet worden als een gift van de inbrenger aan de begunstigde. Indien deze begunstigde legitimaris van de inbrenger is, kan sprake zijn van een gift als bedoeld onder d. Bij een discretionaire entiteit heeft de begunstigde echter nog geen afdwingbare rechten, hetgeen mijns inziens aan kwalificatie als de voorgaande in de weg staat.

⁶⁷⁴ Een inbreng gedaan binnen vijf jaar voor het overlijden van de inbrenger brengt uiteraard wel dit risico met zich, maar tenzij de inbrenger al op leeftijd is op het moment dat de inbreng plaatsvindt, is dit meer een kwestie van ongelukkig toeval waar men rekening mee zal moeten houden.

⁶⁷⁵ Dit hangt af van meerdere omstandigheden, zoals de inhoud van een eventueel testament (zijn de legitimarissen (mede) erfgenaam), maar ook van de kwalificatie van de inbreng in het kader van de legitieme portie. Indien de inbreng in aanmerking genomen dient te worden voor de toepassing van de legitimaire portie, levert dit een grote legitimaire vordering op, die gezien de inkortingsvolgorde allereerst tegenover de erfgenamen/langstlevende echtgenoot geldend gemaakt dient te worden. Aldus wordt in voorkomend geval eerst de gehele (waarde van de) nalatenschap ingekort, alvorens men toekomt aan de inbreng in het APV.

8.6.1 Inbreng in een APV als gift

Zoals hiervoor aangegeven is een voorvraag of de inbreng van vermogen in het APV überhaupt een gift is. Gezien artikel 7:186 lid 2 BW is een gift iedere handeling die er toe strekt dat degene, die de handeling verricht, een ander ten koste van zijn eigen vermogen verrijkt, zodat noodzakelijk zijn (i) verarming van de schenker, (ii) verrijking van de begiftigde en (iii) een bevoordelingsbedoeling. De bevoordelingsbedoeling omvat niet alleen een bevoordelingsbedoeling bij de schenker, maar tevens een bevoordelingsbewustzijn bij de begiftigde.⁶⁷⁶ De Hoge Raad heeft de bevoordelingsbedoeling bovendien in hoge mate geobjectiveerd: voldoende is dat degene die verarmt zich bewust is van de bevoordeling van de ander en deze bevoordeling gewild heeft.⁶⁷⁷ Lagere rechtspraak⁶⁷⁸ impliceert dat de geobjectiveerde wil tot bevoordeling evenwel niet aanwezig is, indien degene die de bevoordelende (rechts)handeling verricht een eigen (financieel) belang heeft bij deze transactie.

Dat in geval van de inbreng van vermogen in een APV sprake is van verarming van de inbrenger staat niet ter discussie en de omstandigheid dat dit het gevolg is van een (rechts)handeling mijns inziens evenmin. Interessanter zijn in deze context echter de verrijking van de begiftigde en de bevoordelingsbedoeling. De aanwezigheid van een bevoordelingsbedoeling bij de inbrenger lijkt mij op zich ook een gegeven, maar de vraag is op wie deze zich richt. Het is het APV dat in eerste instantie het vermogen ontvangt, maar de intentie van de inbrenger is om uiteindelijk, op de wellicht pas zeer lange termijn, personen uit een meer of minder ruim gedefinieerde groep begunstigden te bevoordelen. Aangezien deze personen op het moment van de inbreng nog geen afdwingbare rechten verkrijgen, is op dat moment geen sprake van verrijking aan hun zijde.⁶⁷⁹ Van een gift aan één of meer begunstigden op het moment van de inbreng kan derhalve geen sprake zijn, omdat in de verhouding inbrenger - begunstigde niet voldaan is aan alle vereisten aan een gift. Het is zelfs denkbaar dat een begunstigde die uiteindelijk een uitkering blijkt te ontvangen nog niet bestaat op het moment van de inbreng. Voorts kan een persoon die behoort tot de klasse van begunstigden op het moment van de inbreng later geschrapt worden als begunstigde, zonder dat hij ooit een uitkering uit het APV heeft ontvangen.⁶⁸⁰

676 Zie nader paragraaf 7.14.4 en de aldaar aangehaalde literatuur.

677 HR 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687, BNB 1994/261 en HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7272, BNB 2002/317; zie hiervoor nader paragraaf 7.14.4.

678 Zie rechtbank Gelderland 18 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2108:4002 en hof Amsterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2246, eveneens nader besproken in paragraaf 7.14.4.

679 Zie tevens artikel 7:186 lid 2 BW, waarvan de tweede volzin bepaalt dat zolang degene tot wiens verrijking een handeling strekt (los van de vraag of de inbreng in een APV (rechtstreeks) strekt tot verrijking van de begunstigten), de prestatie niet heeft ontvangen, noch daar aanspraak op kan maken, de handeling niet als een gift wordt beschouwd.

680 Los van artikel 7:186 lid 2, tweede volzin, BW zou een vraag kunnen zijn of sprake is van een gift onder opschortende voorwaarde aan de begunstigden. De voorwaarde zou dan (onder meer) bestaan uit het nemen van een besluit tot een uitkering aan de desbetreffende begunstigde door de bestuurder van het APV. Hiervoor lijkt mijn positie mij echter op meerdere punten onvoldoende concreet. Daardoor kan

Dan blijft het APV zelf over, dat wellicht als (tijdelijke) begiftigde gezien kan worden. Ook in verhouding inbrenger – APV dient daarvoor sprake te zijn van zowel verrijking van het APV, als van een bevoordelingsbedoeling van de inbrenger jegens het APV. Gezien de mate waarin de Hoge Raad deze bevoordelingsbedoeling geobjectiveerd heeft dient, aannemend dat geconcludeerd zou moeten worden dat het APV als gevolg van de gift verrijkt is (zie nader hieronder), de inbrenger geacht te worden zich zowel van deze bevoordeling bewust te zijn geweest, als deze gewild te hebben, ook al is zijn eigenlijke oogmerk de (uiteindelijke) bevoordeling van de (klasse van) begunstigten. Het komt mij echter voor dat dit laatste geen eigen belang van de inbrenger is in de zin van de hiervoor aangehaalde lagere rechtspraak. Naast verarming van de inbrenger lijkt derhalve ook de bevoordelingsbedoeling mij aanwezig, evenals het bevoordelingsbewustzijn bij het APV, dit laatste zeker indien de inbrenger nauw betrokken is bij het APV en diens kennis van de bevoordeling dus aan het APV toegerekend kan worden.

Ten slotte is dan voor het in aanmerking nemen van een gift noodzakelijk dat sprake is van een verrijking, in dit geval van het APV. In die factor zit echter mijns inziens hier het probleem: weliswaar wordt het APV als gevolg van de inbreng juridisch eigenaar van het ingebrachte vermogen, maar het APV heeft hier geen economisch belang bij. Ook al is sprake van niet meer dan een ruim omschreven klasse begunstigten en is nog niemand met een afdwingbare aanspraak op het APV-vermogen aan te wijzen, dan nog staat vast dat het APV altijd op enig moment, zij het in de verre toekomst, de gehele verkregen inbreng en de daaruit voortvloeiende vruchten, zal moeten aanwenden ten bate van deze begunstigten.⁶⁸¹ Derhalve kan gezegd worden dat het APV niet verrijkt is.⁶⁸² Het vermogen “zweeft” in zoverre dat er, tot het moment dat het APV vermogen uitkeert of afdwingbare rechten toekent aan begunstigten, niemand is die economisch eigenaar⁶⁸³ is, in de zin dat dit waarde voor hem heeft, van het ingebrachte vermogen.

ook niet voldaan zijn aan een bevoordelingsbedoeling van de zijde van de inbrenger jegens een specifieke begunstigde: hoewel hier in algemene termen sprake van is, richt deze zich nog niet op individuele begunstigten. Vergelijk voorts Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 7.4.

681 Er zijn op zich situaties denkbaar waarbij sprake is van een zekere overlap, zoals de trustee die tevens beneficiary is, maar dan nog verkrijgt deze persoon een eventueel voordeel in zijn hoedanigheid van beneficiary en staat dit los van de omstandigheid dat hij ook trustee is.

682 Vergelijk ook Asser/Perrick 4, 2017/264, waar wordt opgemerkt dat men weliswaar lasten aan een schenking kan verbinden, maar dat de grens, tot waar men kan gaan zonder dat het karakter van de schenking wordt opgeheven, voornamelijk bepaald wordt door de vraag in hoeverre nog van een verrijking sprake is.

683 De aan deze kwalificatie ten grondslag liggende analyse hangt af van de aard van het APV. In geval van een trust is de trustee slechts legal owner, maar komt de beneficial ownership van het trustvermogen toe aan de (klasse van) beneficiaries. Indien een Nederlandse stichting als APV fungeert, heeft zij weliswaar de eigendom verkregen van het ingebrachte vermogen, maar heeft de inbreng plaats gevonden onder de last om het gehele vermogen uit te keren aan de begunstigten, zodat ook hier sprake is van een splitsing tussen juridische eigendom bij het APV en het volledige economische belang bij de gezamenlijke begunstigten.

In zoverre is de term “economisch eigenaar” ook niet steeds geheel zuiver, omdat het APV (bijvoorbeeld in de vorm van een Nederlandse stichting) nog wel economisch eigenaar kan zijn van het ingebrachte vermogen. Mijns inziens is voor het zijn van economisch eigenaar vereist dat men (i) het gehele belang bij de waardeontwikkeling van een goed heeft, (ii) het gehele risico van tenietgaan draagt en (iii) het volledige genot van het goed (in positieve en negatieve zin) heeft; de juridisch eigenaar wordt tevens

Een latere uitkering door het APV is bovendien ook geen gift: weliswaar verrijkt de beneficiary en kan men vrijgevigheid aannemen in die zin dat de beheerder van het APV zich bewust zal zijn geweest van deze verrijking en deze gewild heeft (en de ontvangende begunstigde evenzeer), maar omdat het APV geen economisch belang heeft bij het uitgekeerde vermogen, ontbreekt nu de verarming.⁶⁸⁴

De Hoge Raad komt in zijn trustarresten⁶⁸⁵ ook tot de constatering dat bij inbreng de verrijking ontbreekt of ten minste problematisch is: het trustvermogen heeft geen vermogenswaarde voor de trustee en, hoewel sprake is van verarming van de settlor en het onder trustverband brengen van goederen door de settlor ten behoeve van de beneficiaries, zodat in zoverre de elementen van een belastbare schenking aanwezig zijn, lijkt een bevoordeelde te ontbreken, aangezien er (nog) geen rechtssubject is waaraan het trustvermogen toegerekend kan worden. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het niet past binnen het systeem van de Successiewet dat iemand zich kan ontdoen van zijn vermogen zonder dat dit leidt tot de heffing van schenkingsrecht en lost het ogenschijnlijke gat in de systematiek vervolgens op door de trust zelf, als doelvermogen, als verkrijger aan te wijzen. Voorafgaand aan deze overweging heeft de Hoge Raad reeds geconstateerd dat op verschillende plaatsen in de fiscale wetgeving rekening is gehouden met de omstandigheid dat doelvermogens zoals de trust optreden in het economisch verkeer. Hiermee vult de Hoge Raad het gat in de systematiek op, dat ontstaat doordat het civielrechtelijk niet mogelijk is om een persoon aan te wijzen die verrijkt wordt als gevolg van de inbreng.

Het voorgaande betekent naar mijn mening echter niet dat het daarmee ook mogelijk is om in civielrechtelijke context een doelvermogen als verkrijger aan te wijzen. Op zich valt er wel wat te zeggen voor het concept dat het doelvermogen wordt aangemerkt als begiftigde als substituut voor de nog aan te wijzen verkrijgers, die op het moment van inbreng de klasse van begunstigten vormen, zodat een gift vastgesteld kan worden. In feite is ook sprake van een gift op termijn, zij het dat nog onduidelijk is aan wie en met als binnen het Nederlandse rechtssysteem problematische component dat door het uitstel in het neerslaan van het vermogen gedurende kortere of langere tijd geen economisch rechthebbende aan te wijzen is. Een aspect is dat de positie van de legitimarissen aangetast kan worden indien de potentiële erflater de mogelijkheid zou hebben om zich van (een deel van) zijn vermogen te ontdoen, zonder dat hier bij de bepaling van de legitieme portie rekening mee gehouden dient te worden. Dit kan men

als economisch eigenaar beschouwd, tenzij een ander aan de voornoemde eisen voldoet (zie De Leeuw 2018, hoofdstuk 2). Het APV kan derhalve naast juridisch ook economisch eigenaar zijn, niet zozeer omdat het APV enig economisch belang heeft bij dit vermogen, maar omdat zij vanuit dit perspectief slechts ophoudt om economisch eigenaar te zijn indien er iemand anders het volledige economische belang heeft en die is in deze situatie niet aanwezig (althans niet in de persoon van de begunstigten).

684 Evenzo Roelofs 2011, pagina 94 – 95.

685 HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, ECLI:NL:HR:1998:AA2566 en ECLI:NL:HR:1998:AA2567, BNB 1999/35 – 37.

als bezwaarlijk zien en het in aanmerking nemen van een doelvermogen als begiftigde lost dat probleem op. Overigens kan men zich daarbij wel de vraag stellen of het dan niet ook systematisch zuiver is om, aannemend dat het doelvermogen tijdelijk in de plaats treedt van de uiteindelijk beoogde begunstigden, geen tweede gift in aanmerking te nemen op het moment dat de nagestreefde bevoordeling geheel of gedeeltelijk voltooid wordt door het ontvangen van (een deel van) het ingebrachte vermogen door een verkrijger.⁶⁸⁶ De bevoordelende handeling van de inbrenger heeft dan al eenmaal tot de kwalificatie als schenking geleid en de uitvoering van het uitgestelde aspect van deze bevoordeling door de daadwerkelijke uitkeringen aan de begunstigden is in zoverre te zien als het verlengde of de voltooiing van deze handeling. Voor zover de daartoe strekkende rechtshandeling nog een separate kwalificatie nodig heeft, kan deze gezien worden als de uitvoering van een verplichting, hetgeen in elk geval bij de APV-stichting, die het vermogen verkrijgt door middel van de inbreng onder de verplichting tot het doen van uitkering,⁶⁸⁷ ook daadwerkelijk het geval is.

Hoewel op basis van deze laatste redenering tot een sluitend systeem te komen is, in die zin dat de vrijgevigheid van de inbrenger slechts tot uitdrukking komt in één gift, verdraagt de toepassing daarvan zich mijns inziens niet met de formele benadering waar het civiele recht van uitgaat. Waar het fiscale recht meer materieel kijkt en dus ruimte laat om de economische verhoudingen maatgevend te laten zijn voor de kwalificatie van (rechts)handelingen, heeft het civiele recht die ruimte niet. De artikelen 7:175 lid 1 en

686 Voor invoering van de APV-regeling (zie voor de belastingheffing in deze periode paragraaf 14.2) en de daarmee samenhangende toerekening van het APV-vermogen (zie paragraaf 14.3.9 voor de analyse of sprake is van toerekening of fiscale transparantie) had dit althans een theoretische discussie kunnen zijn. In de praktijk deed het punt zich in principe niet voor, aangezien doorgaans sprake was van een trust/doelvermogen buiten Nederland, zodat er geen aanknopingspunt zou zijn geweest voor heffing van Nederlands schenkingsrecht bij een uitkering aan de begunstigden. Indien het doelvermogen wel in Nederland gevestigd zou zijn geweest en een uitkering dus binnen het eventuele heffingsbereik van Nederland zou zijn gekomen, zou het gevolg van de uitkering zijn geweest dat deze werd aangemerkt als een belastbare schenking van het doelvermogen aan de begiftigde. Het doelvermogen verarmt (dat heeft in deze benadering wel het economische belang bij het ingebracht vermogen), de ontvanger van de uitkering verrijkt en in de door de Hoge Raad geobjectieerde benadering van de bevoordelingsbedoeling doet ook deze laatste factor zich voor, aangezien (de beheerder van) het doelvermogen zich van de bevoordeling bewust is en deze ook wenst, ook al is geen sprake van een daadwerkelijke wens om de begunstigde te bevoordelen, maar van de uitvoering van de wensen van degene die het vermogen oorspronkelijk heeft ingebracht. Vergelijk voorts HR 30 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:167, NJ 1963/249, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de omstandigheid, dat op het bestuur van een stichting de plicht rust tot het betrachten van vrijgevigheid jegens bepaalde personen, geenszins uitsluit dat het bestuur bij het nakomen van die plicht een handeling uit vrijgevigheid heeft verricht. In zoverre kan men dus inderdaad (ook) bij de uitkering een schenking constateren. De consequentie hiervan is evenwel dat eenzelfde uitgestelde vrijgevigheid van de inbrenger leidt tot twee heffingsmomenten, waarbij slechts van één heffingsmoment sprake zou zijn geweest bij een rechtstreekse schenking of gift aan een begunstigde van het doelvermogen. Civielrechtelijk zou deze benadering bovendien bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat de inbreng van vermogen in een APV een gift kan zijn, die mogelijk voor de regeling van de legitieme portie in aanmerking dient te worden genomen, terwijl dit niet geldt voor uitkeringen door het APV aan een legitimaris, omdat deze, hoezeer ook hun oorsprong vindend in de vrijgevigheid van de inbrenger/erflater, niet van die erflater afkomstig zijn.

687 Zie over de civielrechtelijke aspecten van de stichting als APV paragraaf 8.2.2.

7:186 lid 2 BW vereisen voor de schenking respectievelijk gift dat sprake is van een partij die verrijkt wordt, de begiftigde. Die is bij een inbreng in een APV gezien het uitgestelde karakter van de bevoordeling (nog) niet aan te wijzen. In mijn ogen is het niet mogelijk om in het civiele recht een vergelijkbare kunstgreep toe te passen als de Hoge Raad in de trustarresten heeft gedaan en een doelvermogen als partij aan te wijzen. Daartoe moet de stap gemaakt worden dat het verkrijging van vermogen voor de vervulling van een doel als een verrijking wordt gezien, zoals de Hoge Raad in zijn trustarresten doet. Tegen deze argumentatie valt echter in te brengen dat indien de verkrijging gepaard gaat met een even grote verplichting (in feite de argumentatie die tegen verrijking van het APV of de trustee in het bijzonder spreekt) van een vermogensvermeerdering geen sprake is. Deze redenering is alleen sluitend te krijgen indien men de mogelijkheid om tot de vervulling van zijn doel te komen als zodanig als een verrijking aanmerkt, maar dan nog is deze niet van vermogensrechtelijke aard, in die zin dat het vermogen van het APV niet toeneemt. Een volgend bezwaar is dat het doelvermogen geen juridische zelfstandigheid heeft en dus niet als partij bij een overeenkomst kan fungeren.⁶⁸⁸ Het formele karakter van het Nederlandse civiele recht staat naar mijn mening niet toe dat met voorbijgaan hieraan een inbreng in een APV wordt aangemerkt als een gift aan een doelvermogen. Ten slotte is problematisch bij het aanwijzen van het APV als doelvermogen als de begiftigde, dat de verschillende elementen die tot een gift leiden, niet meer op dezelfde persoon gericht zijn: de verrijking vindt plaats bij het APV, maar de vrijgevigheid richt zich nog steeds op de begunstigden.⁶⁸⁹

De consequentie daarvan is dat, hoewel er zeker bezwaren tegen deze uitkomst mogelijk zijn, naar mijn mening een dergelijke inbreng geen gift is. Deze kan daarmee ook niet van invloed zijn op de omvang van een legitieme portie en de inbreng is evenmin vatbaar voor inkorting door de legitimaris.

De opvattingen in de literatuur op dit punt lopen uiteen.⁶⁹⁰ Sommigen zijn eveneens van mening dat geen sprake is van een gift, terwijl andere die juist wel aanwezig achten, bijvoorbeeld omdat het APV⁶⁹¹ door de inbreng in staat wordt gesteld om zijn doel te vervullen:

688 Indien het APV een rechtspersoon is, zoals een stichting, speelt dit bezwaar uiteraard niet.

689 Vergelijk Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 7.12.6.

Indien men uitgaat van een geobjectiveerde bevoordelingsbedoeling (zie eerder in deze paragraaf) is een bevoordelingsbedoeling jegens het doelvermogen aan te nemen. Dit doet er echter niet aan af dat de daadwerkelijke intentie tot bevoordeling gericht is op de begunstigden.

690 Zie ook Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 7.2 – 7.4, die de verschillende voorafgaand aan de trustarresten van de Hoge Raad gehanteerde opvattingen met betrekking tot inbreng van vermogen in (irrevocable) discretionary trusts en uitkeringen daaruit weergeeft: de onafhankelijkheidsleer (waarin de trust een zelfstandige entiteit is), de verlengstukgedachte (waarbij de trust wordt gezien als verlengstuk van de settlor/inbrenger) en de aanmerking van de inbreng als een schenking onder opschortende voorwaarde (van het daadwerkelijk ontvangen van een uitkering) aan de beneficiaries.

691 Ik gebruik hier de generieke term APV, maar de desbetreffende auteurs hebben over het algemeen een specifieke rechtsfiguur, zoals de trust of de familiestichting voor ogen.

- Van Mens⁶⁹² lijkt aannemelijk dat de oprichter van een stichting geen vrijgevigheidsbedoeling heeft. De stichting wordt door de oprichter tot medium gemaakt om vrijgevigheid te bewerkstelligen op de wijze die tot uitdrukking is gebracht in de doelomschrijving van de stichting. Derhalve kan de afzondering van vermogen in de stichting niet als schenking worden aangemerkt.
- Veltman⁶⁹³ is van mening dat de inbreng in een familiestichting een gift kan zijn aan de stichting zelf, dan wel aan de (potentiële) begunstigden van deze stichting. In het laatste geval is van belang of de begunstigden afdwingbare rechten hebben of slechts een blote verwachting. Slechts indien sprake is van meer dan een blote verwachting, ziet Veltman een gift aan de begunstigde. Hij geeft aan dat de familiestichting wellicht te zien is als een soort doorgeefluik, aangezien deze de verplichting opgelegd heeft gekregen om het vermogen weer uit te keren aan de begunstigden. Hij werpt daarbij ook de vraag op of de stichting verrijkt is, aangezien zeker is dat de inbrenger uiteindelijk geen bevoordeling van de stichting heeft beoogd, maar van de begunstigden. Daarentegen kan ook worden betoogd dat de stichting is verrijkt, omdat zij om niet vermogen heeft verkregen waarmee zij haar doelstelling kan vervullen. Het antwoord op de vraag of de inbreng in een familiestichting een gift aan de stichting is, is in de ogen van Veltman niet eenduidig te beantwoorden, maar een bevestigende beantwoording is zijns inziens zeker niet uit te sluiten. Tot slot geeft hij aan zelf van mening te zijn dat, in de situatie waarin geen sprake is van afdwingbare rechten voor begunstigden, zich een gift aan de familiestichting voordoet, omdat zij door het ingebrachte vermogen in die zin is verrijkt, dat zij haar doel beter kan vervullen.
- Burgerhart⁶⁹⁴ meent dat indien aan de inbreng in een familiestichting de verplichting verbonden is om het verkregen vermogen aan een door de inbrenger aan te wijzen derde over te dragen, de stichting niet bevoordeeld wordt, maar juist deze derde. De stichting is een tussengeschoven lichaam. Zonder een dergelijke verplichting kan de familiestichting wel als begiftigde worden aangemerkt. Voor giften aan derden waarbij de stichting als doorgeefluik fungeert, ziet hij civielrechtelijke transparantie van de stichting als oplossing, waarbij de uitkering door de stichting ook weer wordt aangemerkt als zijnde afkomstig van de inbrenger.

692 K.L.H. van Mens, *Civilrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Kluwer Deventer, dissertatie 1985, pagina 212 – 213.

693 P.F. Veltman, *De familiestichting; civiele en fiscale aspecten*, in: *De familiestichting* (preadvis voor de vereniging van Estate Planners in het Notariaat), Sdu Den Haag 2004, paragraaf 2.2, alsmede (stelliger) paragraaf 2.5.7.2.

694 W. Burgerhart, *Algemeen inventariserende/beschrijvende inleiding*, in: *De familiestichting* (preadvis voor de vereniging van Estate Planners in het Notariaat), Sdu Den Haag 2004, paragraaf 5.2.3.

- Ook Waaijer – Linders⁶⁹⁵ stelt de vraag of de inbreng van vermogen in, in dit geval, een als APV functionerende Nederlandse stichting gezien moet worden als een gift die in aanmerking genomen moet worden bij de berekening van de legitieme portie. Zij constateert dat de inbrenger verarmt en dat hij handelt uit vrijgevigheid, zodat het, aannemend dat geen afdwingbare rechten voor anderen ontstaan, de vraag is of de stichting verrijkt, in aanmerking nemend dat het in de stichting afgezonderde vermogen niet bestemd is voor de stichting zelf. Naar de mening van Waaijer – Linders is de stichting weldegelijk verrijkt, zij het tijdelijk en onder voorwaarden, omdat tot het moment van daadwerkelijke uitkering het vermogen zowel juridisch als economisch tot het vermogen van de stichting wordt gerekend. Voorts wijst zij op de trustarresten van de Hoge Raad, waarin de Hoge Raad bij inbreng in een irrevocable discretionary trust de trust zelf aanmerkte als bevoordeelde. Zij acht deze fiscale kwalificatie ook toepasselijk in het civiele recht. Derhalve kan sprake zijn van een gift met het vooruitzicht dat daardoor legitimarissen benadeeld worden, waarbij het haars inziens mede zal afhangen van de omvang van het ingebrachte vermogen ten opzichte van het vermogen dat de inbrenger nog overhoudt of daar sprake van is. Naar haar mening is dat in elk geval zo, indien de inbrenger zijn gehele vermogen inbrengt.

Zoals reeds volgt uit hetgeen ik hiervoor heb opgemerkt over verrijking van het APV door de inbreng, deel ik de mening van Waaijer – Linders niet, zowel wat betreft haar conclusie als wat betreft de stelling dat het oordeel van de Hoge Raad in de trustarresten te dier zake ook toepasbaar zou zijn in het civiele recht.⁶⁹⁶ Ook kan men naar mijn mening wel wat afdingen op de veronderstelling dat het ingebrachte vermogen tot het moment van uitkeren juridisch en economisch tot het vermogen van de APV-stichting gerekend wordt. Hoewel het inderdaad zo is dat de stichting juridisch rechthebbende is, is dit in economische termen naar mijn mening niet zo. Hoewel de stichting wel economisch eigenaar zal zijn,⁶⁹⁷ vanwege het ontbreken van een ander met een zodanig belang dat die de economische eigendom heeft, staat tegenover dit vermogen de (per definitie) even grote verplichting om dit op enig moment uit te keren. In het geval van een trust is de stelling overigens sowieso niet houdbaar: de trustee is dan slechts legal owner.

695 Waaijer – Linders, WPNR 2010/6848, paragraaf 6.2.

696 Mijs inziens hebben deze slechts betekenis in fiscale context, althans de context van de Successiewet. De Hoge Raad overweegt overigens ook zelf dat het de systematiek van de Successiewet is die niet toestaat dat iemand zich zonder de heffing van schenkingsrecht van zijn vermogen ontdoet en de door de Hoge Raad aangevoerde oplossing beperkt zich naar mijn mening dan ook tot deze context.

697 Men is economisch eigenaar indien men het volledige risico om waardemutaties, het volledige risico van tenietgaan en het volledige genot van een goed heeft. Indien er niemand is die aan deze criteria voldoet en aldus economisch eigenaar is, is de juridische eigenaar van een goed tevens de economische eigenaar hiervan (zie De Leeuw 2018, hoofdstuk 2 en paragraaf 2.5 voor een definitie van economische eigendom).

- Roelofs⁶⁹⁸ is van mening dat de inbreng van vermogen in (onder meer) een irrevocable discretionary trust niet kwalificeert als een gift. Weliswaar is sprake van verarming van de settlor, maar (nog) niet van verrijking van de beneficiaries, aangezien zij nog niets ontvangen hebben, noch een aanspraak hebben gekregen. Ook is Roelofs van mening dat een bevoordelingsbedoeling van de settlor jegens de beneficiaries niet zonder meer mag worden aangenomen, aangezien de settlor zich weliswaar uit vrijgevigheid verarmd heeft, met oog op verrijking van de beneficiaries, maar hij deze verrijking op het moment van de inbreng nog niet heeft gewild. De settlor wil deze verrijking pas op het moment dat de trustee een uitkering doet. Derhalve is geen sprake van een gift aan de beneficiaries. Ook is geen sprake van een gift aan de trustee, aangezien deze niet ten eigen bate verrijkt is; de trustee heeft slechts het legal interest van het ingebrachte vermogen verkregen. Voorts ontbreekt de bevoordelingsbedoeling jegens de trustee en heeft de trustee niet de bedoeling gehad zich te laten verrijken. Het toepassen van de benadering van de Hoge Raad in de trustarresten lijkt hem ten slotte niet aan de orde, aangezien (i) de trust gezien het ontbreken van rechtspersoonlijkheid niet kan optreden als contractspartij, de trust als doelvermogen verkrijgt in civielrechtelijke zin niets, (ii) de toerekening van vermogen aan de trust in de arresten betrof slechts een fiscale fictie, die civielrechtelijk gezien niet correct is en (iii) ook als men zou aannemen dat de trust het trustvermogen verkregen heeft, dan is nog geen sprake van een verrijking, en bovendien heeft de settlor de trust niet willen verrijken.
- Van Hoepen⁶⁹⁹ bespreekt de inbreng van vermogen in een irrevocable discretionary trust en in het kader daarvan of deze inbreng een gift kan zijn aan de verschillende bij de trust betrokken partijen: de trust, de trustee en de beneficiaries. Zijns inziens is geen sprake van een gift aan de trust. Het kwalificeren van een irrevocable discretionary als een doelvermogen in het civiele recht, zoals de Hoge Raad in fiscale zin in de trustarresten gedaan heeft, is niet wenselijk en ook niet mogelijk. Het is de trustee die de juridische eigendom van de ingebrachte goederen verkrijgt en niet de trust. De trust als zodanig, voor zover deze überhaupt kan bestaan, heeft niet bijgedragen aan de totstandkoming van een gift tussen de settlor en de trust. De settlor heeft voorts, hoewel hij zeker is verarmd, ook geen moment enige bevoordelingsbedoeling jegens de trust gehad. Naar de mening van Van Hoepen is evenmin sprake van een gift aan de trustee of aan de beneficiaries.⁷⁰⁰

Het voorgaande illustreert dat de eventuele kwalificatie van de inbreng van vermogen

698 Roelofs 2011, pagina 90 – 91 en 87 – 88.

699 A.J. van Hoepen, Never trust a trust, WPNR 2014/7008, paragraaf 5.

700 Zie voor tegenspraak op het laatste punt W. Loof, Reactie op "Never trust a trust" van A.J. van Hoepen in WPNR 2014/7008, WPNR 2014/7028, paragraaf 3, alsmede het naschrift van Van Hoepen.

in een trust als gift, een onderwerp is waar verschillend over gedacht kan worden. Van civielrechtelijke jurisprudentie die duidelijke richting kan geven op dit punt is voorsnog geen sprake. De enige mij bekende uitspraak met betrekking tot deze problematiek is een uitspraak van hof Arnhem-Leeuwarden van 4 september 2018.⁷⁰¹

Deze zaak betreft een erflaatster, die drie kinderen achterlaat. Kinderen 1 en 2 zijn benoemd tot erfgenamen, terwijl aan kind 3 een legaat is gemaakt ter grootte van zijn legitieme portie. Voorts heeft de erflaatster vrij kort voor haar overlijden een bedrag van ruim € 3 miljoen ingebracht in een Liechtensteinse Stiftung. Zij was zelf tot aan haar overlijden begunstigde (Erstbegünstigung) en daarna waren kind 1 en kind 3 gezamenlijk begunstigten, ieder voor de helft (Nachbegünstigungen). Helaas vermeldt de uitspraak geen details over de aard van deze begunstigingen, anders dan dat kind 3 op enig moment het bestuur van de Stiftung om een uitkering van significante omvang heeft verzocht en dit verzoek is toegewezen.

Het hof overweegt allereerst dat het Nederlandse recht een uitkeringsverbod voor stichtingen kent, zodat in de regeling van de legitieme portie een specifieke bepaling ontbreekt voor een situatie als in het geding is, te weten waarbij de erflaatster een bedrag in een buitenlandse stichting heeft ingebracht, zij aanvankelijk zelf de exclusieve begunstigde was en na haar overlijden kind 1 en kind 3 dat zijn geworden. Interessant is de mening van het hof dat derhalve de regeling van de legitieme portie een zodanig aanpassing behoeft aan het buitenlandse element, dat de ratio en opzet van deze regeling tot hun recht komen. In dit kader komen twee aspecten van de legitieme portie aan de orde:

- (a) De inbreng van het vermogen door de erflaatster. Kind 3 heeft ten aanzien daarvan betoogd dat deze inbreng een schenking is, waarmee bij het bepalen van de omvang van zijn legaat rekening gehouden moet worden. Het hof overweegt dienaangaande dat kind 3 niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom er geen verband zou bestaan tussen het door de erflaatster ingebrachte bedrag en de omstandigheid dat zij aanvankelijk de exclusieve begunstigde was en na haar overlijden kind 1 en kind 3 dat zijn geworden. De inbreng wordt door het hof daarom niet aangemerkt als een schenking. Kennelijk gaat het hof er hierbij vanuit dat het zijn van begunstigde zodanig concrete aanspraken gaf, dat de inbreng van het vermogen als zodanig geen of weinig betekenis heeft en slechts de situatie voor en de aanspraken na de inbreng beoordeeld hoeven te worden.
- (b) De begunstiging van kind 1 en kind 3. Hieromtrent overweegt het hof dat, mede gelet op de aanpassing van de regeling van de legitieme portie aan het buitenlandse element, bij de berekening van de legitimaire massa de waarde

701 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7927.

van de Nachbegünstigungen ten behoeve van kind 1 en kind 3 in aanmerking genomen dienen te worden. Het gevolg hiervan is dat het legaat aan kind 3 op nihil gesteld wordt, omdat hij ten opzichte van zijn legitieme portie niets tekort komt. Ook hier lijkt het hof er uit te gaan van een vrij concrete aanspraak voor de begunstigden, in elk geval een zodanig concrete dat het desbetreffende aandeel in het door de Stiftung beheerde vermogen beschouwd kan worden als hem toekomend. Helaas wordt niet volledig duidelijk of de waarde waarvoor de begunstiging in aanmerking genomen wordt, de volle waarde van het desbetreffende aandeel in het vermogen is, of een geringere waarde.⁷⁰²

De richting die deze uitspraak geeft, is naar mijn mening slechts beperkt. Hoewel dit niet met zoveel woorden uit de weergegeven feiten of de overwegingen blijkt, lijkt in dit geval sprake te zijn van een Stiftung met geen of een slechts beperkte discretionaire bevoegdheid van het bestuur om al dan niet uitkeringen te doen en in welke verhoudingen. Het hof lijkt het beheerde vermogen te zien als toekomend aan de erflater tot aan haar overlijden en daarna toekomend aan kind 1 en kind 3. Voor zover een oordeel te vormen is, lijkt de Stiftung daarmee vergelijkbaar met een fixed trust. Indien sprake is van een afdwingbare aanspraak, kan het verkrijgen van die aanspraak mijns inziens als een schenking gezien worden van de insteller aan de begunstigde.⁷⁰³ Dit doortrekkend naar de situatie van de uitspraak zou de inbreng als zodanig een non-handeling zijn, omdat de inbrengster haar aanspraken om het vermogen volledig behoudt, en de verkrijging van de aanspraken door kinderen 1 en 3 een schenking inhoudt door de inbrengster aan hen.⁷⁰⁴

Dit zegt evenwel nog weinig over de kwalificatie van de inbreng in een discretionaire entiteit in het kader van de legitieme portie. In dat geval zijn er juist geen afdwingbare aanspraken en is kwalificatie van de begunstiging als schenking aan de desbetreffende begunstigden naar mijn mening niet mogelijk. Men komt dan toch terug op de vraag of de inbreng wellicht gezien kan worden als een schenking aan het APV zelf, een vraag waar het hof gezien de kennelijke aard van de Stiftung niet als zodanig op ingaat. Mogelijk kan in het oordeel van het hof gelezen worden dat, indien geen direct verband tussen de inbreng en de daarna ontstane begunstigingen zou bestaan, er ruimte zou zijn om de inbreng als een schenking aan te merken. De aanwezigheid van dit verband noemt het hof althans als reden waarom in casu juist geen sprake is van een schenking aan het APV.

702 De uitspraak van 4 september 2018 is een tussenarrest. Op 5 maart 2019 heeft het hof een tweede arrest gewezen (ECLI:NL:GHAMS:2019:1999), waarin wel ingegaan wordt op de waarde van de Nachbegünstigungen. Het lijkt erop dat het hof geen waardedrukkende factoren in aanmerking heeft genomen, maar aangezien niet alle genoemde bedragen te herleiden zijn, wordt dit nog steeds niet volledig duidelijk. Wel is duidelijk dat de waarde van de aanspraken van kind 3 zodanig zijn, dat hij zijn legitieme portie reeds ruim ontvangen heeft.

703 Zie in dit verband tevens paragraaf 14.2.2.

704 Aangezien hun begunstiging pas effectief wordt met het overlijden van de inbrengster, kan hier een parallel getrokken worden met een schenking onder opschortende voorwaarde.

Dit lijkt mij echter een magere basis voor de conclusie dat de inbreng in een discretionaire entiteit een schenking is en bovendien gaat deze conclusie dan zonder nadere onderbouwing voorbij aan de omstandigheid dat het APV niet bevoordeeld wordt, noch enige andere persoon. Nadere jurisprudentie specifiek op deze vraag ingaat is nodig voor een duidelijke conclusie. Naar mijn mening zou de uitkomst van een procedure over dit punt evenwel dienen te zijn dat de inbreng van vermogen niet als gift gezien moet worden, omdat niet voldaan is aan de hiervoor geldende constitutieve elementen. Desalniettemin lijkt mij ook niet ondenkbaar dat een rechter gezien de mogelijke onwenselijk geachte consequentie van deze conclusie anders zou oordelen. Dit lijkt mij evenwel niet juist en leidt in mijn ogen niet tot een consistente systematiek.

Indien men zeker zou willen stellen dat de inbreng in een APV ook civielrechtelijk als gift wordt aangemerkt of althans als zodanig wordt behandeld, lijkt een wettelijke regeling mij op zijn plaats. Daarbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan een vorm van civielrechtelijke transparantie van het APV, vergelijkbaar met de APV-regeling, met als groot bezwaar dat dit erg ver gaat en in hoge mate de civielrechtelijke consequenties van bepaalde, al dan niet buitenlandse, rechtsfiguren miskent.⁷⁰⁵ Een gelijkstelling van de inbreng met een gift, bijvoorbeeld voor de legitieme portie, maakt dan minder inbreuk op het systeem. Wel roept dit dan weer vragen op of er niet meer situaties zijn waarin een dergelijke gelijkstelling wenselijk zou zijn (wellicht het faillissementsrecht), zodat met deze benadering gemakkelijk het risico bestaat dat men zich op glad ijs begeeft.

8.6.2 Kwalificatie van de inbrenghandeling bij Nederlandse stichting

Zoals hiervoor in paragraaf 8.6.1 betoogd, kwalificeert de inbreng in een APV mijns inziens niet als gift, vanwege het ontbreken van een verrijking van enige persoon op het moment van de inbreng.⁷⁰⁶ De vraag rijst dan, hoe de inbrenghandeling wel gekwalificeerd zou kunnen worden, althans indien het APV een Nederlandse stichting is en de inbrenghandeling door Nederlands recht beheerst wordt.

De verschillende mogelijke titels voor inbreng overwegend, komt er naar mijn mening slechts één in aanmerking voor de inbreng in een APV: beheer. Aan de criteria gesteld aan andere mogelijke titels wordt mijns inziens niet voldaan en kan ook niet voldaan worden. Beheer is echter een belangrijk element, zo niet het belangrijkste, van de functie van een APV. Vanuit het beheersperspectief vertoont de overdracht van vermogen ook bepaalde parallellen met certificering: er wordt vermogen overgedragen

705 Het valt bovendien te verwachten dat kwalificatieverschillen met het buitenlandse recht weer hun eigen problemen zullen oproepen.

706 Het zou overigens mogelijk zijn om de inbrenghandeling te construeren als schenking, door de verplichting tot het doen van uitkeringen slechts betrekking te laten hebben op bijvoorbeeld 90% van de waarde van het ingebrachte vermogen en de resterende 10% aan de stichting te laten ter vrije besteding aan een secundair doel. Ik ga er evenwel vanuit dat dit doorgaans niet beoogd zal zijn en ga dus verder niet op deze mogelijkheid in.

aan een ander, die zelf geen economisch belang bij dit vermogen verkrijgt, maar dit beheert ten behoeve van een of meer derden.

Een belangrijk verschil tussen een APV en een STAK is uiteraard dat bij certificering vaststaat wie gerechtigd is tot het door de STAK beheerde vermogen, te weten de certificaathouder. Bij een discretionair APV ontbreken vooralsnog de concrete gerechtigden tot het APV-vermogen en kan men slechts zeggen dat de klasse van (huidige en toekomstige) begunstigden als geheel een aanspraak op dit vermogen heeft. Het verschil is overigens minder groot dan men wellicht op het eerste gezicht zou denken. Weliswaar heeft de certificaathouder een concreet vorderingsrecht, maar indien de voorwaarden waaronder certificering heeft plaatsgevonden (zeer) restrictief zijn, bijvoorbeeld doordat de certificaten niet of beperkt overdraagbaar zijn, de certificaten niet royeerbaar zijn, de STAK niet verplicht is om inkomsten direct door uit te keren naar de certificaathouder en/of de certificaathouder geen of beperkte zeggenschap heeft over het functioneren van de STAK, dan kunnen de mogelijkheden voor de certificaathouder om zijn certificaat te verzilveren behoorlijk uitgehold worden. Het is zelfs denkbaar dat een certificaathouder in feite geen uitkeringen ontvangt en ook geen vervreemdingswinst kan realiseren, zodat zijn situatie eigenlijk niet zo veel gunstiger hoeft te zijn dan die van een begunstigde van een APV zonder afdwingbare aanspraak.⁷⁰⁷

Een vraag is in hoeverre het ontbreken van een persoon die nakoming van de verplichting, tot het (op enig moment) doen van uitkeringen, die bij de inbreng met het APV is overeengekomen, kan afdwingen een probleem is. Men kan wellicht betogen dat dit tot gevolg heeft dat de aan de inbreng ten grondslag liggende beheersovereenkomst in dat geval niet geldig is. Zelfs indien dit zo zou zijn, is het eventuele probleem mijns inziens oplosbaar. Voor deze oplossing kan gekeken worden naar één van de vereisten voor het geldig in het leven roepen van een (express) trust: de law against perpetuities, die erop neerkomt dat de trust slechts gedurende een bepaalde (zij het wellicht zeer lange) periode mag bestaan en dat aan het einde van deze periode alle aanspraken op het trustvermogen moeten vaststaan.⁷⁰⁸ Op vergelijkbare wijze kan bij de inbreng van vermogen in een APV-stichting overeengekomen worden dat na een bepaalde periode, bijvoorbeeld 100 jaar, uitkering van het op dat moment aanwezige vermogen plaats dient te vinden.⁷⁰⁹ Op deze manier zijn na verloop van de desbetreffende periode personen

707 Een verschil is nog wel dat het certificaat voor vererving vatbaar is, terwijl de begunstigde van het APV in dit geval geen aanspraak heeft die kan vererven.

708 Zie paragraaf 8.2.3.5.

709 Met dien verstande dat de law against perpetuities niet hoeft te betekenen dat de trust aan het einde van de perpetuity period eindigt. De trust kan ook blijven voor bestaan gedurende de periode waarin de aan het einde van de perpetuity period vaststaande aanspraken tot uitvoering gebracht worden, zoals de uitkering van vruchten aan de life tenant tot aan diens overlijden in geval van een life interest trust, gevolgd door de uitkering van het vermogen aan de remaindermen. Het doen uitkeren van het vermogen van een APV-stichting na een bepaalde periode brengt dus een nog iets scherpere beëindiging van het APV met zich. Uiteraard zou ook bij de APV-stichting bepaald kunnen worden

aanwezig met een concrete aanspraak en zijn er dus altijd een of meer personen die, zij het pas na verloop van tijd, het APV zo nodig kunnen dwingen tot nakoming van de verplichtingen uit diens overeenkomst met de inbrenger.

Ten slotte kan men zich de vraag stellen wat de consequenties zijn indien de inbrenghandeling door de inbrenger en het APV wordt aangemerkt als schenking, althans een gift, maar uiteindelijk inderdaad de conclusie is dat van een schenking geen sprake kan zijn, omdat niet aan de hieraan gestelde criteria voldaan is. Tenzij men tot een conversie van de aan de inbreng ten grondslag liggende titel in een andere titel zou kunnen komen, hetgeen naar mijn mening dan de titel van beheer zou moeten zijn, is de consequentie dat de titel niet geldig is en de overdracht van het vermogen aan het APV niet heeft plaatsgevonden.⁷¹⁰ Dat maakt dat het antwoord op de vraag, hoe de inbreng van vermogen in een APV-stichting gekwalificeerd dient te worden, van groot belang is.

8.6.3 Benadeling van de legitimaris door inbreng

De vraag of de inbreng gezien moet worden als een gift is bovendien slechts stap één. De legitimaris die de inbreng in aanmerking wil nemen bij het berekenen van zijn legitieme portie en deze eventueel zelfs wil inkorten zal nog een tweede horde moeten nemen, te weten de kwalificatie van de inbreng als een gift in de zin van artikel 4:67 BW. Zoals hiervoor reeds aangenomen komt in mijn ogen, aannemend dat de inbrenger zorgvuldig genoeg gepland heeft en voldoende geluk heeft gehad om langer dan vijf jaar na de inbreng te overlijden, slechts de categorie giften onder a in beeld, waar de inbreng eventueel onder gebracht kan worden. Dit betreft de giften die kennelijk gedaan en aanvaard zijn met het vooruitzicht dat daardoor legitimarissen worden benadeeld. Ik zal hierna spreken van de “benadelende gift”. De parlementaire toelichting op deze bepaling is helaas summier, hetgeen ertoe leidt dat geen duidelijke interpretatie hiervan voorhanden is.

De tekst van het Ontwerp Meijers luidde op dit punt:

- a. *giften, die kennelijk zijn gedaan met de wetenschap, dat daardoor legitimarissen worden benadeeld;*⁷¹¹

In de Toelichting Meijers was bij deze oorspronkelijke bepaling opgemerkt dat voor een benadelende gift bewezen diende te worden dat op het ogenblik van de gift reeds

dat het vaststaan van afdwingbare aanspraken op de einddatum voldoende is, waarbij de afwikkeling van die aanspraken nog na die einddatum kan plaatsvinden.

710 Artikel 3:84 lid 1 BW.

711 Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: vaststellingswet boek 4; erfrecht, C.J. van Zeben, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer, Kluwer Deventer 2002, pagina 407.

vaststond dat de gift boven het beschikbare deel van het vermogen van de gever uitging. Dit is derhalve een behoorlijk zware bewijslast.

Tijdens het wetgevend proces is zijn evenwel twee wijzigingen aangebracht namelijk in “gedaan en aanvaard” en “vooruitzicht” in plaats van wetenschap. Dit naar aanleiding van bezwaren van de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer dat sprake zou zijn van bewijsmoeilijkheden en dat rekening gehouden diende te worden met de positie van de begiftigde, als gevolg waarvan de Commissie de bepaling wilde schrappen.⁷¹² Ter toelichting van de wijzigingen is allereerst opgemerkt dat dit laatste gedaan is door het vereiste te stellen dat ook de begiftigde begreep dat de gift een of meer legitimarissen zou benadelen, terwijl voorts “wetenschap” is vervangen door “vooruitzicht”, aangezien het eerste in strikte zin genomen vrijwel nooit bewijsbaar zou zijn. De bepaling is evenwel gehandhaafd omdat zij naar de mening van de wetgever moeilijk gemist kon worden ter bescherming van legitimarissen tegen

sprekende gevallen van – gelet op de vermogensomstandigheden en vooruitzichten – zo exorbitante giften, dat het partijen wel duidelijk moet zijn geweest dat de schenker als gevolg van de gift zijn legitimarissen weinig of niets zou nalaten.

Een exacte maatstaf als overschrijding van een kwart van het vermogen van de erflater op het moment van de gift is bewust vermeden, omdat de wetgever als gevolg daarvan onbillijkheden en onoplosbare geschillen voorzag.⁷¹³

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer is ten slotte gevraagd of het aan te leggen criterium in het geval van een benadelende gift niet beperkt zou moeten blijven tot de omvang van de gift in combinatie met de omstandigheid dat de schenker zou moeten hebben begrepen dat de gift zou leiden tot de benadeling van legitimarissen. De eis dat ook de begiftigde dit had (kunnen) begrijpen zou te zwaar zijn. Dit laatste vereiste is evenwel gehandhaafd; de wetgever bleef van mening dat de benadelende giften beperkt zouden moeten blijven tot giften van een zodanig exorbitante omvang dat het partijen wel duidelijk moet zijn geweest dat de schenker als gevolg daarvan zijn legitimarissen weinig of niet zou nalaten.⁷¹⁴

Uit deze toelichting wordt derhalve weinig meer duidelijk dan dat zowel de schenker als de begiftigde zich bewust moesten zijn van de omstandigheid dat de gift de legitimarissen zou benadelen en dat daarvoor de omvang van de gift in relatie tot de omvang van het vermogen van de schenker, waarbij de gift een zodanige omvang moet hebben dat het partijen niet kan ontgaan dat de schenker onvoldoende vermogen

712 Kamerstukken II, vergaderjaar 1959/1960, 3 771, nr. 5, pagina 8, alsmede Parlementaire geschiedenis BW boek 4, pagina 409.

713 Parlementaire geschiedenis BW boek 4, pagina 411.

714 Parlementaire geschiedenis BW boek 4, pagina 420.

overhoudt voor de voldoening van de legitieme portie van zijn legitimarissen, (mede) bepalend is. Dit biedt derhalve weinig aanknopingspunten voor de interpretatie van de bepaling, aangezien de discussie zelden over de grensgevallen zal gaan.

Ook in de jurisprudentie komt artikel 4:67 sub a BW eigenlijk niet aan bod. De enige mij bekende uitspraak betreft die van Rechtbank Haarlem van 14 maart 2007.⁷¹⁵ Dit betrof een geschil tussen de kinderen/legitimarissen van Anton Heijboer en diens vier levensgezellen. De kunstenaar had de door hem vervaardigde kunstwerken overgedragen aan een VOF met de levensgezellen als vennoten, tegen een volgens de legitimarissen tegen een zodanig lage prijs dat sprake was van giften. De waardering daargelaten, heeft de rechtbank te oordelen over de vraag of de (eventuele) giften in aanmerking genomen moeten worden bij de berekening van de legitieme porties op grond van artikel 4:67 sub a BW. De rechtbank oordeelt op grond van de hiervoor weergegeven toelichting in de Eerste Kamer dat het relevante criterium niet is of partijen bij de gift zich bewust waren van de begiftiging en de daarmee samenhangende benadeling van de legitimarissen, maar of zij zich *daarvan bewust behoorden te zijn*.⁷¹⁶ Men kan zich afvragen of de rechtbank daarmee de lat voor de legitimarissen niet lager legt dan de wetgever voor ogen had. Kolkman lijkt in elk geval die mening toegedaan en staat een restrictieve interpretatie van artikel 4:67 sub a BW voor.⁷¹⁷

De vraag is dan wat het voorgaande betekent voor de inbreng van vermogen in een APV. De focus heeft in de parlementaire behandeling steeds gelegen op de disproportionele omvang van de gift in verhouding tot het totale vermogen van de schenker en niet op de intentie van partijen bij de schenking, wellicht omdat een expliciete intentie om legitimarissen te benadelen mogelijk wel aanwezig kan zijn, maar doorgaans niet te bewijzen is. Dan moet men terugvallen op de omstandigheid dat de inbrenger een zodanig gedeelte van zijn vermogen inbrengt, dat men er niet om heen kan dat diens legitimarissen benadeelt. Bij het gebruik van een APV als beschermingsfiguur lijkt een zodanig bewijs mij overigens wel haalbaar: om het APV als zodanig effectief te laten zijn, zou (nagenoeg) het volledige vermogen ingebracht moeten worden en in dat geval is een dergelijke wanverhouding aanwezig. Wellicht dat de inbrenger dit risico enigszins zou kunnen beperken door middel van een inbreng in tranches, zodat in elk geval de eerste tranches zijn vermogen niet zodanig aantasten dat hierdoor de voldoening van een theoretische legitieme portie in gevaar komt. Dan komt evenwel de vraag op, op welk moment het vooruitzicht van benadeling van de legitimarissen getoetst dient te worden. Ik zou zeggen op het moment van de (vermeende) gift, waarbij latere kennis bij partijen, en met name de begiftigde, niet relevant is. Desalniettemin lijkt het mij

715 Rechtbank Haarlem 14 maart 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA0703.

716 Zie rechtsoverweging 5.9.

717 W.D. Kolkman, Vier levensgezellen, twee legitimarissen en een kunstenaar, Tijdschrift Erfrecht 2007/2, paragraaf 4. Hij is het overigens in casu eens met toepassing van de bepaling.

niet zeker dat in een dergelijk geval de eerste tranches buiten schot zouden blijven, vanwege de omstandigheid dat bij de inbreng in een APV, zo niet daadwerkelijk sprake is van een vooropgezet plan, men snel de schijn van samenspanning tegen zal hebben, hetgeen zich in het oordeel van een rechter wellicht vertaalt in het in aanmerking nemen van alle giften.

De literatuur over artikel 4:67 sub a BW, zeker in relatie tot de inbreng van vermogen in een (vorm van) APV, is beperkt. Voorts lopen de meningen ook op dit punt uiteen:

- Ebben⁷¹⁸ meent dat uit de behandeling bij de Eerste Kamer volgt dat onder “kennelijk gedaan en aanvaard” verstaan moet worden dat zowel bij de erflater als de begiftigde de opzet tot benadeling bij de legitimaris aanwezig moet zijn en hij merkt voorts op dat van een zodanige benadeling tijdens het leven van de erflater nooit sprake kan zijn, omdat (i) het uiteindelijke vermogen van de erflater niet vaststaat en (ii) de legitimarissen bovendien tijdens het leven van de erflater nog geen aanspraak hebben. Zijns inziens zal de interpretatie in de praktijk uitkomen tussen twee uitersten: enerzijds dat *alle* giften benadelend zijn, omdat ten slotte uiteindelijk na overlijden de legitimaris benadeeld kan blijken te hebben en anderzijds dat niemand geacht kan worden een vooruitzicht van benadeling te hebben, zodat de eis zodanig streng is dat geen enkele gift er onder valt. Hij meent dat het voor een werkbare toepassing in de praktijk noodzakelijk is dat de wetenschap van benadeling bij de erflater verondersteld mag worden en dat daaraan bij de begiftigde geen al te hoge eisen mogen worden gesteld. Voorts is hij van mening dat de omvang van de gift met zich kan brengen dat de begiftigde een vooruitzicht van benadeling zou moeten vermoeden.⁷¹⁹
- Veltman⁷²⁰ merkt op dat het bij giften in de zin van artikel 4:67 sub a BW niet alleen moet gaan om de wetenschap van benadeling van de legitimaris, maar ook om een *opzettelijke* benadeling. Vanwege de formulering “kennelijk” dient dit objectief bekeken te worden. Het lijkt hem echter lastig om te bewijzen dat benadeling van legitimarissen het doorslaggevende motief is geweest bij een inbreng in een familiestichting. Bovendien is vereist dat de aanvaarding ook gedaan is met het opzettelijke doel van benadeling.
- Van Mourik⁷²¹ gaat in op een rechtsvraag met betrekking tot een erflater die

718 Zie E.W.J. Ebben, De positie van de langstlevende echtgenoot en de kinderen in het nieuwe erfrecht (dissertatie), Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2000, paragraaf 7.5.7.

719 E.W.J. Ebben, In de praktijk; Vooruitzicht van benadeling bij giften, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2002/3, pagina 37. In gelijke zin E.W.J. Ebben, De berekening van de legitimaire massa; voer voor juristen?, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2006/2, paragraaf 2.2.

720 Veltman, preadvies 2004, pagina 112, alsmede P.F. Veltman, De familiestichting en/in het erfrecht, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2004/6, paragraaf 2.2.2.

721 M.J.A. van Mourik, Rechtsvragenrubriek: Legitieme en stief(klein)kinderen, WPNR 2010/6828.

schenkingen van een zodanige omvang heeft gedaan, dat deze zelfstandig geen schending van de legitieme portie van zijn zoon inhouden, maar in combinatie met de inhoud van het, voorafgaand aan het doen van de schenkingen gemaakte, testament wel. Vraag is of voor de beoordeling of de giften onder artikel 4:67 sub a BW vallen rekening gehouden moet worden met de inhoud van het testament of niet. Van Mourik vult de toets ter zake als volgt in: (i) het gebruik van het woord “kennelijk” in de wettekst duidt op een objectivering en verwijst naar het redelijke oordeel van een buitenstaander, (ii) “gedaan en aanvaard” impliceert dat het oordeel zowel betrekking moet hebben op de schenker als op de begiftigde en (iii) “vooruitzicht” is zwakker van inhoud dan “bedoeling”. Met andere woorden: de vraag is of de schenker enerzijds en de begiftigde anderzijds naar objectieve maatstaven in redelijkheid moesten vermoeden dat de schenkingen de legitimaris zouden benadelen in zijn legitimaire positie. De omvang van de schenkingen⁷²² had in de ogen van Van Mourik de begiftigden in casu aan het denken moeten zetten en hij concludeert dat inderdaad sprake is van benadelende giften. De vraag of de inhoud van het testament hierbij nog een rol speelt wordt overigens niet beantwoord, maar ik zou menen van niet: de begiftigde zal hier in principe niet van op de hoogte zijn (althans dat leek in casu niet het geval), zodat dit gegeven niet gebruikt kan worden bij het invullen van de verwachting die de gift op de positie van de legitimaris kan hebben aan diens zijde.

- Roelofs⁷²³ is van mening dat, zelfs indien men echter zou aannemen dat de inbreng van vermogen in de trust kwalificeert als gift, artikel 4:67 sub a BW niet van toepassing is, omdat ook de begiftigde de bedoeling moet hebben gehad om de legitimaris te benadelen. Aangezien de trustee veelal in het buitenland gevestigd zal zijn en derhalve niet bekend is met het Nederlandse erfrecht en de legitieme portie, zal deze de inbreng niet aanvaarden met de bedoeling om legitimarissen te benadelen.⁷²⁴
- Waaijer⁷²⁵ acht ten slotte bij de toepassing van artikel 4:67 sub a BW van belang of aan de legitieme portie in combinatie met deze bepaling voldoende recht wordt gedaan en hij ziet deze categorie giften als één die misbruik probeert te

⁷²² Het betrof vier schenkingen van € 45.000 aan stief(klein)kinderen en één legitimaris, allen waren voor 1/5 erfgenaam. De omvang van de nalatenschap is niet bekend.

⁷²³ Roelofs 2011, pagina 90 – 91 en 87 – 88.

⁷²⁴ Roelofs 2011, pagina 93. Ik vind dit een wat gemakkelijke veronderstelling, die er vanuit gaat dat (i) de trustee geheel niet geïnformeerd zal worden over de achtergrond van de inbreng en (ii) zich als professionele trustee, waar veelal toch sprake van zal zijn, ook niet behoeft te verdiepen in de redenen van het instellen van een trust en de inbreng van een significant vermogen daarin. In de praktijk valt er op deze aanname derhalve naar mijn mening dus wel wat af te dingen. Zie voorts de hierna aangehaalde, tegenovergestelde, veronderstelling van Waaijer, die er juist vanuit gaat dat de trustee onderzoek doet naar de achtergrond van de trust en uit dien hoofde bekend zal zijn met de Nederlandse legitieme portie. Bij een APV dat een andere rechtsvorm heeft dan een trust, kan de (veronderstelde) kennis van de beheerder van het vermogen bovendien uiteraard weer geheel anders uitvallen.

⁷²⁵ Handboek Erfrecht (2020), B.C.M. Waaijer, paragraaf X.9.3.

bestrijden en waarbij een extensieve uitleg gepast is. Hij meent dat de bepaling zijn waarde kan bewijzen bij de inbreng van vermogen in een trust. De bepaling vereist zijns inziens ten minste de schijn van samenspanning, aangezien ook aannemelijk moet zijn dat de begiftigde begreep of had moeten begrijpen dat de gift legitimarissen zou benadelen. Waaijer neemt daarbij kennelijk zonder meer aan dat de inbreng als gift gekwalificeerd kan worden. Hij meent dat bij een buitenlandse trustee, zo men deze als begiftigde zou willen zien, een dergelijke schijn van samenspanning als regel aangenomen mag worden, aangezien een dergelijke trustee in het kader van zijn onderzoek naar de achtergrond van de trust geacht mag worden bekend te zijn met de legitieme portie.

Het voorgaande in aanmerking nemend, is mijns inziens niet met zekerheid te zeggen of de inbreng van vermogen in een APV binnen het bereik van artikel 4:67 sub a BW kan vallen. Uiteraard zal dit ook afhangen van de feitelijke omstandigheden. Het succesvol laten zijn van het APV als beschermingsfiguur impliceert echter dat de inbrenger (nagenoeg) zijn gehele vermogen in dient te brengen, aangezien het niet ingebrachte vermogen ter vrije beschikking zal komen van diegenen voor wie de bescherming is ingesteld. Dan is naar mijn mening in principe sprake van een zodanig exorbitante inbreng dat, aannemend dat de inbreng als gift gezien zou moeten worden, deze ook aangemerkt moet worden als benadelende gift.

8.6.4 Conclusie

Een legitimaris moet twee horden nemen, alvorens de inkorting van de inbreng in het APV mogelijk wordt: de kwalificatie van de inbreng als gift in het algemeen en vervolgens de kwalificatie van deze gift als een gift die in aanmerking genomen wordt voor de regeling van de legitieme portie. Voor dit laatste zal in veel gevallen noodzakelijk zijn dat sprake is van een de legitimaris benadelende gift.

Van deze twee horden die de legitimaris is de eerste mijns inziens verreweg het hoogst. Naar mijn mening is niet voldaan aan alle drie de constitutieve elementen van een gift, omdat de vereiste verrijking van het APV niet aanwezig is, nu het APV geen enkel economisch belang bij het ingebrachte vermogen heeft. Indien echter toch geconcludeerd zou moeten worden dat de inbreng in het algemeen een gift is, lijkt mij de kans dat deze tevens als een “benadelende gift” wordt aangemerkt aanmerkelijk, althans indien de omvang van de inbreng zodanig is, dat deze betrekking heeft op een significant deel van de waarde van het totale vermogen van de inbrenger. Dat dit laatste zich voordoet, ligt echter voor de hand, omdat het succes van het APV als beschermingsfiguur daar vanaf hangt.

Men zou kunnen zeggen dat de conclusie, dat geen sprake is van een gift en derhalve geen mogelijkheden op grond van de legitieme portie, vanuit het perspectief van de door

de wetgever gewenste bescherming van de legitimaris onwenselijk is. In tegenstelling tot bij certificering heeft de legitimaris bij een APV immers zelfs geen economische aanspraak meer, hoe zeer die in geval van certificering ook dichtgetimmerd mag zijn. Zijn aanspraken op een deel van de waarde van het vermogen van de erflater worden daarmee bij inbreng in een APV illusoir gemaakt. Niet volledig uit te sluiten lijkt dat een rechter om billijkheidsredenen anders zou beslissen, maar mijns inziens is het systematisch zuiver om geen gift te zien en dus inderdaad een gat in de bescherming van de positie van de legitimaris. Het is dan echter aan de wetgever om hier desgewenst iets aan te doen, waarbij naar mijn mening wel de vraag is in hoeverre dit mogelijk is zonder andere vragen of knelpunten op te roepen.

8.7 Conclusie

Een (discretionair) APV is mijns inziens geschikt om als beschermingsfiguur te fungeren, aangezien deze figuur de toetsing aan de beide in hoofdstuk 2 onder (a) genoemde civielrechtelijke toetsingscriteria voldoet. Allereerst kan met een APV in beginsel een duurzame bescherming van het in het APV gebrachte vermogen bewerkstelligd kan worden. In tegenstelling tot bij bewind en certificering is in dit geval geen scheiding van zeggenschap en economisch belang, aangezien de (potentiële) begunstigden van het APV nog geheel geen aanspraken hebben. Zij ontvangen slechts iets concreets indien de beheerder van het APV daartoe besluit. In zoverre is hun positie derhalve zwakker dan bij bewind of certificering.

Ook is een APV flexibel. De mogelijkheden hangen uiteraard samen met de specifieke rechtsvorm die gekozen wordt, maar in elk geval de Nederlandse familiestichting en de Anglo-Amerikaanse trust bieden een grote flexibiliteit. Het APV kan daarmee ingericht worden zoals de insteller dit wenst en ook deze flexibiliteit draagt bij aan de geschiktheid van het APV als beschermingsfiguur.

Het APV voldoet voorts aan het criterium dat een regeling bestaat of mogelijk is die het evenwicht tussen de bij het APV betrokken belangen bewaart. De precieze invulling hangt daarbij uiteraard af van de specifieke rechtsfiguur die als APV fungeert. Bij de in dit hoofdstuk besproken rechtsfiguren is al een groot verschil zichtbaar: bij de Nederlandse stichting is de wettelijke regeling vrij summier, maar kan de insteller door middel van regelingen in de statuten van de stichting en in de voorwaarden waaronder de inbreng plaatsvindt dit evenwicht waarborgen. De Anglo-Amerikaanse trust kent daarentegen reeds een gedetailleerde eigen regeling inzake de bevoegdheden en verplichtingen van de trustee en de rechten van de beneficiaries en hun mogelijkheden om de trustee tot de orde te roepen, waarmee het evenwicht tussen de verschillende bij de trust betrokken belangen gewaarborgd wordt. De settlor kan hierop door middel van de bevoegdheden die hij de trustee toekent en de verplichtingen die hij de trustee oplegt een nadere verfijning in aanbrengen.

Er is evenwel een aantal aandachtspunten bij het gebruik van een APV als beschermingsfiguur, althans bij bepaalde rechtsfiguren die als APV kunnen fungeren:

- (a) Het APV als beschermingsfiguur is mijns inziens gevoeliger voor gedeeltelijke ongedaanmaking door legitimarissen door middel van een beroep op hun legitieme portie, althans is vooralsnog onduidelijk of een legitimaris hiermee succesvol zou kunnen zijn. Mijns inziens zou een zuivere toepassing van de definitie van een gift met zich brengen dat de inbreng van vermogen in een discretionair APV civielrechtelijk “zweeft” tot het moment van uitkering of toekenning van een afdwingbare aanspraak, aangezien er tot dit moment wel een verarming van de inbrenger plaatsvindt, maar nog geen verrijking van een ander. Het lijkt me echter geen zekerheid dat een rechter in voorkomend geval niet zou oordelen dat met de inbreng toch sprake is van een schending van de legitieme portie. Dit is een aandachtspunt dat speelt ongeacht de rechtsvorm van het APV.
- (b) Bij de Nederlandse stichting als APV is van belang dat een goede beheersregeling getroffen wordt, om de flexibiliteit van de stichting te waarborgen en om zeker te stellen dat de begunstigten voor hun belangen kunnen opkomen (zie paragraaf 8.5). Dit is naar mijn mening echter meer een aspect om zorgvuldig te regelen en niet zozeer een bezwaar tegen het gebruik van de stichting als APV.
- (c) Bij trustachtige APV's speelt de vraag van erkenning onder het Haags Trustverdrag. Indien de trust onvoldoende nexus met een trustjurisdictie heeft, is de Nederlandse rechter niet gehouden om deze te erkennen (zie paragraaf 8.2.3.9), waarbij vooralsnog niet duidelijk is hoe groot het risico op niet-erkenning daadwerkelijk is. Indien een dergelijke nexus minder sterk is, hetgeen goed denkbaar is bij een Nederlandse settlor, dan kan dit aspect een reden zijn om een entiteit met rechtspersoonlijkheid als APV te gebruiken. Het probleem van eventuele niet-erkenning speelt dan niet.

Als men met deze aandachtspunten rekening houdt, kan een APV naar mijn mening echter als beschermingsfiguur fungeren.



9

Vergelijkende conclusie civiel recht

9 Vergelijkende conclusie civiel recht

Binnen dit civielrechtelijke deel heb ik drie beschermingsfiguren onderzocht. Ik heb daarbij deze beschermingsfiguren beschreven en bekeken op welke wijze een scheiding tussen zeggenschap en economisch belang wordt aangebracht. Voorts heb getoetst aan de in hoofdstuk 2 geformuleerde toetsingscriteria: (i) kan met de desbetreffende beschermingsfiguur een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang worden aangebracht en (ii) wordt bij de beschermingsfiguur het evenwicht tot de hierbij betrokken belangen (van de insteller, de rechthebbende en de beheerder) bewaakt, ofwel op grond van de wettelijke regels die de beschermingsfiguur beheersen, ofwel doordat de insteller de mogelijkheid heeft om hierin te voorzien. Pas indien een rechtsfiguur positief scoort op beide criteria, is deze naar mijn mening geschikt voor vermogensbescherming.

In de wijze waarop de verschillende besproken rechtsfiguren vermogen beschermen, is een zekere toename in effect te zien: testamentair bewind gaat het minst ver, aangezien de rechthebbende op het onderbewindgestelde vermogen de juridische en economische eigendom hiervan behoudt, terwijl slechts het beheer hierover bij de bewindvoerder komt te rusten. Certificering gaat een stap verder, doordat de juridische eigendom zich bij de STAK bevindt; de certificaathouder blijft evenwel de economische eigenaar van het vermogen en daardoor blijft een directe band tussen hem en het vermogen aanwezig. Bij het APV is zelfs dit laatste er niet meer, althans het APV kan zo worden opgezet dat slechts sprake is van begunstigden met niet meer dan een verwachting om op enig moment een uitkering te ontvangen, maar zonder concrete aanspraken. Er is in deze situatie geen directe (economisch) rechthebbende op het vermogen.

De effectiviteit van een rechtsfiguur als beschermingsfiguur hangt overigens naar mijn mening niet primair af van de mate waarop de (potentiële) rechthebbende op afstand van het vermogen wordt gezet. Het creëren van een grotere afstand geeft echter wel de mogelijkheid voor de insteller om langer over zijn graf heen te regeren. Bij bewind kan de eerste rechthebbende weliswaar (al dan niet tijdelijk) de beschikkingsmacht ontnomen worden, maar op enig moment zal het vermogen vererven en zal de bescherming vervallen. De insteller heeft bovendien geen of slechts beperkte invloed⁷²⁶ op wie het vermogen na overlijden van zijn directe erfgenaam verkrijgt. In het geval van certificering kan meer invloed door (althans namens) de insteller worden uitgeoefend. Weliswaar kan ook hier geen of slechts beperkte controle worden uitgeoefend op wie de certificaten na het overlijden van de directe erfgenaam van de insteller verkrijgt,⁷²⁷

726 Via een fidei-commissaire making zou de insteller enige invloed kunnen uitoefenen, zij het beperkt in de tijd, maar als gevolg hiervan zou het bewind als beschermingsfiguur jegens de directe erfgenaam/ legitimaris kwetsbaar worden voor aantasting door middel van de legitieme portie: in dit geval is sprake van een verkrijging onder een voorwaarde en daarmee van een inferieure making, zodat de legitimaris zijn legitieme portie vrij (en daarmee onbeschermd) kan verkrijgen (zie paragraaf 6.5).

727 Hier geldt hetzelfde bezwaar tegen een fidei-commissaire making als bij het bewind.

maar wel kan het bestuur van de STAK de mate waarin uitkeringen gedaan worden op de certificaten beïnvloeden. Voor zover het vermogen niet wordt uitgekeerd, blijft dit bewaard en beschermd voor volgende generaties, ook al kan niet bepaald worden wie de specifieke certificaathouders zullen zijn. Het APV biedt in dit verband de grootste flexibiliteit, aangezien de verkrijging van vermogen geheel buiten het erfrecht omgaat en de beheerder van het APV een zeer grote vrijheid heeft om te beslissen aan wie uitkeringen worden gedaan. Niet alleen kan de beheerder nu bepalen in welke mate uitkeringen worden gedaan, maar ook welke begunstigde deze zal ontvangen. Het APV biedt daarmee de grootste mogelijkheden om tot in de verre toekomst invloed te doen uitoefenen op de aanwending van het vermogen.

De bescherming die dit biedt is echter alleen reëel indien de legitimarissen van de insteller niet met een beroep op hun legitieme portie de instelling van de beschermingsfiguur geheel of gedeeltelijk omgedaan kunnen maken, dan wel de beschermingsfiguur anderszins voortijdig te beëindigen is. Op dit punt scoort het testamentair bewind ronduit slecht: na vijf jaar kan de rechthebbende de rechter verzoeken om opheffing van het bewind⁷²⁸ en aannemend dat de rechthebbende niet daadwerkelijk incompetent is om het vermogen zelf verantwoord te beheren ligt in de rede dat dit verzoek ingewilligd zal worden. Daarnaast zal de legitimaris bij een bewind in beginsel succesvol een beroep kunnen doen op zijn legitieme portie⁷²⁹. Als gevolg hiervan is de bescherming van het bewind in dergelijke situaties beperkt. In mijn ogen kan derhalve slechts certificering of een APV effectief als beschermingsfiguur fungeren.

Certificering houdt namelijk wel stand bij een beroep op de legitieme portie, althans indien de certificaten verkregen worden als erfgenaam en niet als legataris.⁷³⁰ Daardoor kan met certificering een duurzame scheiding tussen zeggenschap en economisch belang, en daarmee bescherming van het vermogen in kwestie, bewerkstelligd worden. Een vraagpunt bij certificering is mijns inziens wel hoe restrictief de voorwaarden van de certificering mogen zijn. Weliswaar heeft de Hoge Raad met betrekking tot niet-royeerbare certificaten geoordeeld dat een dergelijke certificering niet in zijn algemeenheid maatschappelijk onaanvaardbaar is, maar het lijkt mij goed denkbaar dat dit oordeel anders uitvalt indien de certificaten niet alleen niet-royeerbaar zijn, maar ook onoverdraagbaar en het bestuur van de STAK bovendien niet verplicht is om inkomsten uit het gecertificeerde vermogen direct door uit te keren naar de certificeerhouders.⁷³¹ Naar mijn mening dient men zich daarom te beperken bij het combineren van dergelijke restrictieve voorwaarden aan de certificering. Desalniettemin is het naar mijn mening mogelijk om met certificering te bewerkstelligen dat vermogen gedurende langere tijd beschermd wordt en waarbij het stamvermogen in stand blijft voor volgende

728 Zie nader paragraaf 6.4.

729 Zie paragraaf 6.5.3.

730 Zie paragraaf 7.14 en in het bijzonder paragraaf 7.14.5.

731 Zie hiervoor paragraaf 7.14.3.

generaties, ook al wordt het inkomen hieruit (al dan niet gedeeltelijk) uitgekeerd aan de certificaathouders. Vraag is bovendien in hoeverre dit laatste wezenlijk afbreuk doet aan de beschermingsgedachte: doel hiervan is immers het in stand houden van het stamvermogen en niet het onthouden van alle inkomsten hiervan aan degenen, die dit zonder de certificering van de insteller geërfd zouden hebben, als zodanig.

Ook door middel van een APV kan een langdurige bescherming van vermogen gecreëerd worden, waarbij zoals hiervoor opgemerkt meer flexibiliteit bestaat bij het bepalen wie het vermogen en/of de inkomsten hieruit zal genieten. Een APV lijkt echter kwetsbaarder voor een beroep op de legitieme portie dan certificering, althans het is niet zeker dat een inbreng van vermogen in het APV niet aangemerkt dient te worden als een gift, waarmee voor de regeling van de legitieme portie rekening gehouden dient te worden. Indien dit laatste het geval is, zal de inbreng vermoedelijk deels ongedaan gemaakt kunnen worden als gevolg van inkorting door de legitimaris.⁷³²

Naast de duurzaamheid van de verschillende beschermingsfiguren heb ik beoordeeld in hoeverre het evenwicht bewaard wordt of kan worden tussen de verschillende bij deze beschermingsfiguren betrokken belangen: (i) het belang van de insteller, in de vorm van het doel dat met de beschermingsfiguur wordt nagestreefd, (ii) het belang van de rechthebbende, wiens belang gelegen is in toegang tot het vermogen, maar ook in mogelijkheden om de beheerder te controleren en (iii) het belang van de beheerder, die zijn taak naar behoren moet kunnen vervullen. Alle drie beschermingsfiguren kunnen naar mijn mening deze toets doorstaan. In geval van bewind en van de Anglo-Amerikaanse trust is sprake van een (wettelijke) regeling die de bevoegdheden, rechten en verplichtingen van betrokkenen regelt en daarmee dit evenwicht bewaakt. Voor de stichting, zowel de STAK als de stichting die als APV fungeert, geldt dat de wettelijke regeling van de stichting slechts beperkte mogelijkheden voor het bewaren van het genoemde evenwicht heeft. De stichting is echter een zeer flexibele rechtsfiguur, zodat de insteller zelf de mogelijkheid heeft om door middel van regelingen in de statuten en de met de stichting gesloten certificerings- of inbrengovereenkomst alsnog een dergelijk evenwicht te bewerkstelligen.

Op grond van het voorgaande concludeer ik tot het volgende met betrekking de in hoofdstuk 2 geformuleerde civielrechtelijke toetsingscriteria:

- Het bewind is niet geschikt als beschermingsfiguur, alleen al omdat het doen opheffen hiervan door de rechthebbende te eenvoudig is. Het bewaren van het evenwicht tussen de betrokken belangen is wel goed geregeld.
- Certificering is geschikt om een duurzame scheiding tussen zeggenschap en

732 Zie nader paragraaf 8.6.

economisch belang te creëren. Ook kan voorzien worden in een regeling die het evenwicht tussen de betrokken belangen bewaakt. Daarmee is certificering geschikt als beschermingsfiguur.

- Een APV is eveneens geschikt als beschermingsfiguur, aangezien zowel aan de toets van duurzaamheid als de toets van evenwicht tussen de betrokken belangen voldaan is. Met een APV kan bovendien een grotere flexibiliteit bereikt worden in het bepalen wie uitkeringen ontvangt dan bij certificering het geval is. Daar staat tegenover dat onzeker is of de inbreng van vermogen in het APV wellicht gedeeltelijk ongedaan gemaakt kan worden door middel van een beroep op de legitieme portie, in welk geval de bescherming van het APV ook deels zou wegvallen.

Aangezien van de drie onderzochte beschermingsfiguren slechts certificering en APV geschikt zijn, zal in de hierna volgende fiscale analyse en het onderzoek naar eventuele fiscale knelpunten en de oplossing daarvan de nadruk liggen op deze figuren. Op testamentair bewind ga ik slechts beperkt in.

Daaraan voorafgaand wil ik evenwel nog kort ingaan op de vraag in hoeverre het mogelijk is om de verschillende besproken rechtsfiguren te combineren en of dit in de mate van bescherming die bereikt wordt iets toevoegt ten opzichte van toepassing van een enkelvoudige beschermingsfiguur:

- (a) Bewind en certificering zijn te combineren, doordat vermogen gecertificeerd wordt en de certificaten vererven, maar deze verkrijging bovendien onder bewind gesteld wordt. Deze combinatie biedt in zoverre extra bescherming, dat indien het bewind zou worden opgeheven, nog altijd de certificering resteert om het vermogen buiten de controle van de rechthebbende te houden.

Indien verkregen wordt als legataris in plaats van als erfgenaam, rijst de vraag in hoeverre dit een risico oplevert op een beroep op de legitieme portie. Mijns inziens is dit risico echter relatief: aannemend dat de legitimaris niet dermate zwak van vermogens is, dat hij niet in staat is om zelf in het beheer van het verkregen vermogen te voorzien als bedoeld in artikel 4:75 BW, maakt het bewind de making reeds inferieur, zodat de certificering niet tot additionele risico's leidt. Dit heeft tot gevolg dat de combinatie van bewind en certificering geen sterkere bescherming oplevert. Ten opzichte van enkel bewind is dat in zekere mate het geval, maar ten opzichte van certificering op zichzelf is sprake van een verzwakking: certificaten kunnen verkregen worden door de legitimaris zonder dat hem een beroep op zijn legitieme portie openstaan, maar een dergelijk beroep wordt wel mogelijk indien de certificaten onder bewind gesteld zijn. Bovendien kan men zich afvragen wat het beheer van certificaten, zeker als hieraan weinig zeggenschapsrechten verbonden zijn, toevoegt aan het

beheer van het vermogen door het bestuur van de STAK. Men doet er dan naar mijn mening beter aan om slechts voor certificering te kiezen en desgewenst de zeggenschap van de certificaathouder te beperken. Het bewind voegt overigens wel iets toe ter zake van uitkeringen op de certificaten, omdat het bewind hier ook op komt te rusten.

- (b) Bewind is niet te combineren met een APV. Bewind kan gezien artikel 4:153 BW slechts worden ingesteld over goederen die nagelaten worden. Het vermogen dat is ingebracht in het APV behoort echter juist niet meer tot het vermogen van de insteller en daarmee ook niet tot diens nalatenschap. Bewind hierover instellen is dus niet mogelijk.
- (c) De combinatie van certificering en APV is wel mogelijk: de insteller kan zijn vermogen allereerst certificeren en vervolgens de certificaten inbrengen in het APV. Het is echter de vraag of dit iets toevoegt. Het APV is weliswaar flexibeler dan certificering, maar het is niet zeker dat de inbreng van de certificaten niet in strijd is met de legitieme portie. Hier bestaat derhalve een bepaalde onzekerheid. Indien de legitimaris succesvol een beroep op zijn legitieme portie doet, verkrijgt hij bovendien een vordering in geld en hij is niet verplicht om genoegen te nemen met de ingebrachte certificaten in plaats daarvan.⁷³³ In deze situatie zou dus niet alleen de bescherming van het APV wegvallen, maar ook die van de certificering, voor zover de legitimaris de inbreng in het APV kan inkorten.

Ten opzichte van uitsluitend certificering biedt deze combinatie derhalve mogelijk minder bescherming, afhankelijk van hoe de rechter uiteindelijk zal blijken te oordelen over de samenloop tussen de legitieme portie en de inbreng van vermogen in een APV. Men kan van mening zijn dat de grotere flexibiliteit van het APV daar tegenop weegt. Het valt mijns inziens echter te betwijfelen of het beheer door het bestuur van de STAK dan nog iets toevoegt aan het beheer door de beheerder van het APV. Doorgaans zal men er naar mijn mening daarom goed aan doen om te kiezen voor ofwel de zekere duurzaamheid van certificering, in combinatie met toch een behoorlijke flexibiliteit, ofwel de grotere flexibiliteit van het APV.

Het combineren van de verschillende beschermingsfiguren is derhalve in bepaalde gevallen mogelijk, maar lijkt mij doorgaans niet aan te raden. Veelal zal de combinatie mijns inziens weinig toevoegen aan de gewenste bescherming, terwijl als gevolg hiervan juist de duurzaamheid van de bescherming onder druk wordt gezet. Indien men bescherming wenst, komt een keuze voor ofwel certificering, ofwel een APV, afhankelijk van de omstandigheden en voorkeuren in een bepaald geval, vermoedelijk in de meeste gevallen het beste aan deze wens tegemoet.

733 Zie Handboek Erfrecht (2020), B.C.M. Waaijer, paragraaf X.24.1.



III

FISCALE ANALYSE



10

Inleiding

10 Inleiding

In het voorgaande deel zijn de civielrechtelijke kenmerken van bewind, certificering en APV's geanalyseerd. In dit deel zal ik onderzoeken wat de fiscale gevolgen van het instellen van deze beschermingsfiguren zijn. De achterliggende gedachte is de toepasbaarheid van een beschermingsfiguur vanuit fiscaal perspectief: zelfs als deze figuur vanuit een civielrechtelijk perspectief de mogelijkheid biedt om een duurzame scheiding van juridische zeggenschap en economisch belang tot stand te brengen, dan kunnen de fiscale consequenties van dien aard zijn dat toepassing van de desbetreffende beschermingsfiguur “fiscale zelfmoord” impliceert. Vraag is derhalve in hoeverre de toepassing van een beschermingsfiguur leidt tot een verhoging van de belastingdruk en in het verlengde daarvan in hoeverre het gerechtvaardigd is dat dit het geval is. Niet ieder fiscaal knelpunt hoeft immers zonder legitieme reden te zijn; als het desbetreffende knelpunt bijvoorbeeld voortvloeit uit het tegengaan van misbruik, kan sprake zijn van een rechtvaardiging voor de aanwezigheid van een knelpunt.

In dit hoofdstuk zal ik dan ook niet alleen ingaan op de fiscale gevolgen van een beschermingsfiguur, maar ook op de vraag in hoeverre sprake is van fiscale knelpunten. Allereerst worden echter voor bewind, certificering en het APV de fiscale gevolgen besproken, waarbij de nadruk op de APV-regeling ligt. In beginsel wordt daarbij grotendeels geabstraheerd van de aard van de onderliggende goederen, met één uitzondering: aangezien certificering van aanmerkelijkbelang aandelen een zeer veel voorkomende figuur is, ga ik wel dieper op deze specifieke variant in. Als voorvraag behandel ik hierbij voorts kort de algemene aspecten van waardering, aangezien deze voor de fiscale behandeling van meerdere beschermingsfiguren van belang (kunnen) zijn. Ten slotte komen, voor zover geen sprake is van fiscale neutraliteit en dit een gevolg is van juridische onvolkomenheden in de wetgeving, de hieruit voortvloeiende fiscale knelpunten aan de orde. Daarbij bespreek ik tevens mogelijke oplossingen voor deze knelpunten.

Tot slot merk ik op dat de focus van dit deel ligt op de belastingen die in het kader van (de bescherming van) familievermogen van het grootste belang zijn: de schenk- en erfbelasting en de inkomstenbelasting. Desalniettemin is ook hier sprake van een beperkte uitzondering: aangezien een STAK of een APV ook belastingplichtig kunnen zijn in Nederland, wordt hier kort aandacht aan besteed. Voorts wordt ingegaan op de samenloop van dividendbelasting en inkomstenbelasting in geval van een APV.



11

Waardering

11 Waardering

Waarderingsaspecten kunnen spelen bij meerdere beschermingsfiguren, aangezien de vraag kan opkomen in hoeverre de last van een dergelijke beschermende maatregel van invloed kan zijn op de waarde waarvoor een goed, waarop deze last drukt, voor de belastingheffing in aanmerking genomen dient te worden. Ik ga derhalve kort in het algemeen op waarderingsaspecten in, alvorens de fiscale gevolgen van de verschillende beschermingsfiguren te bespreken. Ook in deze context ligt mijn focus op de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting.

Zowel de Wet IB 2001 als de Successiewet gaan, behoudens indien een speciale waarderingsmaatstaf geldt, uit van de waarde in het economische verkeer.⁷³⁴ De waarde in het economische verkeer als waarderingsmaatstaf is oorspronkelijk geïntroduceerd in de vermogensbelasting,⁷³⁵ ter vervanging van de begrippen “verkoopwaarde” en “geldswaarde”. De bedoeling was om hiermee tot een objectievere waarderingsmaatstaf te komen, getuige bijvoorbeeld de volgende passages uit de parlementaire geschiedenis:

Het komt de ondergetekende dan ook niet juist voor het beginsel de vermogensbestanddelen te schatten naar hun geldswaarde, voor het onderhavige ontwerp te bestendigen. Niet het subject dient de factor te zijn, welke primair bepalend is voor de waardering; veeleer dienen factoren welke in het maatschappelijk verkeer wortelen, bij de waardebepalingen op de voorgrond te worden gesteld. Dit meer objectieve uitgangspunt is tot uitdrukking gebracht in de voor het onderhavige ontwerp voorgestelde formulering, ingevolge welke de vermogensbestanddelen moeten worden geschat op de waarde welke daaraan in het economische verkeer kan worden toegekend. Aldus wordt de persoon van de vermogensbezitter als factor bij de waardering van te zijnen aanzien voor de vermogensbepaling in aanmerking te nemen objecten in betekenis teruggedrongen. [Onderstrepingen AEdL]⁷³⁶

en

De in de bestaande wet voorkomende ter zake gebezigde maatstaven verkoopwaarde en geldswaarde⁷³⁷ zijn in de voorgestelde bepaling vervangen door een criterium,

734 Zie bijvoorbeeld artikel 5.19 lid 1 Wet IB 2001 voor box 3, alsmede artikel 4.22 Wet IB 2001, dat onder omstandigheden de verkrijgingsprijs van aanmerkelijkbelangaandelen corrigeert naar de waarde in het economische verkeer. Voor de schenk- en erfbelasting is de waarde in het economische verkeer als waarderingsmaatstaf neergelegd in artikel 21 lid 1 SW.

735 Zie artikel 9 lid 1 Wet VB 1964 (eerste volzin). De formulering van artikel 5.19 lid 1 Wet IB 2001 is in essentie dezelfde.

736 Kamerstukken II vergaderjaar 1958/1959, 5380, nr. 5, pagina 7 (linkerkolom).

737 De subjectiviteit van dit laatste begrip komt (althans voor de vermogensbelasting) ook tot uitdrukking in de parlementaire geschiedenis: “[welk begrip] mogelijk in het algemeen het dichtst kan worden

omschreven als de waarde welke in het economische verkeer kan worden toegekend aan de in aanmerking te nemen vermogensbestanddelen. Met deze nieuwe terminologie is beoogd tot uitdrukking te brengen dat slechts de waarde in aanmerking komt die ook anderen dan de belastingplichtige aan een zelfde vermogensbestanddeel zouden toekennen, waarbij aandacht dient te worden geschonken aan alle van belang zijnde economische factoren. Door aldus voor de waardebepaling een objectieve maatstaf aan te leggen wordt bereikt dat, voor zover aan de in aanmerking te nemen vermogensbestanddelen een affectiewaarde kan worden toegekend, deze bij de waardering buiten beschouwing blijft. [Onderstrepling AEdL]⁷³⁸

Per 1985 is het begrip waarde in het economische verkeer ook geïntroduceerd in de Successiewet⁷³⁹. Het betreft hier in principe hetzelfde begrip als in de Wet VB 1964:

De huidige wet gaat voor de waardebepaling van het verkregene uit van de waardebegrippen verkoopwaarde en geldswaarde. In het wetsontwerp wordt voorgesteld deze begrippen te vervangen door het criterium waarde in het economische verkeer. Hiermee wordt in de successiewet hetzelfde waardebegrip ingevoerd als in andere heffingswetten zoals de Wet op de vermogensbelasting 1964 en de Wet op belastingen van rechtsverkeer. [Onderstreping AEdL]⁷⁴⁰

en

Gelet op het vorenstaande zal het duidelijk zijn, dat het begrip waarde in het economische verkeer ook in de Successiewet 1956 niet dezelfde betekenis zal hebben als in de onroerend-goedbelastingen. Er is echter geen enkele reden om te veronderstellen dat het begrip waarde in het economische verkeer in de Successiewet 1956 een andere betekenis zal krijgen dan bij voorbeeld in de Wet op de vermogensbelasting 1964. Bij het bepalen van de waarde voor de heffing van beide belastingen wordt thans reeds van dezelfde uitgangspunten uitgegaan. [Onderstreping AEdL]⁷⁴¹

Waarde in het economische verkeer als waarderingsmaatstaf is in de parlementaire toelichting bij de Wet IB 2001 evenwel nauwelijks meer nader toegelicht. In plaats daarvan wordt het begrip door de toelichting heen gehanteerd als zijnde voldoende

benaderd met: de waarde welke een vermogensbestanddeel heeft voor de belastingplichtige of, met andere woorden, met: de subjectieve gebruikswaarde.” (toevoeging AEdL), zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1958/1959, 5380, nr.5, pagina 7 (linkerkolom).

738 Kamerstukken II vergaderjaar 1958/1959, 5380, nr. 5, pagina 10 (linkerkolom). Voor nadere achtergrond van het begrip “waarde in het economische verkeer” zij voorts verwezen naar T.M. Berkhout, Waarde in het economische verkeer, Kluwer Deventer 2015, hoofdstuk 2.

739 Alsmede in de WBR, vergelijk artikel 9 lid 1 jo. 52 WBR. Aangezien ik de overdrachtsbelasting in principe niet bespreek, ga ik hier niet verder op in.

740 Kamerstukken II, vergaderjaar 1981/1982, 17 041, nr. 3, pagina 15.

741 Kamerstukken II, vergaderjaar 1981/1982, 17 041, nr. 6, pagina 22.

bekend. Uit bepaalde passages van de toelichting volgt dat aansluiting is gezocht bij de Wet VB 1964 en de in het kader van deze wet gewezen jurisprudentie.⁷⁴²

In de jurisprudentie wordt het begrip waarde in het economisch verkeer als volgt geïnterpreteerd door de Hoge Raad:

- Met betrekking tot de Wet VB 1964:⁷⁴³

*dat, ingeval het gaat om de waardering van zaken waarin geregeld handel wordt gedreven, als de waarde welke daaraan in het economische verkeer kan worden toegekend in het algemeen dient te worden aangenomen de verkoopprijs, waaronder moet worden verstaan de prijs, die bij aanbidding van de zaak ten verkoop op de meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meestbiedende gegadigde daarvoor zou zijn besteed;*⁷⁴⁴

- Een vergelijkbare formulering was reeds eerder gebezigd door de Hoge Raad in een arrest met betrekking tot de Successiewet:⁷⁴⁵

dat immers de verkoopwaarde van het tot de nalatenschap behorende onroerende goed niet - zoals zij vooronderstellen - moet worden vastgesteld op de hoogst toelaatbare tegenprestatie, [...] doch - naar het Hof met juistheid heeft overwogen - op den prijs die bij aanbidding ten verkoop op de voor het onroerende goed meest geschikte wijze na de beste voorbereiding op den dag van het overlijden der erflaterster door den meestbiedenden gegadigde besteed zou zijn;

- Ook na invoering van waarde in het economische verkeer als waarderingsmaatstaf is de Hoge Raad deze formule blijven hanteren, zie bijvoorbeeld HR 19 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5572, BNB 1994/89, HR 10 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA2015, BNB 1996/387 en HR 6 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AX0771, BNB 2007/194.

⁷⁴² Zie Kamerstukken II vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. A, pagina 84 – 85, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 7, pagina 525 en Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 17, pagina 263. Zie voorts het (inmiddels ingetrokken) besluit van 12 december 2003, nr. CPP2003/2145M, BNB 2004/94, punt 9.4, waarin de staatssecretaris bevestigt dat jurisprudentie, die onder de Wet VB 1964 gewezen is met betrekking tot begrippen als waarde in het economische verkeer, in beginsel van belang blijft voor het bepalen van de rendementsgrondslag in box 3.

⁷⁴³ HR 5 februari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AX5888, BNB 1969/63. Zie voor enig historisch perspectief Berkhout 2015, paragraaf 2.5.

⁷⁴⁴ R.P. van den Dool en S. van der Hoeven, Waardering van incurante aandelen voor de belastingheffing, Wolters Kluwer Deventer 2015, pagina 26 e.v., gaan in op enkele verschillen in de accenten die de Hoge Raad in deze formulering legt, vergeleken met een omschrijving in de parlementaire geschiedenis bij de Wet VB 1964.

⁷⁴⁵ HR 20 juni 1962, ECLI:NL:HR:1962:AX8065, BNB 1962/273. Het begrip waarde in het economische verkeer was in het desbetreffende jaar overigens nog niet ingevoerd in de Successiewet, dit gebeurde pas per 1985. In casu heeft het oordeel van de Hoge Raad derhalve betrekking op verkoopwaarde als waarderingsmaatstaf.

Deze interpretatie door de Hoge Raad van het begrip waarde in het economische verkeer is veelvuldig in de jurisprudentie herhaald en heeft zich aldus ontwikkeld tot de standaardformule voor de waarde in het economische verkeer. Deze formule is toepasbaar bij verschillende belastingen, waarvoor de waarde in het economische verkeer als waarderingsmaatstaf wordt toegepast, waaronder de schenk- en erfbelasting en de inkomstenbelasting. Jurisprudentie gewezen met betrekking tot de waarde in het economische verkeer, zoals voor de vermogensbelasting, heeft aldus ook voor andere belastingen betekenis.

Hoewel aldus sprake is van een redelijk uniform waarderingsbegrip, hoeft dit niet te betekenen dat waardering op deze basis steeds voor alle belastingen tot dezelfde waarde leidt. Het verschil in doelstelling tussen de verschillende belastingenwetten zou tot een verschil kunnen leiden. In dit kader zij verwezen naar het antwoord van de staatssecretaris op Kamervragen, die betrekking hebben op het verschil in betekenis van het begrip waarde in het economische verkeer tussen enerzijds de inkomstenbelasting en de vermogensbelasting en anderzijds gemeentelijke onroerendgoedbelastingen:⁷⁴⁶

[...], behoeven de woorden ‘waarde welke in het economische verkeer kan worden toegekend’, die voorkomen in verschillende belastingwetten [...] niet een gelijke betekenis te bezitten. Het begrip waarde dient te worden geïnterpreteerd binnen het kader van een concrete wetsbepaling, zodat doel en strekking van de wettelijke regeling optimaal gerealiseerd kan worden.

De staatssecretaris geeft bovendien aan dat de veronderstelling voor de hand ligt

dat de rechter in belastingzaken aan het begrip waarde in het economische verkeer al naar gelang het karakter van de belastingwetten waarin dit begrip gehanteerd wordt, een verschillende uitleg zal geven.

Kort daarna komt de Hoge Raad tot een hiermee in lijn zijnde overweging, in een zaak met betrekking tot (eveneens) gemeentelijke onroerendgoedbelastingen, waarin de belanghebbende onder meer bepleitte dat, in weerwil van een waarderingsvoorschrift dat invulling gaf aan het begrip waarde in het economische verkeer, aan dit begrip dezelfde interpretatie gegeven diende te worden als in de Wet IB 1964, de Wet VB 1964 en de Successiewet.⁷⁴⁷ De Hoge Raad overweegt dienaangaande:

dat echter het enkele feit dat de wetgever – overigens zonder nadere toelichting – in de onderwerpelijke bepaling omtrent de gemeentelijke onroerend-goedbelastingen een term heeft gebezigd die ook reeds in andere belastingwetten – met name in de Wet op de vermogensbelasting 1964 – voorkwam niet zonder meer wettigt aan te

⁷⁴⁶ Handelingen II, zitting 1976/1977, Aanhangsel, pagina 1882 (beantwoording Kamervraag 939).
⁷⁴⁷ Zie HR 22 februari 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2982, BNB 1978/121.

nemen dat die term in de onderwerpelijke bepaling noodzakelijk dezelfde betekenis moet hebben als in de andere wetten;

Bij deze passages dient echter naar mijn mening in gedachten gehouden te worden dat het gaat om het begrip waarde in het economische verkeer in de context van enerzijds onroerendgoedbelastingen en anderzijds inkomsten- en vermogensbelasting (en eventueel ook de Successiewet). Daarbij was c.q. is in de Wet IB 1964, de Wet VB 1964 en de Successiewet geen nadere invulling gegeven aan de waarde in het economische verkeer, noch in de wet zelf, noch in lagere regelgeving. In het geval van de onroerendgoedbelastingen was echter, in elk geval in de casus waar de Hoge Raad over oordeelde, wel sprake van een dergelijke invulling door middel van een waarderingsvoorschrift, dat aangaf dat gewaardeerd diende te worden naar de volle en onbezwaarde eigendom en uitgaand van de mogelijkheid van volledig eigen gebruik. Voorts heeft de wetgever zelf in de eerder in deze paragraaf aangehaalde parlementaire geschiedenis aangegeven geen reden te zien waarom de waarde in het economische verkeer van de Successiewet een andere is dan die van de Wet VB 1964.

Ik zou derhalve willen aannemen dat de waarde in het economische verkeer voor zowel de (huidige) inkomstenbelasting als de Successiewet, evenals de vermogensbelasting, hetzelfde geobjectiveerde waarderingsbegrip vormt, waarbij het specifieke karakter van een wet(sbepaling⁷⁴⁸) hoogstens aanleiding kan geven tot nuanceverschillen. Zwemmer maakt in dit verband een onderscheid tussen een vermogen in rust, dat zich verhoudt tot een specifieke eigenaar (voor de vermogensbelasting), en een vermogen dat op anderen overgaat door vererving en schenking.⁷⁴⁹ Aangezien het niet mijn bedoeling is om in het navolgende heel diep op specifieke aspecten van waardering in te gaan, zal ik ondanks deze mogelijke nuanceverschillen in beginsel uitgaan van één waarderingsbegrip.

748 Zo suggereert Berkhout dat ook sprake kan zijn van verschillen in de invulling van de waarde in het economische verkeer tussen de verschillende bepalingen van de Wet IB 2001 waarin dit begrip voorkomt (zie Berkhout, 2015, pagina 17). Zie evenwel Van den Dool en Van der Hoeven 2015, paragraaf 2.4, die een aantal bepalingen van de Wet IB 2001 noemen waarin de waarde in het economische verkeer genoemd wordt in het kader van winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden. Zij merken hierover op dat bij deze bepalingen als zodanig geen sprake is van een afwijkende benadering ten opzichte van de andere bepalingen van de Wet IB 2001 (voor de waardering van incurante aandelen): het gaat om de waarde die een willekeurige derde als hoogste geboden zou hebben in de gegeven omstandigheden.

749 H. Schuttevaër en J.W. Zwemmer, De Nederlandse successiewetgeving, Kluwer Deventer 1998, pagina 175. Zie voor verdere literatuur hierover de conclusie van A-G Niessen bij HR 6 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AX0771, BNB 2007/194, punten 3.17 – 3.27. Zie voorts Van den Dool en Van der Hoeven 2015, paragraaf 2.3. Zie voor een voorbeeld uit de jurisprudentie HR 10 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2295, BNB 1998/319, waaruit bij een waardering voor de vermogensbelasting volgt dat vermogensbestanddelen (in casu een aandelenpakket) een bepaalde functie kunnen hebben in het vermogen van de belastingplichtige (bijvoorbeeld die van belegging of van in een eigen onderneming gestoken vermogen), waarmee mogelijke gegadigden bij het uitbrengen van een bod rekening zullen houden, zodat hiermee ook rekening gehouden moet worden bij het bepalen van de waarde in het economische verkeer.



12

Fiscale gevolgen van testamentair bewind

12 Fiscale gevolgen van testamentair bewind

12.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op de fiscale aspecten van (testamentair) bewind. Vooropgesteld zij dat voor bewind noch in de Wet IB 2001, noch in de Successiewet een regeling getroffen is, voor wat betreft waardering of anderszins.

In aanmerking nemend dat in geval van bewind de rechthebbende juridische en economisch volledig tot deze goederen gerechtigd blijft, doch slechts beperkt wordt in zijn zeggenschap daarover,⁷⁵⁰ heeft het bewind mijns inziens geen gevolgen voor de kwalificatie van de desbetreffende goederen of inkomsten daaruit. Met andere woorden: er is geen sprake van een vorm van transformatie in een ander soort goed of inkomst, maar de kwalificatie hiervan is dezelfde als zonder het bewind het geval zou zijn. Dit aspect is overigens met name van belang voor de inkomstenbelasting⁷⁵¹.

Dit maakt dat het voornaamste eventuele fiscale gevolg van bewind gelegen is het eventuele waardedrukkende effect hiervan, hetgeen besproken wordt in de volgende paragraaf.

12.2 Waardering

Zoals hiervoor reeds aangegeven betreft de voornaamste vraag, die opkomt bij het gevolg van bewind op de belastingheffing, in hoeverre het bewind invloed heeft op de waarde waartegen een goed bij de bepaling van de verschuldigde belasting in aanmerking moet worden genomen. Aangezien deze vraag zowel relevant is voor de inkomstenbelasting als de schenk- en erfbelasting, behandel ik het waarderingsvraagstuk voor beide heffingen samen.

De rechthebbende zal vermoedelijk het bewind ervaren als een last, die hem belemmert in het ongestoorde genot van het onderbewindgestelde goed, zodat van het bewind een waardedrukkend effect uitgaat. Dit wordt veroorzaakt door de omstandigheid dat de rechthebbende (het grootste deel van) de zeggenschap over het desbetreffende goed ontbeert. In civielrechtelijke context heeft de wetgever ook rekening gehouden met een dergelijk waardedrukkend effect, getuige artikel 4:75 lid 5 BW, waarin bepaald wordt onder welke omstandigheden bij de vaststelling van een op de legitieme portie toe te rekenen waarde rekening gehouden kan worden met een bewind.

⁷⁵⁰ Zie nader paragrafen 6.1 en 6.2.

⁷⁵¹ Voor de Successiewet is slechts het moment van verkrijging (in casu door degene wiens goederen onder bewind gesteld zijn) relevant en dan met name de waarde die het goed op dat moment heeft. Behoudens voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van artikel 35b e.v. SW is de aard van het verkregen vermogen in principe van ondergeschikt belang. Op waarderingsaspecten wordt hierna ingegaan.

De fiscale behandeling van waardering bij een bewind wijkt hier evenwel vanaf. Weliswaar is niet wettelijk geregeld hoe met de last van een bewind omgegaan moet worden in het kader van belastingheffing, maar er is op dit punt wel jurisprudentie:

- (a) In zijn uitspraak van 22 juni 1955⁷⁵² oordeelde de Hoge Raad over een zaak betreffende de vermogensbelasting, met betrekking tot vermogen dat verkregen was onder de testamentaire last dat het gedurende 100 jaar beheerd zou worden, terwijl de erfgenamen en hun rechtverkrijgenden een evenredig deel van de revenuen zouden ontvangen gedurende deze periode. De Hoge Raad gaat in dit verband onder meer in op de vraag of de last tot gevolg kan hebben dat de eigendom in enig opzicht niet als volle eigendom kan worden beschouwd. Hij overweegt dat voor de heffing van vermogensbelasting geen rekening gehouden wordt met de last van een fideï-commis⁷⁵³ en dat de testamentaire last in kwestie hiermee gelijkenis vertoont, maar minder verstrekkend is. Derhalve wordt met de last geen rekening gehouden bij de waardering van de onderliggende goederen.
- (b) HR 22 januari 1958⁷⁵⁴, betreffende onder meer het effect van een bewind voor de waardering voor de vermogensbelasting. De Hoge Raad overweegt dat het bewind minder ver strekt dan een fideï-commis, aangezien men bij bewind nog bij testament over het vermogen kan beschikken. Voor met een fideï-commis bezwaard vermogen is in de wet geregeld dat met de last van het fideï-commis geen rekening gehouden mag worden. Het zou dan in strijd met de bedoeling van de wetgever zijn om bij vermogen onder de last van een (minder vergaand) bewind wel rekening te houden met de last van dit bewind. De Hoge Raad komt hiermee tot dezelfde overwegingen als in BNB 1955/283.⁷⁵⁵
- (c) In HR 18 oktober 1995⁷⁵⁶ sanctioneert de Hoge Raad het oordeel van het hof dat aan bewind geen waardedrukkend effect kan worden toegekend. Dit arrest betrof de heffing van successierecht.

Voorts zij in dit verband gewezen op een passage uit de parlementaire geschiedenis bij de Successiewet:⁷⁵⁷

⁷⁵² HR 22 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2525, BNB 1955/283.

⁷⁵³ Op grond van het op dat moment geldende artikel 4 Wet VB 1892 werd met een fideï-commis bezwaarde eigendom kennelijk gelijkgesteld met volle eigendom. Thans is een vergelijkbare regel voor box 3 opgenomen in artikel 5.4 lid 8 Wet IB 2001. Voor de schenk- en erfbelasting is er eveneens een dergelijke regeling, opgenomen in artikel 21 lid 2 SW.

⁷⁵⁴ HR 22 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AY1849, BNB 1958/89.

⁷⁵⁵ Zie voor een hofuitspraak waarin het hof op basis van dezelfde argumentatie tot het oordeel komt dat bewind geen waardedrukkend effect heeft voor de heffing van schenkingsrecht HR 23 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AX6916, BNB 1966/149 (dit aspect kwam in cassatie niet meer aan de orde).

⁷⁵⁶ HR 18 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1548, BNB 1996/10.

⁷⁵⁷ Kamerstukken II, vergaderjaar 1953/1954, 915, nr. 5, pagina 15 (rechterkolom).

Met betrekking tot de aangifte van fideï-commissair vermogen stellen de ondergetekenden voorop, dat de voorgestelde regeling — welke niet alleen gelijk is aan die van de bestaande wet, maar ook overeenstemt met de regeling bij de vermogensbelastingen en de heffingen ineens — ernaar hun oordeel terecht van uitgaat, dat principieel onderscheid bestaat tussen fideï-commissair vermogen en vermogen in vruchtgebruik. De bezwaarde eigenaar toch verkrijgt eigendomsrechten en niet, zoals een vruchtgebruiker, alleen maar genotsrechten. De bezwaarde mag dan ook, anders dan de vruchtgebruiker, onder bepaalde voorwaarden het fideï-commissair vermogen vervreemden en bezwaren (art. 1032 B. W.). Weliswaar is de bezwaarde in verschillende opzichten beperkt in de beschikking over zijn eigendom, doch dat feit kan op zich zelf geen afdoend motief vormen voor een andere schattingsmethode dan die voor volle eigendom. In dit verband zij herinnerd aan het feit dat ook bij goederen welke onder bewind staan (art. 1066 B.W.) de eigenaar in zijn beschikkingsbevoegdheid is beperkt, zonder dat zulks tot een afzonderlijk schattingsvoorschrift heeft geleid. [Onderstreping AEdL]

Hieruit kan mijns inziens geconcludeerd worden dat aan een bewind geen waardedrukkend effect kan worden toegekend, noch voor de heffing van schenk- en erfbelasting, noch voor de heffing van inkomstenbelasting.⁷⁵⁸

Hoewel de Hoge Raad deze argumentatie niet ten grondslag heeft gelegd aan zijn oordeel met betrekking tot (het ontbreken van) een waardedrukkend effect van bewind, past deze conclusie ook in de objectieve benadering van de waarde in het economische verkeer als waarderingsbegrip. Als men abstraheert van de persoon van de rechthebbende en slechts kijkt naar de prijs die een koper voor de onderbewindgestelde goederen over zou hebben, speelt het bewind geen rol meer (evenmin overigens dat het voorwaardelijke recht van de verwachter dat bij een fideï-commis zou doen). Hier is naar mijn mening sprake van een verschil met certificering, aangezien in het laatste geval de waardedrukkende factor deel uitmaakt van het te waarden goed zelf, het certificaat, terwijl in het geval van bewind sprake is van een aan de persoon van de rechthebbende, en niet aan het goed, verbonden factor.⁷⁵⁹

Desalniettemin lijkt mij denkbaar dat het niet in aanmerking nemen van een waardedrukkend effect als onbevredigend ervaren zal worden door de rechthebbende, aangezien deze wel degelijk een beperking ondervindt. Het is evenwel de vraag of dit als een knelpunt bij het toepassen van het bewind als beschermingsfiguur beschouwd kan worden. Mijns inziens is dit niet het geval. Weliswaar wordt de rechthebbende in

758 Enzo M. de L. Monteiro, Fiscaal regeren over het graf heen, FTV 2007/28, paragraaf 1 en I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, Cursus Belastingrecht S&E.8.1.0.A.

759 Zie voor de waardering van certificaten nader paragraaf 13.2.2, maar ook paragraaf 13.4.1.6 voor de certificaten die de houder hiervan de economische eigendom van aanmerkelijkbelang aandelen verschaffen.

bepaalde mate beperkt in zijn zeggenschap over de onder bewind gestelde goederen, maar juridisch en economisch blijven zij hem volledig toekomen. In beginsel krijgt hij ook de (netto)vruchten van dit vermogen periodiek uitgekeerd.⁷⁶⁰ Bovendien leidt het bewind niet tot een andere belastingheffing dan waar zonder het bewind sprake van zou zijn geweest. Naar mijn mening zijn de fiscale gevolgen van het bewind derhalve niet te beschouwen als een hindernis bij het toepassen hiervan als beschermingsfiguur.

12.3 Conclusie

Concluderend zijn de fiscale gevolgen van bewind met name afwezig: het bewind heeft geen invloed op de wijze waarop een goed of inkomst in de heffing van inkomstenbelasting of schenk- en erfbelasting betrokken wordt, noch op de waarde waartegen dit geschiedt. Hoewel in civielrechtelijke context wel rekening gehouden wordt met een waardedrukkend effect van bewind en dit waarschijnlijk ook overeen zal stemmen met de perceptie van de rechthebbende, betekent het niet in aanmerking nemen hiervan in fiscale context mijns inziens niet dat geen sprake is van fiscale neutraliteit: de situatie met en die zonder bewind wordt in gelijke mate belast. Reeds om die reden is geen sprake van knelpunten⁷⁶¹ bij het toepassen van bewind als beschermingsfiguur.

760 Zie artikel 4:162 lid 1 BW. De erflater kan overigens anders bepalen en het bewind daarmee restrictiever maken op dit punt.

761 Zoals omschreven in hoofdstuk 2.



13

Fiscale gevolgen van certificering

13 Fiscale gevolgen van certificering

13.1 Inleiding

Deze paragraaf bespreekt de fiscale gevolgen van certificering. Daarbij wordt allereerst, aangezien dit van belang kan zijn voor meerdere soorten belastingen, ingegaan op de vraag in hoeverre certificering van invloed is op de waardering van de certificaten in vergelijking met de gecertificeerde goederen c.q. dat het geval zou moeten zijn. Vervolgens worden de inkomstenbelastingaspecten en de schenk- en erfbelastingaspecten besproken. Daarbij wordt in het kader van de inkomstenbelasting ook ingegaan op de vraag in hoeverre het certificeren van vermogen leidt tot transformatie van het desbetreffende vermogen of de inkomsten daaruit, ofwel de vraag of certificering ertoe leidt dat deze voor de belastingheffing geacht worden van een andere aard te zijn dan deze goederen of inkomsten in de situatie waarin geen certificering heeft plaatsgevonden. Ten slotte ga ik in op twee aspecten van de vennootschapsbelasting in relatie tot het administratiekantoor, uitgaand van een STAK: (i) de vennootschapsbelastingplicht van de STAK en (ii) de vraag of certificering kan kwalificeren als een fonds voor gemene rekening. Voor zover fiscale knelpunten worden gesignaleerd, worden deze nader besproken in hoofdstuk 15.

13.2 Waardering

13.2.1 Algemeen

In aanmerking nemend dat de Wet IB 2001 en de Successiewet beide de waarde in het economische verkeer als waarderingsmaatstaf hanteren,⁷⁶² zal ik in deze paragraaf op de waardering van certificaten in het algemeen ingaan. Het is daarbij niet mijn bedoeling om uitputtend de waardering van certificaten te bespreken, maar slechts om te illustreren welke factoren daarbij kunnen spelen en, voor zover mogelijk, wat de lijn voor deze waardering in de jurisprudentie is.

Bij certificering is de certificaathouder geen juridische rechthebbende van het gecertificeerde vermogen, dit is de STAK. De certificaathouder is wel economisch tot het desbetreffende vermogen gerechtigd. De zeggenschap berust evenwel (grotendeels) bij de STAK en niet bij de certificaathouder. Het hangt af van de inhoud van de beheersovereenkomst (die geheel of met name zal zijn neergelegd in de administratievoorwaarden) in combinatie met de statuten van de STAK, in hoeverre de positie van de certificaathouder beperkt is ten opzichte van die van degene die de volledige juridische en economische gerechtigdheid heeft. Deze mate van beperking hangt af van meerdere factoren, waarbij specifiek zij gewezen op:

⁷⁶² Zie hoofdstuk 11.

- de mate van royeerbaarheid van de certificaten, die niet, beperkt of volledig royeerbaar kunnen zijn;⁷⁶³
- de mate waarin de overdraagbaarheid van de certificaten beperkt is;⁷⁶⁴
- de mate waarin de STAK verplicht is om inkomsten uit de gecertificeerde goederen direct uit te keren aan de certificaathouder;⁷⁶⁵ en
- de bevoegdheden die de certificaathouder (als zodanig of als onderdeel van een vergadering van certificaathouders) heeft op grond van de administratievoorwaarden of de statuten van de STAK.⁷⁶⁶

Gezien de veelheid van variabelen is er ook een grote variatie mogelijk in de restricties die de certificering met zich brengt. Tenzij sprake is van volledig royeerbare certificaten, zal evenwel altijd sprake zijn van ten minste een zekere beperking ten opzichte van volledige juridische gerechtigdheid. Aangezien het functioneren van certificering als beschermingsfiguur vereist dat de mogelijkheid om de certificaten te royeren ten minste beperkt, zo niet uitgesloten is, ga ik aan de mogelijkheid van volledig royeerbare certificaten in het navolgende voorbij.

Certificering als beschermingsfiguur zal derhalve, evenals bewind, in elk geval in de perceptie van de betrokken certificaathouders tot gevolg hebben dat het certificaat een geringere waarde heeft dan het gecertificeerde goed zelf, als gevolg van het geheel of gedeeltelijk ontbreken van zeggenschap over dit goed. In civielrechtelijke context wordt hiermee ook rekening gehouden.⁷⁶⁷ De last van de certificering zal daarbij logischerwijs als zwaarder ervaren worden, naarmate de voorwaarden waaronder certificering heeft plaatsgevonden stringenter zijn. Dit geldt mijns inziens niet alleen voor de certificaathouder zelf, maar ook voor de “meestbiedende gegadigde” uit de jurisprudentie, die de maatstaf is voor de waarde in het economische verkeer.⁷⁶⁸ In tegenstelling tot bij bewind, zijn de beperkende voorwaarden bij certificering geen omstandigheid die verbonden is met de persoon van de certificaathouder. Een bewind heeft in beginsel geen invloed op de positie van de gegadigde na theoretische verwerving van de certificaten. Bij certificering maken de restricties echter deel uit van het te verwerven goed en gelden zij dus in gelijke mate voor de certificaathouder en een eventuele gegadigde die de certificaten verkrijgt.⁷⁶⁹ Deze gegadigde zal bij het

763 Zie nader paragraaf 7.7.2.

764 Zie hiervoor paragraaf 7.7.3.2.

765 Zie paragraaf 7.9.1 onder (e).

766 Vergelijk paragrafen 7.8.2.5.5 en 7.9.1.

767 Zie hiervoor paragraaf 7.14.4.

768 Zie nader paragraaf 11.

769 In paragraaf 13.2.2.3 ga ik in op de eventuele “persoonlijke” omstandigheid dat een aan de certificaten verbonden restrictie niet geldt voor een specifieke certificaathouder: de situatie dan men als

bepalen van de prijs die hij voor de certificaten over heeft dus ook rekening houden met de restricties, hetgeen logischerwijs ertoe leidt dat de waarde in het economische verkeer van de certificaten lager is dan de waarde in het economische verkeer van de gecertificeerde goederen zelf. Dit verschil zal mijns inziens groter zijn naarmate (i) sprake is van meer restricties of (ii) restricties betrekking hebben op factoren die sterker van invloed zijn op de waarde van het onderliggende goed.⁷⁷⁰

In de volgende paragrafen bespreek ik in hoeverre onder andere in de jurisprudentie inderdaad rekening gehouden wordt met een waardedrukkend effect van certificering. Ik ga daarbij afzonderlijk in op certificaten van aandelen, aangezien deze vorm van certificering zeer vaak voorkomt. Het gaat mij hier om de algemene uitgangspunten bij waardering en de vraag in hoeverre deze anders worden op het moment dat goederen gecertificeerd worden. Aan methoden om tot een daadwerkelijke waardering te komen op basis van deze uitgangspunten ga ik dan ook voorbij.

13.2.2 Waardering van certificaten van aandelen

De waarde van de aandelen is in het algemeen afhankelijk van de positie die het pakket aandelen inneemt. Van den Dool en Van der Hoeven noemen in dit kader een drietal aspecten die daarbij een rol spelen:⁷⁷¹

- (a) het kwantitatieve aspect: wat is de omvang van het aandelenpakket?
- (b) het kwalitatieve aspect: de regelingen die de juridische inhoud van de aandelen bepalen, waaronder in het bijzonder statutaire regels met betrekking tot de uitoefening van stemrecht, de winstverdeling en de overdraagbaarheid van de aandelen; en
- (c) het positionele aspect: welke positie neemt het aandelenpakket in, gelet op de omvang en de daaraan verbonden zeggenschap. Het positionele aspect wordt daarbij mede bepaald door het kwantitatieve en kwalitatieve aspect. Een voorbeeld van het positionele aspect is een 10%-belang, dan op zichzelf beschouwd een minderheidspakket vormt, maar een andere betekenis krijgt tegen de achtergrond dat overigens sprake is van twee rivaliserende 45%-aandeelhouders, die allebei met de aanvullende 10% een meerderheid zouden kunnen verwerven.

certificaathouder uit anderen hoofde zeggenschap heeft, doorgaans dan als (mede)bestuurder van de STAK,

770 Daarbij denk ik bijvoorbeeld aan een meerderheidspakket aandelen, waarbij zeggenschap een relatief grote rol speelt bij de waarde (zie ook de paragraaf hierna) of aan vermogen dat een relatief hoog rendement oplevert, hetgeen echter slechts met zekerheid door de certificaathouder verzilverd kan worden indien de STAK ook verplicht is om dit aan hem door uit te keren.

771 Zie Van den Dool en Van der Hoeven 2015, 112 – 113.

De waarde die aandelen voor een (aspirant-)aandeelhouder vertegenwoordigen hangt derhalve mede af van de zeggenschap die hieraan verbonden is in de vorm van het stemrecht. Gezien de andere aspecten die een rol spelen, heeft deze zeggenschap niet in iedere situatie dezelfde betekenis: bij een meerderheidspakket of bij aandelen waaraan op andere, statutaire of feitelijke, gronden doorslaggevende of bijzondere zeggenschap is verbonden, is het stemrecht van grotere invloed op de waarde van de aandelen, dan wanneer een dergelijk overwicht ontbreekt. Het ontbreken van dit stemrecht in geval van certificering heeft derhalve bij een minderheidspakket aandelen in principe een andere betekenis dan bij een meerderheidspakket. Ik zal daarom beide situaties apart bespreken. Ook ga ik in de navolgende paragrafen in op de situatie waarin sprake is van een samenwerkende groep, alsmede de mogelijkheid dat de certificaathouder als zodanig weliswaar geen zeggenschap heeft, maar hij die uit anderen hoofde wel heeft.

13.2.2.1 Certificaten van minderheidspakket aandelen

Doorgaans is aan een minderheidspakket aandelen geen reële invloed op het beleid van de vennootschap verbonden. Als gevolg hiervan ontleent het minderheidspakket zijn waarde voor de aandeelhouder met name aan het rendement dat dit oplevert. Voor de omvang van dit rendement is de minderheidsaandeelhouder veelal afhankelijk van degene(n) die wel de zeggenschap in de vennootschap heeft c.q. hebben, die bovendien niet hetzelfde belang hoeven te hebben als de minderheidsaandeelhouder, indien hun aandelenpakket een andere positie inneemt en de waarde daarvan dus minder sterk bepaald wordt door het rendement. Het ligt derhalve voor de hand om de waarde van een minderheidspakket aandelen met name te laten bepalen door de rendementswaarde, met dien verstande dat afhankelijk van de omstandigheden ook andere factoren een rol kunnen spelen.⁷⁷²

Certificering heeft algemeen gezegd tot gevolg dat de aan de aandelen verbonden zeggenschap wordt weggenomen, maar dat het rendement en de waarde die dit vertegenwoordigt voor de certificaathouder behouden blijven.⁷⁷³ Certificaten van aandelen hebben daarmee (vrijwel) volledig de positie van een belegging en dienen overeenkomstig gewaardeerd te worden, hetgeen veelal ook geldt voor een minderheidspakket aandelen. Als gevolg daarvan zullen de certificaten niet of slechts beperkt een lagere waarde hebben dan de aandelen in geval van een minderheidspakket. Dit waardeverschil zal groter worden:

- naarmate de omvang van het minderheidspakket toeneemt en daarmee de mate

⁷⁷² Zie Van den Dool en Van der Hoeven 2015, pagina 114 e.v.

⁷⁷³ Dit laatste is althans het geval indien de STAK verplicht is om inkomsten direct door te stoten naar de certificaathouders. In ieder geval bij aanmerkelijkbelangaandelen zal dit echter doorgaans het geval zijn, zie paragraaf 13.4.1.2.1. Indien geen sprake is van een doorstootverplichting zou dit, mede afhankelijk van de overige administratievoorwaarden, anders kunnen liggen.

van (reële) zeggenschap die daaraan verbonden is, maar bij certificering komt te ontbreken; of

- indien het minderheidspakket een bijzondere positie inneemt, zoals het 10%-belang dat aan ieder van twee 45%-aandeelhouders een meerderheid kan verschaffen. Indien die bijzondere positie ontleend wordt aan de aan de aandelen verbonden zeggenschap, hetgeen veelal het geval zal zijn, valt dit voordeel weg met certificering.⁷⁷⁴

Over de certificering van minderheidspakketten aandelen en de waardering hiervan is uiteraard ook de nodige jurisprudentie geweest, waarvan ik de volgende uitspraken wil noemen, ter illustratie van het al dan niet in aanmerking nemen van een waardedrukkend effect van certificering:

- De uitspraak van hof Den Haag van 22 mei 1985⁷⁷⁵ betrof de waardering voor toepassing van de Successiewet van een minderheidspakket certificaten van aandelen in een fiscale beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 28 Wet Vpb. De erflater was houder van certificaten van 20% van het geplaatste kapitaal, hetgeen vererfde in zes gelijke pakketjes. Aangezien op geen enkel moment enige belanghebbende gerechtigd is geweest tot een groter belang, waardeert het hof deze pakketjes afzonderlijk. Hoewel tussen de erflater en diens broer en neef, waarmee hij samen een meerderheid van de certificaten hield, sprake was van een samenwerkende groep, is daar in de ogen van het hof in het geval van de verkrijgers krachtens erfrecht geen sprake van. Het hof waardeert hun belangen derhalve als belegging. Deze uitspraak is gedaan voor een jaar waar de waarde in het economische verkeer nog niet gold voor de Successiewet. In casu waardeert het hof naar de geldswaarde, welke echter voor de Successiewet⁷⁷⁶ ook naar objectieve maatstaven dient te geschieden.
- In de hofuitspraak die ten grondslag ligt aan HR 3 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA2027, BNB 1996/181, oordeelt het hof over de waardering van certificaten van aandelen voor de Successiewet. Het hof houdt daarbij rekening met een waardedrukkende invloed van 5% vanwege de omstandigheid dat aan de kinderen van erflaterster gelegateerde pakketten certificaten te beschouwen zijn als minderheidspakketten, alsmede nog eens 10% vanwege het gecertificeerd zijn. Deze aspecten zijn in cassatie niet meer aan de orde geweest.

⁷⁷⁴ Van den Dool en Van der Hoeven 2015, pagina 172 – 173.

⁷⁷⁵ Hof Den Haag 22 mei 1985, ECLI:NL:GHSGR:1985:AW8265, FED 1986/1047.

⁷⁷⁶ Zie HR 14 februari 1962, ECLI:NL:HR:1962:AX8009, BNB 1962/94, alsmede Kamerstukken II, vergaderjaar 1953/1954, 915, nr. 5, pagina 16.

- Hof Den Haag oordeelde in zijn uitspraak van 11 februari 1997⁷⁷⁷ over de waardering van certificaten van een groot minderheidspakket ($\frac{10}{31}$) certificaten van aandelen. De overige certificaten waren in handen van twee anderen, die ieder ongeveer een belang van $\frac{1}{3}$ hadden. Het hof overweegt dat bij de waardering mede gekeken moet worden naar de plaats die de certificaten in het vermogen van belanghebbende innemen en de invloed die hij daarmee op de gang van zaken in de vennootschap kan uitoefenen. Aangezien belanghebbende tevens bestuurder is geweest van de vennootschap en als zodanig een aanzienlijke rol heeft gehad in haar ondernemingsbeleid, stelt het hof de certificaten op één lijn met in een eigen onderneming gestoken kapitaal. Voorts is het hof van oordeel dat bij een voorgenomen vervreemding van een minderheidspakket van deze omvang de andere twee certificaathouders belangrijke gegadigden zouden zijn geweest, waarvan aangenomen kan worden dat deze bereid zouden zijn geweest om een prijs te betalen die in overeenstemming is met de waarde die de certificaten zullen hebben samen met de certificaten zij reeds bezitten. Mede op deze grond verwerpt het hof ook de door belanghebbende bepleite korting van 10% wegens incurantheid. Vanuit het perspectief van “perfect hindsight” zal het de proceskansen van belanghebbende overigens geen goed hebben gedaan dat een aantal jaar na het jaar van geschil de certificaten verkocht zijn aan een derde voor een bedrag dat bijna het dubbele was van de door belanghebbende bepleite waarde.

Deze jurisprudentie is sterk casuïstisch van aard. Desalniettemin wordt hierdoor geïllustreerd dat certificaten van een minderheidspakket veelal als belegging gezien zullen worden, alsmede dat onder omstandigheden een beperkte waardevermindering als gevolg van het gecertificeerd zijn denkbaar is.

Beleid is met betrekking tot de waardering van certificaten voor de inkomstenbelasting of schenk- en erfbelasting eigenlijk niet aanwezig. In zijn besluit van 19 december 2002, nr. CPP2002/3210M, ging de staatssecretaris in op de certificering van vermogen (en overdracht van de certificaten door ouders aan hun kinderen). Een aspect dat hij benoemt is de omstandigheid dat certificaathouders soms bepleiten dat de waarde van hun certificaten lager is dan die van het daarmee corresponderende vermogen, omdat hun beschikkingsmacht sterk is ingeperkt. Hij geeft voorts aan dat om zekerheid verzocht kan worden. Zelf neemt hij geen standpunt in ter zake van de (mogelijke) waarde van certificaten. Het besluit is begin 2010 ingetrokken.⁷⁷⁸

⁷⁷⁷ Hof Den Haag 11 februari 1997, ECLI:NL:GHSGR:1997:BJ0179, FED 1997/156.

⁷⁷⁸ Zie het besluit van 20 april 2010, nr. DGB2010/1572M. Als reden wordt gegeven dat het besluit onder meer door invoering van de APV-regeling zijn praktische belang heeft verloren per 1 januari 2010. Deze argumentatie bevreedt mij, aangezien bij certificering juist geen sprake is van een APV (zie paragraaf 14.3.1). Invoering van de APV-regeling staat derhalve los van de fiscale behandeling van certificaten.

Concluderend zal certificering ten opzichte van de waarde van een minderheidspakket aandelen mijns inziens doorgaans geen of een beperkt waardedrukkend effect hebben, enigszins afhankelijk van de omvang van het pakket. Naarmate de aan de aandelen verbonden zeggenschap een grotere betekenis heeft, ligt een grotere beperking van de waarde bij certificering voor de hand. Daarnaast hangt dit effect af van de (overige) voorwaarden waaronder certificering heeft plaatsgevonden en hoe beperkend die voorwaarden zijn. Certificering kan immers bijvoorbeeld ook gepaard gaan met een beperking in de overdraagbaarheid van de certificaten.⁷⁷⁹ Ook is denkbaar dat aan de certificaten juist wel een bepaalde zeggenschap verbonden is. Dit aspect wordt besproken in paragraaf 13.2.2.3.

13.2.2.2 Certificaten van volledig of meerderheidspakket aandelen

Een hele andere positie heeft een pakket aandelen dat de meerderheid van de stemrechten verschaft, met als ultieme variant het 100%-pakket. Vanwege de (overheersende) zeggenschap die aan een dergelijk aandelenpakket verbonden is, kan dit aandelenpakket niet zozeer beschouwd worden als een belegging, als wel als in een eigen onderneming belegd vermogen. Voor de waardering van de aandelen kan dan ook gekeken worden naar de waarde van het vermogen van de vennootschap, dat zich afhankelijk van de samenstelling gemakkelijker of minder gemakkelijk laat waarderen.⁷⁸⁰

Deze zeggenschap valt evenwel weg op het moment dat de aandelen gecertificeerd worden en door het ontbreken hiervan wordt de positie van het pakket certificaten gereduceerd tot die van een belegging. Dit impliceert dat bij een aandelenpakket dat de zeggenschap in de vennootschap verschaft certificering weldegelijk een waardedrukkende factor is, door het wegnemen van ten minste één van de factoren waaraan het onderliggende pakket aandelen zijn waarde ontleent.

Als voorbeelden van jurisprudentie met betrekking tot certificaten van meerderheidspakketten aandelen kunnen de volgende uitspraken genoemd worden:

- Certificering werd niet aanvaard als waardedrukkende factor door hof 's-Hertogenbosch in zijn uitspraak van 27 juni 1975⁷⁸¹. De casus betrof een erflaatster, tot wier nalatenschap de onverdeelde helft van 70 niet-royeerbare certificaten van aandelen behoorden (de erflaatster was in gemeenschap van goederen gehuwd). Dit (totale) belang vormde 50% van het totaal aantal uitgegeven certificaten. De overige 50% van de certificaten waren in handen van een derde.

⁷⁷⁹ Zie nader paragraaf 13.2.2.6.

⁷⁸⁰ Zie Van den Dool en Van der Hoeven 2015, pagina 125 e.v. (met betrekking tot volledig pakket) en pagina 151 – 152 (met betrekking tot meerderheidspakket).

⁷⁸¹ Hof 's-Hertogenbosch 27 juni 1975, PW 18 434.

Het bestuur van de STAK bestond uit één persoon benoemd door de echtgenoot van erflater, één persoon benoemd door de derde en een derde bestuurder benoemd door de eerste twee. De erfgenamen betoogden dat de geldswaarde⁷⁸² van de certificaten gesteld moest worden op de waarde die deze voor een willekeurige derde zouden hebben, rekening houdend met de omstandigheid dat het pakket onvoldoende groot was om deze derde zeggenschap in de STAK of de BV, wier aandelen gecertificeerd waren, te verschaffen.⁷⁸³

Het hof overweegt echter dat de certificering in het leven is geroepen voor de bescherming van de belangen van de certificaathouders, alsmede van die van alle overige bij de BV betrokken personen, en met oog op een doeltreffend bestuur van de BV. De belangen van de certificaathouders zijn aldus volledig gewaarborgd en doeltreffend bestuur van de BV zal ook steeds mogelijk zijn, omdat de STAK één onafhankelijke bestuurder heeft, zodat besluitvorming mogelijk blijft, ook bij onenigheid tussen de twee certificaathouders(families). Onder deze omstandigheden kan de certificering naar de mening van het hof niet worden aangemerkt als waardeverlagende factor.

- Ook het arrest van de Hoge Raad van 19 mei 1976⁷⁸⁴ betreft een geval waarin geen waardedrukkend effect van certificering werd aanvaard. Het betrof een waardering voor het successierecht, naar de op dat moment geldende maatstaf geldswaarde, van een pakket certificaten van aandelen in een BV. De certificaten vertegenwoordigden in totaal 60% van de aandelen en deze werden verkregen door de vijf kinderen van de erflater voor gelijke delen. De kinderen hadden overigens ieder reeds een belang van 8% per persoon, oftewel alle certificaten waren binnen de familie. Het doel van de certificering was (mede) het waarborgen van een doeltreffend bestuur na het overlijden van de erflatster. Dit bestuur bestond tijdens haar leven uit uitsluitend de erflatster en daarna uit drie persoon: één benoemd door en uit de directie van de vennootschap, één benoemd door en uit de vergadering van certificaathouders en de derde (die onder andere geen certificaathouder mocht zijn) benoemd door de eerste twee bestuurders gezamenlijk.

Het hof overweegt aangaande de waarde van de certificaten onder meer dat een belang van 60% van de certificaten de houder hiervan tot de overheersende kapitaalverschaffer maakt, hetgeen hem materieel een plaats in het STAK-

782 Ten tijde van het overlijden van de erflatster was de waarde in het economische verkeer nog niet als waarderingsmaatstaf opgenomen in de Successiewet.

783 Interessant is ook het argument van de inspecteur, die betoogde dat de andere certificaathouders tot de potentiële kopers gerekend dienden te worden, hetzij om hun 50%-belang te behouden, hetzij om een meerderheid te verwerven. Zie paragraaf 13.2.2.4 voor de vraag in hoeverre een dergelijke omstandigheid als waardeverhogend kan worden beschouwd.

784 HR 19 mei 1976, PW 18 480.

bestuur garandeert, en dat niet wel denkbaar is dat het STAK-bestuur zijn positie als belangrijkste kapitaalverschaffer niet zou willen erkennen en niet zou willen ingaan op zijn redelijke verlangens. Voorts overweegt het hof dat van de certificering van aandelen behoudens in uitzonderingsgevallen in de praktijk geen waardeverminderende invloed uitgaat, omdat deze niet wordt ondernomen om de positie van de kapitaalverschaffer(s) te verzwakken. De Hoge Raad heeft niet inhoudelijk geoordeeld over deze punten, maar het oordeel van het hof in stand gelaten, omdat dit feitelijk en niet onbegrijpelijk zou zijn.

De aan de uitspraak van het hof ten grondslag liggende feitelijke veronderstellingen lijken mij, in elk geval thans, voor discussie vatbaar. Daarnaast valt op dat het 60%-pakket als geheel wordt gewaardeerd, terwijl sprake is van vijf verkrijgers, dus een uiteenvallen van het pakket in vijf delen die geen overwegende invloed met zich brengen.⁷⁸⁵

- In de hofuitspraak die ten grondslag ligt aan HR 18 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:BH8298, BNB 1992/108, met betrekking tot de vermogensbelasting oordeelde hof Amsterdam over de waardering van certificaten van een als een meerderheidspakket⁷⁸⁶ aandelen. Het hof overweegt dat certificaten, ook wat betreft de waarde, in de regel met de onderliggende aandelen kunnen worden vereenzelvigd. Hierop geldt slechts een uitzondering indien het totaal van de in het aandeel belichaamde rechten zodanig beperkt is door de certificering, dat de waarde van het certificaat in betekenende mate lager is dan die van het onderliggende aandeel.⁷⁸⁷ De Hoge Raad heeft zich over dit aspect niet hoeven uit te spreken. Hoogendoorn uit in zijn noot onder het arrest in BNB, mijns inziens terecht, kritiek op deze vereenzelviging certificering bij meerderheidspakketten aandelen.⁷⁸⁸
- In een recentere uitspraak oordeelde rechtbank Leeuwarden⁷⁸⁹ over een casus waarin een pakket certificaten van aandelen vererfde. De vennootschap wier aandelen gecertificeerd waren, dreef via een dochtermaatschappij een onderneming. De certificaten van de erflater vertegenwoordigden 66,67% van

785 Vergelijk ook de in paragraaf 13.2.2.1 besproken uitspraak van hof Den Haag van 22 mei 1985, ECLI:NL:GHSGR:1985:AW8265, FED 1986/1047, waarin het hof wel uitgaat van waardering van ieder pakketje afzonderlijk. Weliswaar vererft het onderhavige geval een 60%-pakket, maar het is het *verkregene* dat op grond van artikel 21 lid 1 SW gewaardeerd dient te worden en dat betreft behoudens afwijkende verdeling van de nalatenschap vijf pakketjes van elk 12% (zie paragraaf 13.2.2.4 voor het eventuele effect op de waardering van een samenwerkende groep).

786 Belanghebbende hield slechts een minderheidspakket, maar het hof waardeert dit als een meerderheidspakket op grond van het in zijn ogen aanwezig zijn van een samenwerkende groep.

787 Zie rechtsoverweging 5.1 van de hofuitspraak. Overigens formuleert het hof hier niet zuiver: het waardedrukkende effect van certificering, zo aanwezig, is niet gelegen in de omstandigheid dat het onderliggende aandeel in waarde daalt, maar in een verschil in waarde tussen aandeel en certificaat.

788 Hoogendoorn ziet voorts het al dan niet bewilligd zijn van certificaten (thans het onderscheid tussen certificaten met en zonder vergaderrecht) als een waardebepalende factor.

789 Rechtbank Leeuwarden 22 oktober 2009, ECLI:NL:RBLLE:2009:BL1424, NTFR 2010/1501.

de aandelen, terwijl de certificaten van de overige aandelen in handen waren van zijn broer. Oorspronkelijk waren de erflater en de broer samen bestuurder van de STAK geweest. Kort na het overlijden van de erflater vond evenwel een statutenwijziging van de STAK plaats; hierna was de broer enig bestuurder, met zijn echtgenote als opvolgende bestuurder. De relatie tussen de belanghebbende, zoon van de erflater, en zijn oom was slecht. Het geschil betrof de waardering van de aandelen voor het successierecht, waarbij belanghebbende betoogde dat hierbij rekening gehouden moest worden met de omstandigheid dat (i) hij als certificaathouder geen zeggenschap had, (ii) zijn oom als STAK-bestuurder geen informatie verschaftte aan de certificaathouders en (iii) geen dividend werd uitgekeerd.

De rechtbank is van oordeel dat de waarde in het economische verkeer van de certificaten in hoge mate afhankelijk is van de voorwaarden waaronder certificering heeft plaatsgevonden. In casu is aan de certificaten geen lidmaatschap van het bestuur van de STAK verbonden, noch gaven de certificaten op grond van de ten tijde van het overlijden geldende statuten enige zeggenschap in de STAK of de BV. Een potentiële gegadigde voor de certificaten zal deze daarom vooral zien als een belegging.

Concluderend zou mijns inziens aan certificaten van een meerderheids- of een volledig pakket aandelen, enigszins afhankelijk van de voorwaarden, een (significant) lagere waarde toegekend moeten worden dan aan de aandelen zelf. Met andere woorden: in dit geval heeft certificering inderdaad een waardedrukkend effect.

Gezien de jurisprudentie dienaangaande lijkt het echter met regelmaat een uitdaging te zijn om de rechter ervan te overtuigen dat zich inderdaad een dergelijk waardedrukkend effect voordoet, waarbij de door de oordelende instantie gebezigde argumentatie mij niet altijd overtuigt, in elk geval niet vanuit het perspectief van de waarde in het economische verkeer als de thans geldende waarderingsmaatstaf. Zo ervaar ik de waarde die gehecht is aan de bescherming die certificering biedt aan de certificaathouder en de daaraan verbonden conclusie dat hier dan geen waardedrukkend effect van uitgaat te groot dan wel niet ter zake doende. Het lijkt mij de vraag in hoeverre certificering, in elk geval op dit moment, (in overwegende mate) geschiedt met oog op de bescherming van de certificaathouders. Daarnaast lijkt mij ook de vraag in hoeverre, zelfs als van een dergelijk beschermingsoogmerk sprake is, dit betekent dat een eventuele gegadigde voor de certificaten bereid is om hier even veel voor te betalen als voor de onderliggende aandelen. Dit kan hoogstens het geval zijn, indien deze gegadigde ook profijt zou hebben van de bescherming die de certificaten bieden. Dit laatste kan zich wellicht

voordoen indien het certificaten van een groot minderheidspakket⁷⁹⁰ betreft, waarbij alle aandelen gecertificeerd zijn en de certificering aldus de minderheid beschermt tegen overheersende zeggenschap van de meerderheid. Ook lijkt het mij niet terecht om bij de waardering rekening te houden met een veronderstelde feitelijke invloed van de certificaathouder. Bij de objectieve uitgangspunten van de waarde in het economische verkeer kan dit pas aan de orde zijn indien zeggenschap (i) juridisch afdwingbaar is en (ii) ook verkregen wordt door een gegadigde als verkrijger van de certificaten⁷⁹¹.

13.2.2.3 Certificaathouder met zeggenschap

In de paragrafen hiervoor is als uitgangspunt gehanteerd dat een certificaathouder geen of beperkte zeggenschap heeft over het gecertificeerde vermogen, hetgeen afhankelijk van de overige omstandigheden een waardedrukkend effect kan hebben. Het hoeft echter niet altijd zo te zijn dat de certificaathouder zeggenschap ontbeert. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn bij de insteller, die de certificering in het leven roept en tot zijn overlijden of ontstentenis optreedt als eerste (en vaak enige) bestuurder van de STAK. In die hoedanigheid is zijn zeggenschap over het gecertificeerde vermogen dus nog even groot als die voorafgaand aan de certificering was. Een ander voorbeeld is het familiebedrijf, waarbij van de drie kinderen van de directeur-groootaandeelhouder één geschikt dan wel bereid is om als bedrijfsopvolger op te treden. Om allen toch in gelijke mate te bevoordelen, of om dat weinig overig vermogen aanwezig is en uitkoop van de anderen na overlijden van de directeur-groootaandeelhouder door de bedrijfsopvolger op financieringsproblemen stuit, kan gedacht worden aan (een variant op) de volgende structuur:

- alle aandelen in de vennootschap worden gecertificeerd;
- na overlijden van de insteller verkrijgen de kinderen ieder $\frac{1}{3}$ van de certificaten;
- de bedrijfsopvolger neemt echter als enige van de kinderen zitting in het bestuur van de STAK, logischerwijs met anderen, om het evenwichtig te bewaren tussen (i) zijn persoonlijke belang, (ii) het belang van de andere kinderen en (iii) het belang van de onderneming.

Op deze wijze functioneert de certificering als een beschermingsfiguur, terwijl

790 Een klein minderheidspakket aandelen zal voor de houder hiervan doorgaans de betekenis van een belegging hebben, hetgeen niet anders wordt op het moment dat de aandelen gecertificeerd worden. Een waardedrukkend effect van betekenis van de certificering is dan niet aan de orde, zie paragraaf 13.2.2.1.

791 Zie voor dit laatste aspect nader paragraaf 13.2.2.3.

tevens sprake is van een certificaathouder met zeggenschap (zij het wellicht geen doorslaggevende) over het gecertificeerde vermogen.

De omstandigheid dat het bezit van de certificaten gepaard gaat met zeggenschap, leidt er mijns inziens echter niet per definitie toe dat het waardedrukkende effect van certificering (aannemend dat hier als gevolg van het ontbreken van zeggenschap sprake van zou zijn) weggenomen wordt. Indien de zeggenschap een persoonlijke omstandigheid betreft, die geen verband houdt met het bezit van de certificaten, brengt het objectieve karakter van de waarde in het economische verkeer als waarderingsmaatstaf naar mijn mening met zich, dat bij de waardering van de certificaten genegeerd dient te worden dat deze specifieke certificaathouder ook “toevallig” bepaalde zeggenschap heeft. Als een gegadigde die de certificaten wil kopen deze zeggenschap niet verkrijgt, verhoogt de zeggenschap de waarde in het economische verkeer niet.^{792 793}

De combinatie van het zijn van certificaathouder met zeggenschap via de STAK komt terug in de volgende twee uitspraken:

- Hof Den Haag⁷⁹⁴ oordeelde over de situatie waarin vier broers en zussen ieder 25% van de aandelen in een NV (met daaronder indirect een onderneming) hielden. Zij certificeerden ieder al hun aandelen, tegen niet-royeerbare certificaten. Het bestuur van de STAK werd gevormd door de belanghebbende, tezamen met een derde, die tevens (met verder alleen belanghebbende) bestuurder was van de NV wier aandelen gecertificeerd waren. De belanghebbende had evenwel kennelijk een sterkere positie als bestuurder, aangezien hij benoemd was voor onbepaalde tijd, terwijl de derde slechts voor een bepaalde periode benoemd was. Beide bestuurders wezen een opvolger aan,⁷⁹⁵ maar voor de opvolger van de derde gold ook dat hij aan het einde van de bestuursperiode zou

⁷⁹² In vergelijkbare zin Van den Dool en Van der Hoeven 2015, pagina 173.

⁷⁹³ Een andere vraag is of de zeggenschap als zodanig dan een bepaalde, separate, waarde kan hebben, waarmee bij de belastingheffing rekening gehouden moet worden. Indien de positie die de zeggenschap met zich brengt bepaalde inkomsten genereert, zoals een beloning voor het werk als STAK bestuurder, dan kunnen deze uiteraard belast zijn, bijvoorbeeld als loon of als resultaat uit overige inkomsten. De zeggenschapspositie als zodanig kan echter hoogstens in box 3 vallen. Daarvoor zou deze positie gekwalificeerd moeten kunnen worden als een overig vermogensrecht in de zin van artikel 5.3 lid 1 sub f Wet IB 2001 (de andere categorieën bezittingen zijn mijns inziens in elk geval niet aan de orde). Zo al sprake is van een recht, is naar mijn mening echter geen sprake van een vermogensrecht, aangezien de hoedanigheid van bestuurder (i) niet overdraagbaar is, (ii) niet strekt tot het verschaffen van stoffelijk voordeel (anders dan de beloning, die verstrekt wordt voor verrichte werkzaamheden en (iii) niet verkregen is in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel (vergelijk artikel 3:6 BW). Zie voor de aard van vermogensrechten bijvoorbeeld P.A. Stein, GS Vermogensrecht, artikel 3:6 BW, aantekening 5 e.v. en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, 2013/1 e.v. Derhalve is heffing mijns inziens niet aan de orde.

⁷⁹⁴ Hof Den Haag 24 oktober 1969, ECLI:NL:GHSGR:1969:AX5324, BNB 1970/238.

⁷⁹⁵ De overwegingen van het hof suggereren daarbij dat belanghebbende volledige vrijheid had bij het aanwijzen van zijn opvolger, maar de derde niet.

defungeren. Het geschil betreft de waardering van de certificaten voor de heffing van vermogensbelasting.

Het hof overweegt dat gegeven de omstandigheden, te weten de sterke zeggenschapspositie van de belanghebbende in de NV en de STAK, belanghebbende in een positie verkeert die vergelijkbaar is met die van een meerderheidsaandeelhouder van de NV. Voorts kan belanghebbende in de ogen van het hof als bestuurder van de STAK verkoop van alle aandelen van de NV effectueren. Aldus is belanghebbende in staat om de waarde in het economische verkeer van deze aandelen te realiseren, zodat de certificaten hiervan op de waarde van de aandelen⁷⁹⁶ gesteld worden. Het betoog, dat deze beschikkingsmacht over de aandelen niet, althans niet in de eerste plaats, gebaseerd is op het bezit van de certificaten, maar op de hoedanigheid van bestuurder van de STAK, heeft belanghebbende niet mogen baten. Het hof overweegt in dat verband onder meer dat belanghebbende de bestuursfunctie kan overdragen, omdat hij zonder enige beperking bevoegd is om een opvolger aan te wijzen. Hij kan derhalve zijn certificaten overdragen en de koper tot zijn opvolger als bestuurder van de STAK benoemen.

Over de door het hof gevolgde benadering kan men genuanceerd denken. In aanmerking nemend dat bij de waarde in het economische verkeer geabstraheerd dient te worden van de persoonlijke omstandigheden van de rechthebbende van het te waarderen goed, dient de waardering van de certificaten plaats te vinden zonder daarbij rekening te houden met de omstandigheid dat de certificaathouder uit anderen hoofde zeggenschap heeft, aangezien de verkrijger van de certificaten deze zeggenschap niet zal krijgen. Het argument, dat belanghebbende een ander ook deze zeggenschap kon verschaffen door hem tot (opvolgend) bestuurder van de STAK te maken, kan als een semi-objectieve omstandigheid gezien worden, maar overtuigt daarbij naar mijn mening niet. Hoewel deze mogelijkheid theoretisch wellicht aanwezig was, staat de familierelatie tot de overige certificaathouders aan een dergelijke handelwijze in de praktijk in de weg. Weliswaar is deze familierelatie als zodanig een persoonlijke omstandigheid, waarvan men bij de waardering abstraheert, maar daar staat tegenover dat de bestuurspositie niet onlosmakelijk met het bezit van de certificaten verbonden is. Een gegadigde is derhalve niet zeker van het verkrijgen van deze positie, zodat daarmee in mijn ogen bij de

796 Het hof gaat in casu uit van de intrinsieke waarde, omdat het belanghebbende beschouwt als vergelijkbaar met een meerderheidsaandeelhouder, met andere woorden als een partij voor wie de aandelen de betekenis hebben van in een eigen bedrijf geïnvesteerd kapitaal.

waardering onder de onderhavige omstandigheden geen rekening gehouden dient te worden.⁷⁹⁷

- De combinatie van certificaten van een minderheidspakket aandelen met relatief veel zeggenschap komt ook terug in de uitspraak van hof 's-Hertogenbosch van 14 november 1975⁷⁹⁸. Deze uitspraak betrof een belanghebbende die tezamen met zijn kinderen en schoonzoon certificaten⁷⁹⁹ had van 50% van de aandelen in een NV, met daarin, middels een BV, een onderneming. De andere 50% van de certificaten waren in handen van de broer van belanghebbende en diens echtgenote en kinderen. De STAK had vijf bestuurders, waarvan twee afkomstig uit iedere familie en één derde. De NV werd voorts bestuurd door de twee broers en later hun zoons. Het geschil betreft de waardering van de certificaten voor de vermogensbelasting. Het hof constateert dat de twee families nauw samenwerken via de STAK en aldus een grote invloed hebben op de NV. Op grond daarvan komt het hof tot waardering op de intrinsieke waarde, eventueel te corrigeren in verband met de rentabiliteit.

De Hoge Raad⁸⁰⁰ heeft deze uitspraak evenwel gecasseerd, omdat hij onvoldoende gemotiveerd acht waarom, in aanmerking nemend dat het gaat om (i) niet-royeerbare certificaten van (ii) een minderheidsbelang aandelen, waarvan (iii) niet vastgesteld is dat dit beslissende zeggenschap meebrengt over het vermogen of de daarmee te behalen rentabiliteit van de BV met de onderneming, gegadigden (slechts) de intrinsieke of rentabiliteitswaarde zouden toekennen en niet (mede) de rendementswaarde, welke volgens belanghebbende veel lager was.

Het verwijzingshof⁸⁰¹ oordeelt dat voor belanghebbende, ondanks een nauwe betrokkenheid bij de onderneming, de toestand is ontstaan waarbij de niet-royeerbare certificaten niet langer vooral betekenis hebben uit hoofde van de zeggenschap, maar dat deze gezien moeten worden als een vermogensbestanddeel dat een belegging is in deze onderneming. Het hof ziet de omstandigheid, dat belanghebbende tevens bestuurder van de STAK is, deels

797 Deze argumentatie is mijns inziens vergelijkbaar met die bij een samenwerkende groep (zie paragraaf 13.2.2.4 hierna). Aangezien de samenwerking veelal gebaseerd zal zijn op de persoonlijke relatie tussen betrokkenen, mag een gegadigde er niet op rekenen hiervan deel uit te kunnen maken. Pas indien een gegadigde daarop wel een reëel vooruitzicht heeft, kan hiermee bij de waardering rekening gehouden worden. Toegegeven zij wel dat de belanghebbende in dit geval vermoedelijk meer invloed had om het maken van een ander tot bestuurder dan degene die een samenwerkende groep verlaat op het maken van een ander tot lid van die groep. Daar doet echter niet aan af dat certificatenbezit en bestuurspositie geen eenheid zijn en voor de waardering dus in beginsel ook afzonderlijk bezien dienen te worden. Zie voorts Van den Dool en Van der Hoeven 2015, pagina 173, die van mening zijn dat het arrest van het hof onjuist lijkt.

798 Hof 's-Hertogenbosch 14 november 1975, ECLI:NL:GHSHE:1975:AX3888, BNB 1976/137.

799 Een verwaarloosbaar deel was niet gecertificeerd, maar werd gehouden door de BV van de schoonzoon.

800 Zie HR 16 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AX3686, BNB 1976/189.

801 Zie hof Den Haag 17 mei 1977, ECLI:NL:GHSGR:1977:AX3142, BNB 1978/308.

als een hem persoonlijk betreffende omstandigheid, die voor de waardebepaling niet in aanmerking genomen kan worden. Voorts is het hof van mening dat, voor zover een plaats in het bestuur van de STAK gekoppeld is aan het bezit van de certificaten, dit slechts een bepaalde bescherming van de belegging oplevert, maar belanghebbende als certificaathouder geen in enig opzicht beslissende zeggenschap verschaft. Het hof betreft derhalve ook de rendementswaarde in zijn waardering, naast de intrinsieke waarde en rentabiliteitswaarde. Het hof houdt derhalve mijns inziens terecht slechts rekening met de zeggenschap die de certificaathouder in casu heeft, voor zover deze uit zijn certificatenbezit voortvloeit en dus een persoonlijke omstandigheid betreft.

Hoewel het bezit van certificaten gepaard kan gaan met zeggenschap over de gecertificeerde goederen, is zeer afhankelijk van de omstandigheden of bij de waardering van de certificaten met deze zeggenschap rekening gehouden moet worden. Zeggenschap wordt pas een voor de waardering relevante omstandigheid, op het moment dat deze voortvloeit uit het bezit van de certificaten en niet als het een “toevallige” omstandigheid betreft. In het laatste geval zal de zeggenschapspositie niet overgaan op een verkrijger van de certificaten en dus voor een gegadigde hiervoor ook geen omstandigheid vormen die tot gevolg heeft dat hij een hogere prijs voor de certificaten over heeft. In geval van een certificering die bedoeld is als beschermingsfiguur, zal een dergelijke connectie tussen certificatenbezit en zeggenschap zich naar mijn mening niet of nauwelijks voordoen.

13.2.2.4 Samenwerkende groep

De aanwezigheid van een samenwerkende groep komt met enige regelmaat in de jurisprudentie terug. Deze omstandigheid heeft als (mogelijke) consequentie dat daarmee het belang van een aandeelhouder of certificaathouder een andere betekenis heeft, te weten van een in eigen onderneming gestoken vermogen in plaats van een belegging, en daarmee een hogere waarde. Indien de leden van de samenwerkende groep gezamenlijk een meerderheidspositie hebben, kunnen zij daarmee de controle hebben over de vennootschap. Dit zal zich uiteraard eerder voordoen bij een samenwerkende groep van aandeelhouders, dan bij certificaathouders, omdat deze laatsten de STAK moeten beheersen om controle te krijgen over de vennootschap waarvan de aandelen gecertificeerd zijn.

Een voorbeeld is het in paragraaf 13.2.2.2 reeds kort genoemde arrest HR 18 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:BH8298, BNB 1992/108. Dit betreft een casus waarbij belanghebbende certificaten had van een minderheidspakket aandelen. De overige certificaten waren in handen van zijn zusters en de STAK, alsmede de vennootschap, werd bestuurd door de ouders van belanghebbende. Het geschil betrof de waardering voor de vermogensbelasting. Het hof had geoordeeld dat sprake is van een

samenwerkende groep, als gevolg waarvan de certificaten voor belanghebbende niet de betekenis van een belegging hebben en het hof de waardering op de intrinsieke waarde van de inspecteur volgt. In cassatie heeft belanghebbende de stelling betrokken dat de houder van een pakket certificaten nooit tot een samenwerkende groep kan behoren. De Hoge Raad wijst deze stelling af en overweegt dat de enkele omstandigheid dat aan de certificaten bepaalde aandeelhoudersrechten niet zijn verbonden er niet aan in de weg staat dat de certificaathouder door middel van samenwerking bij het besturen van het administratiekantoor deel kan uitmaken van een samenwerkende groep.⁸⁰²

Als men in overweging neemt dat het waardedrukkende effect van certificering veroorzaakt wordt door het ontbreken van zeggenschap, lijkt mij dit tot op zekere hoogte passend: via de samenwerking op STAK-niveau worden zeggenschap en economisch belang weer bij elkaar gebracht.⁸⁰³ Het deelnemen aan een samenwerkende groep kan echter een persoonlijk element zijn, aangezien het de certificaathouder is die samenwerkt. Dit hoeft uiteraard niet te gelden voor een gegadigde voor deze certificaten, die om in deze positie te kunnen komen ten minste zeker moet zijn van een positie als bestuurder van de STAK.⁸⁰⁴ De vraag is dan in hoeverre de aanwezigheid van een samenwerkende groep tot gevolg heeft dat de belangen van de leden van deze groep, die ieder voor zich slechts een minderheidsbelang houden, een grotere waarde krijgen dan aan een dergelijk minderheidsbelang kan worden toegekend. In dit verband zij nog gewezen op de overweging van het hof in de voornoemde casus, dat bij een vervreemding door belanghebbende de andere leden van de samenwerkende groep bereid zouden zijn tot het betalen van een hogere prijs dan de beleggingswaarde, waarmee het hof voor dit geval de persoon van de gegadigde ook nader invult.

Van den Dool en Van der Hoeven⁸⁰⁵ geven, in relatie tot de waardering van minderheidspakketten aandelen, aan dat de aanwezigheid van een samenwerkende groep een persoonlijke omstandigheid betreft, die bij een objectief waardebegrip geen rol kan spelen. Weliswaar is het rekening houden hiermee historisch verankerd geraakt in de waarderingspraktijk, gezien de waarderingsmaatstaf geldswaarde die voor de waarde in het economische verkeer gebruikt werd en waarbij het meer paste om rekening te houden met de subjectieve positie van de aandeelhouder. Met de objectivering van het waardebegrip in de verschillende heffingswetten verviel huns

802 Zie tevens het op dezelfde dag gewezen arrest HR 18 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4701, BNB 1992/286, in welk geval feitelijk was vastgesteld dat geen sprake was van een samenwerkende groep, maar waar eveneens uit volgt dat, indien daarvan wel sprake was geweest, dit van invloed had kunnen zijn op de waardering. In dit verband zij ook gewezen op de noot van Hoogendoorn onder het arrest in BNB, waar hij opmerkt dat, hoewel waarde in het economische verkeer een objectieve maatstaf is, subjectieve factoren niet geheel buiten aanmerking worden gelaten. De plaats van de certificaten in het vermogen van belanghebbende speelt mede een rol bij de waardering. Hij verwijst in dit verband naar een nuanceverschil tussen de waardering voor het successierecht en voor de vermogensbelasting.

803 Vergelijk ook de noot van Hoogendoorn onder het arrest in BNB.

804 Zie over de certificaathouder met zeggenschap ook paragraaf 13.2.2.3 hiervoor.

805 Van den Dool en van der Hoeven 2015, paragraaf 4.5.

inziens echter ook de relevantie van de samenwerkende groep. Een willekeurige koper van een minderheidspakket zal naar hun mening zeker niet ervan uitgaan dat hij een welkome partner is in de samenwerkende groep. Naar hun mening kan de aanwezigheid van een samenwerkende groep in twee situaties een waardebepalende factor zijn:

- (a) De omstandigheden zijn van zodanige aard, dat een derde wel welkom is in de groep. Hoe groter het minderheidspakket is, hoe meer men mag verwachten dat men in samenwerking met andere grote aandeelhouders de dienst zal uitmaken bij de vennootschap, met als uiterste voorbeeld het 50%-pakket.
- (b) In de samenwerkende groep bevinden zich in beginsel de beste gegadigden voor een te koop aangeboden minderheidspakket. Dit minderheidspakket kan dan een hogere waarde hebben, indien reëel is dat de minderheidsaandeelhouder zijn positie kan uitbuiten. Ook kan zich de situatie voordoen waarin een van de leden van de samenwerkende groep door aankoop van het minderheidspakket een meerderheid kan verwerven. Men moet echter in gedachten houden dat de omstandigheid dat de andere leden van een samenwerkende groep gegadigden *kunnen* zijn die bereid zijn om een hogere prijs te betalen, nog niet betekent dat dit in een concreet geval zo is.

Zij geven voorts aan dat in de jurisprudentie in eerste instantie de samenwerkende groep betekenis bleef houden, maar dat deze in latere jurisprudentie in hoge mate is gerelativeerd. Zie voor een aantal voorbeelden van uitspraken over waardering bij een samenwerkende groep en de ontwikkeling daarin de aangehaalde passage van Van den Dool en Van der Hoeven.

De aanwezigheid van een samenwerkende groep kan op vergelijkbare wijze een rol spelen bij de waardering van certificaten van een minderheidspakket aandelen. Voor invloed van een samenwerkende groep op de waarde van de certificaten is naar mijn mening vereist dat de certificaathouders de STAK beheersen (en daarmee indirect het onderliggende vermogen). Een voor de hand liggende wijze waarop men in deze positie komt, is indien de samenwerkende certificaathouders samen een meerderheid van de stemmen in het bestuur van de STAK hebben. Ook is theoretisch denkbaar dat sprake is van een vergadering van certificaathouders met zodanig verregaande bevoegdheden, dat deze de STAK controleert. In geval van certificering die bedoeld is om te functioneren als beschermingsfiguur zal van een dergelijke groep echter niet of nauwelijks sprake kunnen zijn: het doel van de certificering staat eraan in de weg dat de certificaathouders een dergelijk grote zeggenschap hebben, aangezien zij daarmee in principe ook in staat zouden zijn om de bescherming van de certificering ongedaan te maken.

Bovendien is de enkele aanwezigheid van een samenwerkende groep niet voldoende om

tot de conclusie te komen dat hiervan een waardeverhogend effect uitgaat. Hiervoor is tevens nodig dat ofwel de positie in de samenwerkende groep kan overgaan op een verkrijger van de certificaten, bijvoorbeeld omdat een zetel in het bestuur van de STAK aan het bezit van de certificaten gekoppeld is, ofwel een of meer van de overige leden van de samenwerkende groep in de omstandigheden van het specifieke geval bereid en in staat zouden zijn om een hogere prijs voor de certificaten te betalen, dan de omvang van dit pakket certificaten op zichzelf zou rechtvaardigen. In geval van certificering als beschermingsfiguur komt mij voor dat deze situatie zich zelden voor zal doen.

13.2.2.5 Aftrek wegens incourantheid

De omstandigheid dat aandelen incourant zijn, kan aanleiding geven voor een korting op de waarde in verband met de beperkte verhandelbaarheid. Van der Dool en Van der Hoeven geven evenwel aan dat hiervoor slechts plaats is bij aandelen die voor de aandeelhouder een beleggingskarakter hebben, maar niet in geval van een aandeelhouder die door middel van zijn aandelenbezit in feite beschikt over het vermogen van de vennootschap. Dit is ook de algemene lijn in de jurisprudentie op dit punt. Kennelijk ligt in de praktijk een korting voor incourantheid tussen de 5% en 10%.⁸⁰⁶

Ook certificaten zullen doorgaans incourant zijn, voor zover al geen sprake is van juridische beperkingen in de verhandelbaarheid. De vraag naar een korting wegens die incourantheid kan derhalve ook opkomen bij certificaten. Hetgeen hiervoor is opgemerkt ter zake van aandelen doortrekkend naar certificaten, lijkt mij dat bij certificaten van aandelen die zelf reeds een beleggingskarakter hebben, geen ruimte is voor een korting wegens incourantheid. Deze korting is dan reeds verwerkt in de waarde van de aandelen, dus tenzij de verhandelbaarheid van de certificaten nog weer significant geringer is dan die van de onderliggende aandelen, zou het dubbelop zijn om een dergelijke korting ook nog toe te passen bij de waardering van de certificaten.

Bij certificaten van aandelen die zelf niet het karakter van een belegging hebben, enigszins kort door de bocht geredeneerd van een volledig of meerderheidspakket aandelen, zou dit anders kunnen liggen. Bij de waardering van de aandelen zelf is geen ruimte voor een aftrek wegens incourantheid, omdat de aandelen op één lijn te stellen zijn met een in eigen onderneming geïnvesteerd kapitaal. De certificaten kennen dan in vergelijking met de aandelen (ten minste) in beginsel twee waardedrukkende elementen, namelijk het ontbreken van de zeggenschap en de omstandigheid dat de certificaten wel de betekenis van een belegging hebben, hetgeen ruimte geeft voor een aftrek wegens incourantheid. Er lijkt mij in die situatie dan ook plaats voor de argumentatie dat naast een waardering die is aangepast op het ontbreken van de zeggenschap bij de certificaten (en de daarmee samenhangende andere betekenis

806 Zie Van den Dool en Van der Hoeven 2015, paragraaf 5.5.

hiervan) ook enige aftrek wegens de incourantheid hiervan in aanmerking genomen zou moeten worden.

13.2.2.6 Beperking in de overdraagbaarheid van de certificaten

Zoals besproken in paragraaf 7.7.3.2 is het mogelijk om de overdraagbaarheid van certificaten, althans van het vorderingsrecht dat de kern vormt van de rechtspositie van de certificaathouder, uit te sluiten. Dit kan zowel een volledige uitsluiting van iedere overdracht betreffen, maar ook een beperking van de overdraagbaarheid is mogelijk. Dit kan zich bijvoorbeeld uiten in een blokkeringsregeling of kwaliteitseisen met goederenrechtelijke werking.

Met statutaire beperkingen bij de overdracht van aandelen wordt overigens in het algemeen geen rekening gehouden bij de waardering van die aandelen.⁸⁰⁷ Voor een voorbeeld van jurisprudentie inzake een blokkeringsregeling zij gewezen op de uitspraak van hof Leeuwarden van 28 september 1979, ECLI:NL:GHLEE:1979:AX0132, BNB 1981/33 en met betrekking tot een kwaliteitseis op het arrest HR 5 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8260, BNB 1985/216. Zie voorts HR 22 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AX4037, BNB 1975/46, waarin bij de waardering van een minderheidspakket aandelen rekening gehouden wordt met een statutaire aanbiedingsplicht na overlijden, maar hieraan wordt eerder een waardeverhogend effect toegeschreven, aangezien tevens sprake is van een voorschrift voor de prijsbepaling bij aanvaarding van het aanbod, hetgeen de positie van de minderheidsaandeelhouder versterkt. Logischerwijs wordt dezelfde benadering gevolgd bij vergelijkbare regelingen bij certificaten en zal veelal geen waardedrukkend effect in aanmerking genomen worden bij beperkingen in de overdraagbaarheid hiervan.

Anders ligt dit naar mijn mening bij een uitsluiting van de overdraagbaarheid van de certificaten, evenals bij een dermate stringente beperking dat overdracht wellicht niet uitgesloten is, maar de facto onmogelijk is gemaakt. In een dergelijke situatie kan men naar mijn mening zeggen dat de hypothetische gegadigde, die de maatstaf is van de waarde in het economische verkeer, niet bestaat, omdat een ander de certificaten nooit zal kunnen verkrijgen.⁸⁰⁸ Dat impliceert nog niet dat de certificaten waardeloos zijn, aangezien deze nog steeds rendement kunnen opleveren, maar het lijkt mij wel op zijn plaats om bij de waardering van de certificaten rekening te houden met de onoverdraagbaarheid.

In dit verband zij ook gewezen op de toelichting die de staatssecretaris geeft naar aanleiding van de uitspraak van hof Amsterdam van 29 maart 2012,

⁸⁰⁷ Van den Dool en Van der Hoeven 2015, paragraaf 5.4.

⁸⁰⁸ Althans anders dan krachtens huwelijksvermogensrecht of erfrecht, aangezien dan geen sprake is van een overdracht, maar van een overgang onder algemene titel.

ECLI:NL:GHAMS:2012:BW1517, V-N 2012/52.19.⁸⁰⁹ Deze uitspraak betreft de vraag in hoeverre voor de heffing van loonbelasting ter zake van een beloning in de vorm van aandelen rekening gehouden moet worden met een waardedrukkend effect van een lock up, een gedurende een bepaalde periode geldend vervreemdingsverbod ter zake van deze aandelen. Het hof houdt hier inderdaad rekening mee, in een sterkere mate dan door de inspecteur bepleit. Naar aanleiding van de uitspraak komt de staatssecretaris met nieuw beleid, waarbij onder omstandigheden (onder andere dat het beurs aandelen betreft en dat vervreemding rehtens en feitelijk niet mogelijk is) een bepaalde korting op de waarde van de aandelen genomen mag worden volgende de volgende staffel:

Vervreemdingsverbod	Marginale afwaarder- ing	Cumulatieve afwaardering
1 volledig jaar	5,5%	5,5%
2 volledige jaren	4,5%	10%
3 volledige jaren	3,5%	13,5%
4 volledige jaren	2,5%	16%
5 volledige jaren	2,5%	18,5%

Weliswaar betreft dit beleid voor de loonbelasting⁸¹⁰ en is een met de werkgever overeengekomen vervreemdingsverbod iets heel anders dan het (geheel) uitsluiten van de overdraagbaarheid van certificaten, maar de omstandigheid dat met een lock up rekening gehouden wordt, impliceert mijns inziens wel dat er ruimte is om bij de waardering van certificaten rekening te houden met een (ook veel verdergaande) onmogelijkheid om te vervreemden, daargelaten hoe groot de korting dan zou moeten zijn.

13.2.2.7 Ontbreken doorstootverplichting

Het is niet ongebruikelijk, zeker bij certificaten van aandelen,⁸¹¹ om in de administratievoorwaarden te bepalen dat de STAK inkomsten die zij ontvangt uit het gecertificeerde vermogen (nagenoeg) direct dient door uit te keren aan de certificaathouders, een zogenoemde doorstootverplichting. Het is evenwel niet noodzakelijk om deze overeen te komen.⁸¹² De vraag is dan of het ontbreken van een dergelijke verplichting voor de STAK gevolgen heeft voor de waarde van de certificaten.

Op dit punt kan een vergelijking gemaakt worden met aandelen in bijvoorbeeld een

809 Toelichting van 31 mei 2012, nr. DGB 2012-3214 (tevens opgenomen in V-N 2012/52.19).

810 Zie voorts het redactionele commentaar in V-N 2012/52.19, waarin de redactie aangeeft van mening te zijn dat deze staffel ook voor de waardering in box 3 zou moeten gelden.

811 In geval van bijvoorbeeld aanmerkelijkbelangaandelen ook om fiscale redenen, zie paragraaf 13.4.1.2.

812 Waarbij zij aangetekend dat, indien het ontbreken van een doorstootverplichting gecombineerd wordt met andere beperkende voorwaarden, zoals niet-royeerbaarheid en uitsluiting van de overdraagbaarheid van de certificaten, de certificering mijns inziens op enig moment niet meer als maatschappelijk aanvaardbaar beschouwd kan worden (zie paragraaf 7.14.3).

familievennootschap waarop geen dividenden worden uitgekeerd. Van den Dool en Van der Hoeven merken hierover op dat, uitgaande van waardering op basis van het rendement (de rendementswaarde) men strikt genomen op een waardering van nihil zou uitkomen. Huns inziens hebben ook aandelen waarop geen dividend wordt uitgekeerd toch wel enige waarde. De waardering kan dan plaatsvinden door enig gewicht toe te kennen aan de waarde van de onderneming van de vennootschap en de mogelijkheid om de aandelen op enig moment te vervreemden aan een medeaandeelhouder.⁸¹³ Bij certificaten zonder doorstootverplichting zou een vergelijkbare benadering gevolgd kunnen worden, met dien verstande dat denkbaar is dat bijvoorbeeld vervreemding aan een medecertificaathouder geen reële optie is. Dit geldt naar mijn mening zowel voor een minderheidspakket certificaten (de situatie waarvan Van den Dool en Van der Hoeven bij aandelen uitgaan) als voor een meerderheidspakket, aannemend dat aan het laatste pakket qua mate van zeggenschap met een minderheidspakket op één lijn te stellen is.

13.2.2.8 Conclusie

In geval van certificering kunnen er meerdere factoren zijn, waarvan potentieel een waardedrukkend effect uitgaat. Hierbij kan gedacht worden aan het ontbreken van zeggenschap, beperkingen in de royeerbaarheid, beperkingen in de overdraagbaarheid en het ontbreken van een verplichting voor de STAK om inkomsten door uit te keren. Uiteraard hangt het zeer af van de omstandigheden en voorwaarden van een specifiek geval in hoeverre deze factoren geacht kunnen worden met zich te brengen dat de certificaten een lagere waarde hebben dan de gecertificeerde goederen. In het geval van certificaten van aandelen kunnen naar mijn mening gezien het voorgaande wel de volgende algemene regels gehanteerd worden:

- (a) Het ontbreken van zeggenschap leidt niet tot een waardedrukkend effect indien de onderliggende aandelen (evenals de certificaten) voor de houder hiervan de betekenis van een belegging hebben (kort gezegd bij een minderheidspakket). Van een dergelijk waardedrukkend effect kan wel sprake zijn indien de aandelen de betekenis hebben van in een eigen onderneming gestoken vermogen (kort gezegd bij een volledig of meerderheidspakket).
- (b) De omstandigheid dat een certificaathouder overheersende zeggenschap heeft, kan slechts een waardebepalende factor zijn indien de omstandigheid waaraan die zeggenschap ontleend wordt (zoals het zijn van bestuurder van de STAK), voortvloeit uit het bezit van de certificaten en dus ook overgaat op een verkrijger hiervan.

813 Van den Dool en Van der Hoeven 2015, pagina 118 – 119.

- (c) Op vergelijkbare wijze kan de omstandigheid dat de certificaathouder dergelijke zeggenschap heeft als lid van een samenwerkende groep (op het niveau van de STAK) slechts betekenis hebben indien reëel verwacht kan worden dat een gegadigde voor de certificaten deel uit kan gaan maken van de samenwerkende groep. Daarnaast kan de aanwezigheid van een samenwerkende groep van invloed zijn op de waardering, indien reëel verwacht kan worden dat de andere leden van de samenwerkende groep gegadigden zouden zijn voor de certificaten (en bereid zouden zijn om daarvoor een hogere prijs te betalen).
- (d) Incourantheid van de certificaten kan slechts een factor zijn om rekening mee te houden indien hiermee nog niet bij de waardering van de onderliggende aandelen rekening is gehouden (hetgeen bij een minderheidspakket aandelen in principe het geval is).
- (e) Beperkingen in de overdraagbaarheid in de vorm van blokkeringsregelingen of kwaliteitseisen zullen doorgaans niet leiden tot een lagere waarde van de certificaten. Dit zou naar mijn mening echter wel het geval moeten zijn indien de overdraagbaarheid (nagenoeg) geheel is uitgesloten.
- (f) Het ontbreken van een doorstootverplichting zou ten slotte mijns inziens ook terug moeten komen in de waardering van de certificaten, met dien verstande dat deze altijd enige waarde zullen houden.

De waardering van de certificaten blijft echter in alle gevallen een zeer feitelijke aangelegenheid.

13.2.3 Waardering van certificaten van andere goederen

Evenals bij certificaten van aandelen kunnen de beperkingen die certificering met zich brengt als consequentie hebben dat certificaten van andere goederen een geringere waarde hebben dan deze goederen zelf. In hoeverre beperkingen zoals in de royeerbaarheid, overdraagbaarheid, zeggenschap, mogelijkheid om direct inkomsten te ontvangen en eventueel beschikkingsmacht een dergelijk waardedrukkend effect hebben, hangt uiteraard ook bij andere goederen sterk af van de omstandigheden/precieze voorwaarden van certificering, maar ook van de aard van het goed en de betekenis die dit voor de rechthebbende heeft.

In geval van bijvoorbeeld beleggingsvastgoed komt mij voor dat het zeggenschapsaspect van ondergeschikt belang is, evenals overigens de mogelijkheid om te kunnen royeren. Bij vastgoedfondsen zijn deze beperkingen althans geen bezwaar voor de deelnemers. De mogelijkheid om uit de belegging te kunnen stappen, vertaald naar certificaten om deze te kunnen vervreemden, lijkt mij daarentegen wel weer van belang.

Een vergelijkbare redenering gaat mijns inziens op voor andere vormen van beleggingen, zoals portfolio aandelen, obligaties, etc. Zeker bij beleggingen die het voornamelijk moeten hebben van de daaruit opkomende inkomsten en niet van waarde stijgingen zal bovendien het ontbreken van een doorstootverplichting logischerwijs van invloed zijn op de waarde.

Certificering als beschermingsfiguur kan zich voordoen bij aanmerkelijkbelangaandelen en bij beleggingen, maar ook bij andersoortige goederen, zoals het familielandgoed en de kunstcollectie. In het geval van deze laatste twee soorten goederen speelt de feitelijke beschikkingsmacht over het gecertificeerde vermogen naar mijn mening een grotere rol: de gegadigde zal (significant) minder over hebben voor de certificaten van dergelijke goederen, indien hieraan niet het feitelijke gebruik gekoppeld is. Dat is overigens een element dat overeengekomen kan worden in de administratievoorwaarden.

Ik wil hier verder niet stil staan bij alle mogelijke (soorten) goederen en de wijze waarop certificering hiervan en de mogelijke voorwaarden waaronder dit geschiedt een waardedrukkend effect kunnen hebben, anders dan nog de aandacht te vestigen op het volgende aspect. Indien aandelen worden gecertificeerd zal doorgaans sprake zijn van één certificaat of meerdere certificaten tegenover één aandeel, in elk geval als het om aanmerkelijkbelangaandelen gaat. Indien echter een kunstcollectie of een beleggingsportefeuille gecertificeerd wordt, kan zich echter de situatie voordoen waarin een dergelijke een-op-een koppeling niet zo eenvoudig te maken is. Dan ligt veeleer voor de hand om een bepaald aantal certificaten uit te geven tegenover het gehele gecertificeerde vermogen, waarbij ieder certificaat aanspraak geeft op een evenredig deel hiervan. Het bepalen van een evenredig deel van het onderliggende vermogen zal, zeker indien het om een beleggingsportefeuille gaat, doorgaans wel haalbaar zijn. Het in aanmerking nemen van eventuele waardedrukkende factoren bij een samengesteld gecertificeerd vermogen kan echter minder eenvoudig zijn, in elk geval indien dit vermogen niet homogeen van samenstelling is. Dit laatste aspect pleit er naar mijn mening dat ook voor om, indien men vermogen dat bestaat uit meerdere (soorten) bestanddelen wil certificeren, per (soort) bestanddeel een aparte serie certificaten uit te geven, desnoods met op de aard van het vermogen toegesneden voorwaarden. Onder omstandigheden kan dit de waardering vergemakkelijken.

Ter afsluiting merk ik op dat de in paragrafen 13.2.2.3 en 13.2.2.4 besproken aspecten met betrekking tot een certificaathouder met zeggenschap en een samenwerkende groep van certificaathouders ook een rol kunnen spelen bij certificaten van andere goederen dan aandelen. Naarmate zeggenschap een grotere rol speelt bij de waarde van dergelijke goederen, is zeggenschap van de certificaathouder, zo die van dien aard is dat daarmee bij de waardering rekening gehouden kan worden, ook van grotere invloed.

13.2.4 Conclusie

Certificering kan, afhankelijk van de voorwaarden waaronder dit heeft plaatsgevonden, tot gevolg hebben dat het certificaat een lagere waarde heeft dan het gecertificeerde goed. In het algemeen zal een dergelijk waardedrukkend effect zich voordoen voor zover het certificaat kenmerken ontbeert die (i) het onderliggende goed wel heeft en die (ii) mede de waarde van het onderliggende goed (in significante mate) bepalen. Dit kan bijvoorbeeld zeggenschap zijn. Indien het gecertificeerde goed zijn waarde niet of nauwelijks ontleent aan zeggenschap, hetgeen bijvoorbeeld bij een belegging het geval kan zijn, leidt het komen te ontbreken hiervan ook niet of nauwelijks tot een verschil in waarde tussen certificaat en gecertificeerd goed. Eenzelfde redenering is mogelijk voor andere beperkte aspecten van certificering, zoals niet-royeerbaarheid, beperkingen in de overdraagbaarheid en het ontbreken van een doorstootverplichting voor de STAK.

Deze conclusie impliceert echter dat een bepaalde te belasten waarde verdampt, omdat deze niet belast wordt bij de certificaathouder (in geval van inkomstenbelasting) of de verkrijger van de certificaten (in geval van schenk- of erfbelasting), maar ook niet bij een ander. Voor de STAK als juridisch eigenaar vertegenwoordigen de gecertificeerde goederen geen waarde, aangezien de STAK verplicht is om deze goederen en de daaruit voortkomende inkomsten op enig moment aan de certificaathouders over te dragen⁸¹⁴. De vraag is dan in hoeverre dat een bezwaar is. Conceptueel is dat mijns inziens niet het geval; er zijn ook meer situaties denkbaar dat een wijziging van de voorwaarden waaronder of de persoon/personen, door wie een goed gehouden wordt, invloed heeft op de waarde die in de belastingheffing betrokken kan worden⁸¹⁵. Vanuit het perspectief van de belastingheffing lijkt enige weerstand tegen dit effect mij evenwel denkbaar, maar dat is vanzelfsprekend geen reden om geen rekening te houden met een waardedrukkend effect, indien dit zich voordoet.

Ter afsluiting merk ik op dat het voorgaande er vanuit gaat dat voor de heffing van inkomstenbelasting en voor de toepassing van de Successiewet aangeknoopt moet worden bij het certificaat. In de navolgende paragraaf wordt onderzocht in hoeverre deze veronderstelling wel terecht is en, zo nee, wat voor consequenties dat dan heeft.

13.3 De certificaathouder als economisch eigenaar

In deze paragraaf bespreek ik de positie van de certificaathouder als economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen. Daartoe ga ik eerst kort in op de vereisten gesteld aan economische eigendom en de mate waarin een certificaathouder

814 Zie bijvoorbeeld paragraaf 7.3 of paragraaf 7.5.

815 Een voorbeeld is een pakket aandelen: indien de aandelen in handen van één persoon zijn, is de waarde van alle aandelen tezamen in beginsel anders, dan wanneer deze verspreid zijn over meerdere aandeelhouders.

hieraan voldoet. Vervolgens komt aan de orde wat de fiscale gevolgen zijn, indien de certificaathouder inderdaad als economisch eigenaar kwalificeert.

13.3.1 Vereisten aan economische eigendom

Onder omstandigheden kan zich de situatie voordoen dat niet degene die juridisch rechthebbende is op een goed als de fiscale eigenaar van dit goed beschouwd wordt, maar in plaats daarvan degene die het economische belang bij het goed heeft, de economische eigenaar⁸¹⁶. Om economisch eigenaar te zijn, moet men voldoen aan een aantal vereisten:

- (a) de economische eigenaar moet het volledige belang bij waardemutaties (zowel waardestijgingen als waardedalingen) hebben;
- (b) hij moet tevens het volledige risico van tenietgaan van het goed dragen; en
- (c) ten slotte moet ook het volledige genot (in positieve en negatieve zin, oftewel zowel de vruchten c.q. het gebruik als de lasten) voor de economische eigenaar zijn.

In de literatuur bestaan verschillen van mening over of, dan wel de mate waarin, deze factoren zich voor moeten doen. Zo is ter discussie gesteld of daadwerkelijk het volledige belang bij waardemutaties vereist is, alsmede of het risico van tenietgaan nog een rol speelt. Ook is niet iedere auteur van mening dat het genot één van de vereisten is. Mijns inziens moeten gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad deze factoren zich evenwel (volledig) voordoen, alvorens een economisch belanghebbende bij een goed als de economisch eigenaar hiervan beschouwd kan worden. In de onderhavige context is bovendien met name van belang dat overigens in de literatuur een ruimer, maar niet een beperkter, begrip economische eigendom gehanteerd wordt.⁸¹⁷

Vrij algemeen wordt aangenomen dat de certificaathouder economisch eigenaar is, althans kan zijn, van het gecertificeerde vermogen.⁸¹⁸ Het certificaat geeft hem recht op (de waarde van) het gecertificeerde vermogen en de waardemutaties gaan ook enkel de certificaathouder aan en niet de STAK,⁸¹⁹ met dien verstande dat deze waarde

⁸¹⁶ In relatie tot vermogensrechten zou de term "economische rechthebbende" zuiverder zijn. Aangezien algemeen echter de term economische eigenaar gebruikt wordt, zal ik deze ook hanteren.

⁸¹⁷ Zie voor een toelichting van deze elementen van economische eigendom op basis van jurisprudentie, alsmede literatuur op dit gebied De Leeuw 2018, hoofdstuk 2.

⁸¹⁸ Zie bijvoorbeeld A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001, FED Deventer 2000, pagina 192, S.M.H. Dusarduijn, Certificering van vermogen: vereenzelviging voor de inkomstenbelasting?, WPNR 2007/6737, paragraaf 3.1 en P.W. Hofman en S. Singh, Certificeren van Vermogen, WFR 2017/7174, paragraaf 4.1.

⁸¹⁹ Aangezien certificering berust op een obligatoire overeenkomst en er een grote mate van vrijheid bestaat bij de inrichting daarvan (zie paragraaf 7.5), is uiteraard denkbaar om een afspraak te maken die de certificaathouder slechts een aanspraak geeft op een gedeelte van de waarde van een goed. Ik ga

bij niet- of beperkt royeerbare certificaten mogelijk niet onmiddellijk te verzilveren is⁸²⁰. De certificaathouder draagt ook het risico van tenietgaan: dit komt volledig voor rekening van de certificaathouder. Indien het gecertificeerde goed teniet gaat, wordt het certificaat waardeloos, maar de economische positie van de STAK wijzigt niet. Het aspect van genot ligt wat genuanceerder: indien de STAK een verplichting heeft om inkomsten die opkomen uit het gecertificeerde vermogen direct door uit te keren aan de certificaathouder, althans na aftrek van kosten⁸²¹, heeft de certificaathouder het (netto) genot. Het opnemen van een dergelijke doorstootverplichting is, hoewel om fiscale redenen bij bijvoorbeeld aanmerkelijkbelangaandelen zeer gebruikelijk, vanuit een civielrechtelijk perspectief echter niet noodzakelijk. Men kan in plaats daarvan in de administratievoorwaarden bijvoorbeeld opnemen dat de STAK de mogelijkheid heeft om naar eigen inzicht inkomsten te herinvesteren in plaats van uit te keren. Een alternatief is om de STAK bij een dergelijke bevoegdheid tot herinvestering geen volledige vrijheid te geven, maar bepaalde richtlijnen neer te leggen voor het doen van uitkeringen uit inkomsten.⁸²² Ook kan de certificaathouder een rol krijgen bij het uitkeringsbeleid, bijvoorbeeld via inspraak voor een vergadering van certificaathouders.

Zeker indien de STAK volledige vrijheid heeft bij het al dan niet doen van uitkeringen en deze dus in theorie tot in het oneindige kan uitstellen, kan men zich afvragen of de certificaathouder nog wel het genot heeft. Dit zou naar mijn mening echter niet reeds het geval moeten zijn bij het enkel ontbreken van een doorstootverplichting.⁸²³ De certificaathouder blijft ook in dat geval economisch gerechtigd tot de door de STAK ontvangen inkomsten, dan wel de goederen waarin die inkomsten geïnvesteerd zijn, ook al ontvangt hij deze niet direct. Dit kan naar mijn mening evenwel anders liggen, afhankelijk van de voorwaarden waaronder de certificering heeft plaatsgevonden. In de meest restrictieve variant zou sprake zijn van (i) (volledig) niet-royeerbare certificaten, (ii) zonder doorstootverplichting en met een volledige vrijheid voor het bestuur van de STAK om al dan niet tot uitkering over te gaan, die (iii) onoverdraagbaar zijn en (iv)

evenwel uit van de gebruikelijke variant, waarbij de certificaathouder wel een vorderingsrecht heeft ter zake van de volledige waarde(mutaties).

820 Overdraagbaarheid speelt in dit kader ook een rol, aangezien verkoop van de certificaten een wijze kan zijn om de onderliggende waarde althans gedeeltelijk te verzilveren. De koopsom wijkt mogelijk echter af van de waarde van het gecertificeerde vermogen, vanwege de beperkingen die de certificering met zich brengt.

821 Dat kunnen zowel kosten zijn die verband houden met de (inning van de) desbetreffende inkomsten, als kosten die samenhangen met het beheer van de het gecertificeerde vermogen. Logischerwijs zullen de administratievoorwaarden voorzien in een mogelijkheid voor de STAK om beide soorten kosten in te houden, aangezien de STAK anders een negatief vermogen zou (kunnen) krijgen.

822 Bijvoorbeeld na het verstrijken van een bepaalde periode, als de certificaathouder een bepaalde leeftijd bereikt of in geval van een bepaalde gebeurtenis.

823 Vergelijk voorts Dusarduijn, WPNR 2007/6737, paragraaf 4.2, die opmerkt dat ook sprake zal zijn van het behoud van het volledige economische belang indien dividenden en andere opbrengsten niet direct worden doorgestoten naar de certificaathouders, omdat ook in dat geval de certificaathouders bij uitsluiting bevoegd zijn om te beschikken over de door de STAK opgepotte opbrengsten en waarden van de gecertificeerde aandelen.

waarbij iedere invloed van de certificaathouder op de organisatie van de STAK via de statuten of de administratievoorwaarden tot het minimale is teruggebracht.⁸²⁴

Er valt naar mijn mening moeilijk een algemene uitspraak te doen over waar de grens ligt waarbij de voorwaarden, waaronder certificering heeft plaatsgevonden, zodanig beperkend zijn dat de certificaathouder niet langer als economisch eigenaar beschouwd kan worden. Indien men de hiervoor beschreven meest restrictieve kant van het spectrum beschouwt, dan ben ik echter van mening dat geen sprake is van economische eigendom. Weliswaar kan gezegd worden dat de certificaten een aanspraak verschaffen om ooit de waarde van het gecertificeerde vermogen en de daaruit voortgekomen inkomsten te ontvangen, maar gezien de daaraan verbonden voorwaarden wordt deze aanspraak mijns inziens wel erg theoretisch. De certificaathouder heeft geen enkele mogelijkheid om te beïnvloeden op welke moment hij (een deel van) zijn economische belang kan verzilveren; deze macht berust geheel bij het bestuur van de STAK. Dit heeft in mijn ogen tot gevolg dat de certificaathouder niet langer het volledige economische belang heeft en daarmee dat hij geen economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen.

De vraag waar de grens ligt, wanneer de invloed van het bestuur van de STAK zodanig groot wordt en die van de certificaathouder zodanig klein dat de certificaathouder geen volledig economisch belang meer heeft bij het gecertificeerde vermogen, is zoals opgemerkt niet goed in algemene termen te beantwoorden. Wel wil ik iets nader ingaan op de volgende situatie. Hiervoor refereerde ik reeds aan het ontbreken van een doorstootverplichting. Mijns inziens hoeft het ontbreken hiervan niet te betekenen dat geen sprake is van economische eigendom, ook niet indien deze voorwaarde gecombineerd is met niet-royeerbaarheid van de certificaten. In hoeverre de certificaathouder in die situatie geacht kan worden economische eigendom te hebben, hangt naar mijn mening af van de overige voorwaarden. Daarbij kan gedacht worden aan de mogelijkheid voor de certificaathouder om de certificaten over te dragen en aldus zijn economische belang (althans deels) te realiseren, of aan de invloed van de certificaathouder op het uitkeringsbeleid, of inspraak daarin, al dan niet via een vergadering van certificaathouders. Het zal van de precieze voorwaarden afhangen, of men nog kan zeggen dat de certificaathouder economisch eigenaar is of niet.

Overigens zal de certificaathouder veelal de feitelijke macht over het gecertificeerde vermogen ontberen, in elk geval indien dit een beleggingskarakter heeft, maar dat staat niet in de weg aan het zijn van economisch eigenaar.^{825 826}

824 Aan de maatschappelijke aanvaardbaarheid van certificering onder dermate restrictieve voorwaarden kan men overigens twijfelen, zie paragraaf 7.14.3.

825 Zie De Leeuw 2018, paragraaf 2.4.

826 Uit de strekking van sommige fiscale regelingen kan evenwel voortvloeien dat het hebben van macht naast het economische belang een vereiste is voor toepassing daarvan, zoals artikel 3.55 Wet IB 2001 dat expliciet een vereiste mate van stemrecht noemt. In een dergelijk geval zal de certificaathouder

Een bijzondere situatie is ten slotte een STAK die voor een groot deel met leningen gefinancierd is. Bij certificering als beschermingsfiguur zal het vermoedelijk veelal zo zijn dat de STAK (vrijwel) alleen maar vermogensbestanddelen heeft en geen of slechts beperkte schulden. In dat geval zal de waarde van de vermogensbestanddelen de eventuele schulden dekken, zodat het faillissement van de STAK slechts een theoretische overweging is. Denkbaar is echter dat het vermogen van de STAK wel grotendeels of geheel⁸²⁷ gefinancierd is met schuld. Dan bestaat het risico dat het vermogen en de inkomsten niet toereikend blijken om de schulden en rente daarop te voldoen, bijvoorbeeld omdat het gecertificeerde vermogen significant in waarde is gedaald. In een dergelijk geval kan naar mijn mening niet gezegd worden dat de lasten en het neerwaartse risico van dit vermogen volledig voor de certificaathouder zijn. Voor zover rente dan wel hoofdsom niet voldaan kan worden, wordt dit risico immers afgewenteld op de financier van de STAK. Vanzelfsprekend wordt dit anders indien de certificaathouder een verplichting heeft om bij een negatief vermogen stortingen in de STAK te doen, maar bij mijn weten is dit geen gebruikelijke voorwaarde. Het is in elk geval geen voorwaarde die past bij certificering met een beschermingsfunctie; het financieren van de STAK met een grote schuld past daarin overigens ook minder. Aannemend dat een dergelijke verplichting er niet is, kan mijns inziens niet gezegd worden dat de certificaathouder in zo'n situatie nog de economisch eigenaar van het gecertificeerd vermogen is.^{828 829} Hij is naar mijn mening echter wel economisch eigenaar, indien deze verplichting ontbreekt, maar de vermogenspositie van de STAK zodanig is, dat op voorhand duidelijk is dat deze aan al haar verplichtingen zal kunnen voldoen. De facto komen in dat laatste geval de volledige waardemutaties en het (netto) genot voor rekening van de certificaathouder.

uiteraard wel aan het gestelde zeggenschaps criterium dienen te voldoen, zie Dusarduijn, WPNR 2007/6737, paragraaf 3.3.

827 Hoewel in het laatste geval een onafhankelijke financier aanvullende zekerheden zal wensen.

828 In vergelijkbare zin Hofman en Singh, WFR 2017/7174, paragraaf 4.1.

829 Een alternatieve benadering is om ieder goed en iedere schuld van de STAK separaat te beoordelen op economische gerechtigdheid c.q. verplichting van de certificaathouder. Gezien de samenhang tussen beide binnen de certificering ligt dit naar mijn mening echter minder voor de hand. Bovendien kan zich bij een dergelijke separate beoordeling het probleem voordoen dat de goederen anders behandeld worden dan de schulden. Per goed bezien zal, tenzij sprake is van zeer restrictieve administratievoorwaarden of bijzondere bepalingen, de certificaathouder het volledige economische belang hebben en daarmee economisch eigenaar zijn van het desbetreffende goed. Voor schulden ligt dit echter anders, aangezien doorgaans niet bepaald wordt dat de certificaathouder verplicht is om de schulden van de STAK te voldoen, indien de STAK hier zelf bij gebrek aan middelen niet toe in staat is. Indien het vermogen van de STAK slechts voor een klein gedeelte met schuld is gefinancierd, lijkt mij zoals opgemerkt een redelijke benadering dat de certificaathouder de facto het volledige economische risico van die schuld draagt. Indien echter sprake is van zoveel schulden dat niet meer gezegd kan worden dat de certificaathouder economisch de schuldenaar is, dan zou het merkwaardige resultaat zijn dat de goederen fiscaal wel worden beschouwd als goederen van de certificaathouder, maar dat dit niet geldt voor de schulden. Praktisch gezien valt dit wellicht op te lossen door toch een verplichting ter grootte van de schuld (tot maximaal de waarde van de goederen) bij de certificaathouder in aanmerking te nemen, maar conceptueel leidt een separate benadering van goederen en schulden in potentie tot een onevenwichtig resultaat. Civielrechtelijk is er weliswaar een verschil, maar een redelijke uitkomst houdt naar mijn mening in dat bij certificering op vergelijkbare wijze rekening gehouden wordt met de gecertificeerde goederen en eventuele schulden.

Concluderend is de certificaathouder naar mijn mening veelal economisch eigenaar, maar zijn er specifieke omstandigheden of voorwaarden van de certificering denkbaar, die met zich brengen dat dit niet zo is.

13.3.2 Algemene gevolgen van de certificaathouder als economisch eigenaar

Indien de juridische eigenaar⁸³⁰ van een goed enig economisch belang bij dit goed behoudt, is hij tevens de economische eigenaar van dit goed. Pas indien een ander het volledige economische belang heeft, op de wijze zoals beschreven in paragraaf 13.3.1 hiervoor, is deze ander de economische eigenaar en daarmee ook de fiscale eigenaar.⁸³¹

Het begrip economische eigendom is in eerste instantie tot ontwikkeling gekomen in jurisprudentie met betrekking tot de winstbepaling in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, in het kader van bijvoorbeeld vragen of het desbetreffende goed voor de economische eigenaar een bedrijfsmiddel vormde, waarop afgeschreven kon worden.⁸³² Uit latere jurisprudentie volgt dat ook bij de belastingheffing ter zake van aanmerkelijkbelang aandelen wordt aangeknoopt bij de economische eigendom:

- In HR 13 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8160, BNB 1986/4, en HR 18 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AW7732, BNB 1987/229⁸³³, merkt de Hoge Raad certificaathouders met het (volledige) economische belang bij aandelen aan als middellijk aandeelhouder.
- In de daarna gewezen arresten HR 6 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1914, BNB 1996/164, en HR 18 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2451, BNB 1998/178, beschouwt de Hoge Raad certificaathouders van aandelen, die het economische belang van deze aandelen hebben, als onmiddellijk aandeelhouder.
- Deze lijn komt ook terug in lagere rechtspraak, zie bijvoorbeeld hof Den Haag

830 Strikt genomen is "rechthebbende" een zuiverder formulering. Voor een betere aansluiting bij de term "economisch eigenaar", zal ik echter hier ook spreken van de juridische eigenaar waar het (mede) vermogensbestanddelen betreft.

831 Althans voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, alsmede de schenk- en erfbelasting. De overdrachtsbelasting kent zijn eigen definitie van economische eigendom in artikel 2 lid 2 WBR en omzetbelasting knoopt aan bij de vraag of sprake is van een levering en niet zozeer bij eigendom (zie nader De Leeuw 2018, paragraaf 1).

832 Zie bijvoorbeeld HR 29 mei 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1893, BNB 1957/220 en HR 8 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC0360, BNB 1986/75. Zie voorts voor meer jurisprudentie de arresten aangehaald in De Leeuw 2018, paragraaf 2.1.

833 Op dit arrest is kritiek geweest, zie bijvoorbeeld de noot van Van Dijk onder het arrest in BNB 1987/229, aangezien de Hoge Raad de certificaathouder als middellijk aandeelhouder ziet, maar daarnaast ook het administratiekantoor als juridisch rechthebbende als aandeelhouder beschouwt. Dat leidt ertoe dat bij een geval als het onderhavige, waarbij de omvang van een belang beoordeeld moet worden om te bepalen of er sprake is van een aanmerkelijk belang, een deel van de aandelen tweemaal meegerekend wordt. Mijs inziens is deze kritiek terecht; een juridisch gerechtigde zonder economisch belang zou in fiscale zin niet als aandeelhouder aangemerkt moeten worden.

16 februari 1976, ECLI:NL:GHSGR:1976:AX3785, BNB 1976/251, waarin het hof van mening was dat zusters die volgens de statuten hun aandelen niet konden behouden, maar krachtens overeenkomst economisch belang (en zeggenschap) behielden, hun aanmerkelijk belang niet vervreemd hadden, hof Den Haag 3 juni 1987, ECLI:NL:GHSGR:1987:AW7654, V-N 1989/9.8, waarin het hof oordeelde dat certificering, waarbij de aandeelhouder het economische belang bij de aandelen hield,⁸³⁴ geen vervreemding van diens aanmerkelijk belang was, alsmede hof Arnhem 14 februari 2001, ECLI:NL:GHARN:2001:AB0409, V-N 2001/23.22, waar het hof oordeelt dat het economische belang doorslaggevend is bij de beoordeling bij wie aandelen in aanmerking genomen moeten worden voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling.

Uit de hiervoor aangehaalde arresten volgt voorts dat de certificaathouder met het volledige economische belang als economisch eigenaar wordt aangemerkt, ook indien hij geen zeggenschap/stemrecht heeft ter zake van de certificaten.⁸³⁵ De Hoge Raad spreekt in zijn arresten weliswaar niet expliciet over economische eigendom, maar gezien het feitencomplex en de referentie aan het (volledige) economische belang was daar mijns inziens wel sprake van. Derhalve is het de economische eigenaar en niet de (uitsluitend) juridische eigenaar die in het kader van de aanmerkelijkbelangregeling als aandeelhouder beschouwd moet worden. Dit betekent voorts dat het concept van economische eigendom naast in box 1, ook voor box 2 van de huidige inkomstenbelastingssystematiek toepasbaar is.

Vraag is dan of dit ook voor box 3 geldt. Een consistente toepassing van begrippen en concepten binnen het gehele systeem van de inkomstenbelasting pleit daar in ieder geval voor. In jurisprudentie met betrekking tot de vermogensbelasting, welke veelal toch ook voor de vermogensrendementsheffing zijn betekenis heeft behouden,⁸³⁶ werd evenwel een formeel juridische benadering gevolgd, althans voor wat betreft onroerende zaken: er zijn meerdere arresten met betrekking tot buitenlands belastingplichtigen met de juridische, maar niet de economische eigendom van een onroerende zaak, die bepleitten dat hun onroerende zaak een waarde had van nihil, maar nul op het rekest kregen omdat de rechter de economische eigendom niet beschouwde als een waardeverminderende factor.⁸³⁷ Derhalve werd geen rekening gehouden met de

834 Het hof verwijst ook naar de voorwaarden voor vereenzelviging van certificaten met gecertificeerde aandelen op grond van beleid (zie hiervoor nader paragraaf 2.1), waar aan voldaan was, maar dit lijkt ten overvloede te zijn.

835 Zie voorts De Leeuw 2018, paragraaf 2.4. Ook Hofman en Singh zijn van mening dat zeggenschap geen rol speelt bij het vaststellen of sprake is van economische eigendom (WFR 2017/7174, paragraaf 4.1.).

836 Zie voor situaties waarin de jurisprudentie inzake of systematiek gehanteerd bij van belang wordt geacht voor box 3 bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, pagina 228 en pagina 237, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 7, pagina 242, pagina 518 en pagina 525 en Kamerstukken II vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 17, pagina 131 – 132.

837 Zie bijvoorbeeld HR 23 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5212, BNB 1993/78, HR 8 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3810, V-N 1999/57.29 en HR 22 maart 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5226, V-N 2000/16.7. Dit punt was overigens specifiek een probleem voor buitenlands belastingplichtigen,

omstandigheid dat de juridische eigenaar geen economisch belanghebbende meer was. Een vraag is of een dergelijk formele benadering nog past in de economische benadering die thans bij de belastingheffing wordt gehanteerd. Ook suggereert (de hofuitspraak bij) HR 28 januari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AX3803, BNB 1976/213 dat het voor de heffing van vermogensbelasting ter zake van de bloot eigendom van aandelen niet uitmaakte of belanghebbende de juridisch en economische, of slechts de economische eigendom had. Voorts laat hof Leeuwarden in zijn uitspraak van 24 december 1981, V-N 1983/62.28, ruimte voor de mogelijkheid dat de economische eigendom voortvloeiend uit een pachtersinvestering aan vermogensbelasting onderworpen zou kunnen zijn.

De parlementaire toelichting bij de Wet IB 2001 biedt op dit punt geen duidelijkheid. In deze toelichting komt de term “economische eigendom” namelijk niet voor, anders dan in het kader van de eigenwoningdefinitie van artikel 3.111 lid 1 Wet IB en een zeer beperkte toelichting daarop.⁸³⁸ De jurisprudentie ter zake van economische eigendom in het verband van box 3-heffing is bovendien beperkt. Er zijn echter enkele uitspraken waaruit naar mijn mening volgt dat het concept van economische eigendom en de samenhangende economische in plaats van strikt juridische benadering ook in de context van box 3 toegepast dienen te worden:

- (a) De uitspraak van hof 's-Hertogenbosch van 13 oktober 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU5612, V-N 2012/20.16, heeft betrekking op de vraag of belanghebbende voorkoming van dubbele belasting kan krijgen ter zake van haar belang met betrekking tot Braziliaanse teakplantages, welke belang in box 3 belast werd. Het hof toetst in dit verband of belanghebbende er in slaagt om aannemelijk te maken dat zij de economische eigendom van (een deel van) deze plantages heeft. Hieraan ligt het uitgangspunt ten grondslag dat het zijn van economisch eigenaar van de onroerende zaak voldoende is voor het verkrijgen van voorkoming van dubbele belasting onder artikel 6 van het belastingverdrag tussen Nederland en Brazilië.
- (b) HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:18, V-N 2013/34.18, betreft de vraag of bepaalde restauratiekosten in verband met een (in box 3 vallend) appartementsrecht aftrekbaar zijn als uitgaven voor een monumentenpand. De Hoge Raad oordeelt dat

omdat deze in tegenstelling tot binnenlands belastingplichtigen veelal de leveringsverplichting niet als schuld in aftrek konden brengen. Of men veel medelijden met de belanghebbenden uit deze arresten dient te hebben, is overigens de vraag: de economische eigendom was veelal in handen van een eigen BV, hetgeen suggereert dat dit een met enige regelmaat toegepaste oplossing was om de heffing van vermogensbelasting te beperken, die kennelijk vanaf enig moment niet meer het gewenste effect sorteerde.

838 Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 7, pagina 191. Zie over certificaten van de eigen woning nader paragraaf 13.4.2.3. Ook komt de term eenmaal voor in het kader van een hier verder niet relevante vraag over dividendbelasting.

af trek slechts mogelijk is van kosten die zien op werkzaamheden die zijn verricht na de verkrijging van het economische belang bij het appartementsrecht.

- (c) Hof Amsterdam past in zijn uitspraak van 8 oktober 2015⁸³⁹ mijns inziens terecht de benadering toe dat voor het in aanmerking nemen van vermogen, in casu een bankrekening, eerst gekeken wordt naar de juridische gerechtigdheid, maar dat in afwijking daarvan de economische eigendom doorslaggevend is.
- (d) Hof Amsterdam⁸⁴⁰ oordeelde voorts over een zaak waarbij belanghebbende tot een aanmerkelijk belang behorende certificaten geschonken had aan zijn kinderen tegen schuldigerkenning van de koopsom. In verband hiermee was bovendien een inkomstenbelastingsschuld voldaan, waarvoor renteloos uitstel van betaling was verleend, met betaling in tien jaarlijkse termijnen. Deze vorderingen en de schuld vielen beide in box 3, met dien verstande dat de schuld op grond van artikel 5.3 lid 3 sub c Wet IB 2001 weer was uitgezonderd. Vervolgens droeg belanghebbende zijn vorderingen over aan de BV op wier aandelen de certificaten betrekken hadden, alsmede in economische zin ook de belastingsschuld.⁸⁴¹ Koopsom voor de vorderingen en vergoeding voor overname van de schuld werden met elkaar verrekend, met als gevolg dat er, althans naar de mening van belanghebbende, geen vordering op de BV resteerde. De inspecteur betoogde echter dat van een geldige schuldovername geen sprake was, zodat belanghebbende nog steeds een van box 3 uitgezonderde schuld had, alsmede een tbs-vordering⁸⁴² op de BV.

Het hof kiest voor een economische benadering en oordeelt dat op grond van de tussen belanghebbende en de BV gesloten overeenkomst de draagplicht van de belastingsschuld is overgegaan op de BV. Indien de schuld geheel of gedeeltelijk kwijtescholden zou worden, kwam dit voordeel de BV toe. De schuld kwam vanaf het moment van sluiten van de overeenkomst voor rekening en risico van de BV en ging belanghebbende economisch niet meer aan. Het hof gaat derhalve uit van een positie vergelijkbaar met economische eigendom, maar dan met betrekking tot een schuld. Het hof volgt belanghebbende derhalve in de door hem voorgestane verrekening, zodat van een tbs-vordering geen sprake is. De Hoge Raad is van mening dat het oordeel van het hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, noch onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is.⁸⁴³

839 Hof Amsterdam 8 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4042, V-N Vandaag 2015/2309.

840 Hof Amsterdam 23 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2191, V-N 2015/37.2.2.

841 Daadwerkelijke schuldovername was niet mogelijk, aangezien dit op grond van artikel 6:155 BW toestemming van de belastingdienst als schuldeiser vereiste, welke toestemming niet verkregene kon worden.

842 Dat wil zeggen een vordering die op grond van (in casu) artikel 3.92 lid 2 sub a ten 1^o Wet IB 2001 onder de terbeschikkingstellingsregeling valt.

843 HR 12 augustus 2016, ECLI:NL:HR:2016:1900, BNB 2016/206.

Gezien deze jurisprudentie kan derhalve ook voor box 3 het concept economische eigendom toegepast worden,⁸⁴⁴ met als gevolg dat het de economisch eigenaar is bij wie een goed (of gezien het laatste arrest een schuld) in box 3 in aanmerking genomen wordt en niet de juridische rechthebbende.⁸⁴⁵ Dit past bovendien in een consistent inkomstenbelastingstelsel: een meer juridische benadering leidt tot het ongerijmde effect dat als men economisch (en daarmee fiscaal) eigenaar is van een in box 1 vallend vermogensbestanddeel, bijvoorbeeld een tbs-vordering, ineens zou ophouden om fiscaal eigenaar van dezelfde vordering te zijn, op het moment dat de vordering zou ophouden als tbs-vordering te kwalificeren. De omstandigheid dat in box 3 een meer juridische benadering wordt gevolgd, zou dan leiden tot een daling van het vermogen ter zake waarvan de belastingplichtige in de heffing betrokken wordt.

Derhalve kan mijns inziens binnen de gehele Wet IB 2001 uitgegaan worden van de economische eigenaar, in plaats van de juridische eigenaar, bij het bepalen bij welke persoon een goed of een schuld fiscaal in aanmerking genomen wordt.⁸⁴⁶ Hetzelfde concept van economische eigendom kan bovendien naar mijn mening worden doorgetrokken naar de Successiewet. In zijn arrest van 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3392, BNB 2008/203, oordeelt de Hoge Raad over de situatie waarin een erflater enkele jaren voor zijn overlijden zijn woning had verkocht aan één van de erfgenamen. Levering van de woning en betaling van de koopsom waren uitgesteld tot zes maanden na het overlijden van de erflater. Na afwikkeling hiervan resteerde in de nalatenschap (overig vermogen daargelaten) slechts de koopsom, welke significant lager was dan de waarde in het economische verkeer van de woning. De inspecteur nam het standpunt in dat het verschil tussen koopsom en waarde belast was op grond van de fictie van artikel 10 SW. De Hoge Raad oordeelt echter dat deze fictie niet van toepassing is, aangezien de woning zowel juridisch als economisch tot het vermogen

844 Met als uitzondering de vermogensbestanddelen die worden uitgezonderd van de rendementsgrondslag in box 3, aangezien de staatssecretaris in die context in de parlementaire geschiedenis expliciet het standpunt heeft ingenomen dat daarvoor niet alleen het gehele economische belang, maar ook het volledige gebruiks- en genotsrecht noodzakelijk is. Men kan zich afvragen of dat eraan in de weg staat om economische eigendom ook voor box 3 als doorslaggevend voor fiscale eigendom te beschouwen. Naar mijn mening is dat echter niet het geval. Het standpunt van de staatssecretaris heeft slechts betrekking op vrijstellingen voor box 3 en hij merkt in deze context expliciet op dat het zijn bedoeling is om uitsluitend de situatie vrij te stellen waarin ook sprake is van het volledige gebruik/genot en niet tevens rechten die weliswaar aanknopen bij de waarde van de onderliggende zaak, maar verder geen gebruik en genot verschaffen (Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, pagina 229). Dit standpunt strekt zich derhalve niet uit tot de vraag bij wie een goed in box 3 in aanmerking genomen dient te worden.

Zie over de toepassing van box 3-vrijstellingen in geval van certificering nader paragraaf 13.4.3.

845 Vergelijk voor wat betreft de schuldpositie ook Boer in zijn noot onder het arrest in BNB 2016/206, waar hij aangeeft dat de door de Hoge Raad bevestigde redenering hem binnen de context van een economisch georiënteerd belastingwet als de inkomstenbelasting het meest aanspreekt, alsmede dat ook voor box 3 aansluiting bij de economische realiteit voor de hand ligt.

846 Vergelijk Dusarduin, WPNR 2007/6737, paragraaf 3.1, die opmerkt dat voor belangrijke onderdelen van de belastingwetgeving economische eigendom beschouwd wordt als fiscale eigendom en als zodanig dezelfde consequenties heeft als volle eigendom in civielrechtelijke zin. Zie voorts W. Bruins Slot, *Leasing*, Kluwer Deventer 2013, hoofdstuk 3.

van de erflater was blijven behoren, zodat noch juridisch, noch economisch sprake was van een omzetting van eigendom in een genotsrecht, waar artikel 10 SW op ziet. De omstandigheid dat in de ogen van de Hoge Raad voor de toepassing van deze fictiebepaling voldoende is als in economische zin een dergelijke transactie heeft plaatsgevonden, betekent dat de Hoge Raad het concept van economische eigendom ook voor de toepassing van de Successiewet hanteert.

De omstandigheid dat de certificaathouder, indien de voorwaarden waaronder certificering heeft plaatsgevonden zodanig zijn dat hij inderdaad als economisch eigenaar van de onderliggende goederen beschouwd kan worden, ook fiscaal als eigenaar hiervan te gelden heeft, heeft gevolgen voor verschillen de elementen binnen de inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting. Hierbij denk ik aan de waardering, maar ook aan de vraag of certificering tot een belaste vervreemding kan leiden, het genietingsstijdstip van inkomsten en de vraag of inkomsten uit het gecertificeerde vermogen hetzelfde karakter behouden, met name indien niet onmiddellijk dooruitkering hiervan plaatsvindt, maar bijvoorbeeld herinvestering door de STAK. In de navolgende paragrafen zal ik deze aspecten voor de inkomstenbelasting (en daarbinnen de verschillende boxen) en de schenk- en erfbelasting apart bespreken.

13.4 Inkomstenbelasting

In deze paragraaf ga ik in op de certificering van vermogen voor de inkomstenbelasting. Daarbij komen aspecten aan bod als de vraag of de certificering als zodanig tot een (belastbare) vervreemding leidt, maar ook de eventuele gevolgen voor het genietingsmoment van inkomsten uit het gecertificeerde vermogen en het karakter van deze inkomsten, met name indien inkomsten niet onmiddellijk, althans in het jaar van ontvangst, worden door uitgekeerd aan de certificaathouder. Een en ander wordt mede bezien vanuit het perspectief dat de certificaathouder economisch eigenaar kan zijn van het gecertificeerde vermogen.⁸⁴⁷ De inkomstenbelastingaspecten worden per box besproken. Aangezien mijn focus hierbij ligt op aanmerkelijkbelang aandelen, zal ik eerst hierop ingaan en vervolgens op box 1 en box 3. Ik neem in de navolgende paragrafen steeds als uitgangspunt dat de beheersovereenkomst tussen de STAK en de certificaathouders niet leidt tot een (open) fonds voor gemene rekening⁸⁴⁸.

847 Zie voor de kwalificatie van de certificaathouder als zodanig paragraaf 13.3.

848 Als bedoeld in artikel 2 lid 1 sub f jo. lid 3 Wet Vpb. Indien sprake is van een open fonds voor gemene rekening, is het fonds vennootschapsbelastingplichtig, hetgeen ook met zich brengt dat de inkomstenbelastinggevolgen wijzigen. Bij de certificaathouder wordt voor de heffing van inkomstenbelasting in dat geval aangesloten bij zijn participaties in het fonds en niet bij het gecertificeerde vermogen. Doorgaans zal sprake zijn van belastingheffing in box 2 (indien het belang in het fonds van voldoende omvang is, vergelijk artikel 4.5 Wet IB 2001) of box 3. Op de vraag in hoeverre certificering kan leiden tot het ontstaan van een fonds voor gemene rekening wordt nader ingegaan in paragraaf 13.6.2.

13.4.1 Certificering van box 2-vermogen

In deze paragraaf ga ik in op certificaten van aandelen (of andere vermogensbestanddelen) die een aanmerkelijk belang vormen. In dit kader komen de fiscale gevolgen aan de orde van certificering, decertificering en wijziging van de administratievoorwaarden, alsmede het genietingsstijdstip voor de certificaathouder ter zake van voordelen uit aanmerkelijk belang die de STAK realiseert en de waardering van de certificaten in box 2.

13.4.1.1 Aanmerkelijk belang

Van een aanmerkelijk belang is sprake indien men, al dan niet samen met zijn fiscale partner, direct of indirect:⁸⁴⁹

- (a) 5% of meer houdt van het geplaatste kapitaal van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen is verdeeld;
- (b) rechten heeft om direct of indirect aandelen te verwerven die 5% of meer van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen (callopties⁸⁵⁰);
- (c) winstbewijzen heeft die recht geven op 5% of meer van de jaarwinst of van hetgeen bij liquidatie wordt uitgekeerd; of
- (d) gerechtigd is tot het uitbrengen van 5% of meer van de stemmen in de algemene vergadering van een coöperatie of vereniging op coöperatieve grondslag.

Op grond van een aantal gelijkstellingen met aandelen worden ook situaties buiten het zijn van aandeelhouder in een kapitaalvennootschap onder het aanmerkelijkbelangbegrip gebracht.⁸⁵¹ In het bijzonder zij in dit verband gewezen op de genotsgerechtigde van artikel 4.3 Wet IB 2001: degene die gerechtigd is tot voordelen uit aandelen wordt gelijkgesteld met een aandeelhouder en zijn gerechtigdheid wordt aangemerkt als een aandeel. Eenvoudshalve spreek ik hierna in principe slechts van aandelen. Belangen kleiner dan 5% kunnen onder omstandigheden toch tot een aanmerkelijk belang behoren, omdat deze worden meegesleept⁸⁵² respectievelijk

⁸⁴⁹ Zie artikel 4.6 Wet IB 2001.

⁸⁵⁰ Op grond van artikel 4.4 Wet IB 2001 worden callopties voor de toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling in beginsel gelijkgesteld met de onderliggende aandelen of winstbewijzen. Er geldt echter een uitzondering voor de bepaling of men een aanmerkelijk belang heeft; dan moeten de aandelen c.q. winstbewijzen en/of opties zelfstandig aan het kwantitatieve criterium voldoen.

⁸⁵¹ Voor participaties in open fondsen voor gemene rekening is dit geregeld in artikel 4.5 Wet IB 2001, voor lidmaatschapsrechten in een coöperatie of vereniging op coöperatieve grondslag in artikel 4.5a Wet IB 2001 en voor open commanditaire vennootschappen is een gelijkstelling met aandelen opgenomen in artikel 2 lid 3 sub f AWR.

⁸⁵² Artikel 4.9 Wet IB 2001.

meegetrokken⁸⁵³, of omdat sprake is van een fictief aanmerkelijk belang⁸⁵⁴. Ten slotte zij gewezen op de regeling voor soort aandelen: indien een vennootschap meerdere soorten aandelen heeft en een aandeelhouder niet 5% of meer van het totale geplaatste kapitaal houdt, maar slechts 5% of meer van een bepaalde soort, dan is alsnog sprake van een aanmerkelijk belang.⁸⁵⁵

Bij het bepalen van de positie van de certificaathouder binnen de aanmerkelijkbelangregeling dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de certificaathouder die economisch eigenaar van de aandelen is en de certificaathouder die dit niet is. Indien certificaten de houder hiervan de economische eigendom verschaffen, is deze certificaathouder voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling de fiscale eigenaar van de aandelen en daarmee de aandeelhouder.⁸⁵⁶ Indien hij aldus houder is van meer dan 5% van het geplaatste kapitaal van de vennootschap, is hij derhalve aanmerkelijkbelanghouder. Ook de staatssecretaris houdt rekening met de mogelijkheid dat certificaten met uitzondering van het zeggenschapsaspect in hoge mate dezelfde rechten kunnen verschaffen als de onderliggende aandelen, zie het besluit van 9 maart 2018⁸⁵⁷, punt 4.4⁸⁵⁸. Indien aan een aantal voorwaarden voldaan wordt, kunnen de certificaten in zijn ogen vereenzelvigd worden met de gecertificeerde aandelen. Een gevolg daarvan is dat de certificering van de aandelen zijns inziens geen vervreemding van het aanmerkelijk belang behelst en dit derhalve niet leidt tot belastingheffing.⁸⁵⁹ De omstandigheid dat certificaathouder economisch eigenaar is, heeft naar mijn mening echter als consequentie dat ook indien niet aan de voorwaarden van het voornoemde besluit voldaan is, de certificaathouder nog steeds als aandeelhouder en op die grond (in voorkomend geval) als aanmerkelijkbelanghouder te gelden heeft.⁸⁶⁰

853 Artikel 4.10 Wet IB 2001.

854 Artikel 4.11 Wet IB 2001. Dit doet zich voor na toepassing van een van de verschillende doorschuiffaciliteiten.

855 Artikel 4.7 lid 1 Wet IB 2001. Op grond van het tweede lid worden aandelen die zich uitsluitend onderscheiden doordat daaraan een benoemingsrecht is verbonden, het recht om de naam van de vennootschap te mogen bepalen of hiermee vergelijkbare rechten, of waaraan een bijzondere aanbiedingsregeling of vergelijkbare regeling geldt, niet beschouwd als een aparte soort.

De Hoge Raad heeft in zijn arresten van 16 december 2011, BNB 2012/80 en BNB 2012/81, de soortbenadering nader ingevuld, met zijn oordeel dat sprake is van verschillende soorten aandelen indien aan een aandeel een bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap (zoals bij letteraandelen met een eigen dividendreserve) verbonden is, maar ook indien slechts sprake is van een verschil met betrekking tot de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap (zie rechtsoverweging 3.3.4 van beide arresten).

856 Zie tevens paragraaf 13.3.

857 Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Staatscourant nr. 15751.

858 Dit is reeds lang bestaand beleid, dezelfde voorwaarden kwamen reeds voor in de resolutie van 23 maart 1962, BZ/3678, BNB 1962/207, het besluit van 14 november 2000, nr. CPP2000/1943M, het besluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, BNB 2007/69 en het besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, BNB 2013/22.

859 Zie voor de voorwaarden aan gefaciliteerde certificering en de gevolgen daarvan nader paragraaf 13.4.1.2.1.

860 In vergelijkbare zin bijvoorbeeld Dusarduijn, WPNR 2007/6737, paragraaf 4, alsmede E.J.W. Heithuis, Update vraag-en-antwoordbesluit over het aanmerkelijk belang, VFP 2007/5, pagina 12 en

Indien de voorwaarden waaronder gecertificeerd is zodanig beperkend zijn, dat de certificaten niet de economische eigendom verschaffen, kan de certificaathouder naar mijn mening nog steeds aanmerkelijkbelanghouder zijn, aannemend dat aan het kwantitatieve criterium voldaan is. Hij blijft immers gerechtigd tot ten minste een deel van de voordelen die voortvloeien uit het gecertificeerde vermogen, alsmede naar men kan aannemen (een deel van) de waarde van de gecertificeerde aandelen. Enigszins afhankelijk van de precieze inhoud van de administratievoorwaarden zal het certificaat op grond van artikel 4.3 sub a Wet IB 2001 gelijkgesteld kunnen worden met een aandeel. Weliswaar blijft onduidelijk wat verstaan dient te worden onder het “slechts gerechtigd zijn tot voordelen uit aandelen”, zo bevat de parlementaire toelichting bij de Wet IB 2001 geen nadere uitleg op dit punt, maar de formulering is dermate ruim dat hieronder ook obligatoire aanspraken kunnen vallen.^{861 862} In een geval als dit, en uiteraard ook indien de administratievoorwaarden zodanig beperkend zijn dat zelfs op grond van artikel 4.3 Wet IB 2001 geen sprake is van een aanmerkelijk belang, zal de certificering echter in principe wel een belaste vervreemding impliceren.⁸⁶³

De certificaathouder-economisch eigenaar is mijns inziens onmiddellijk aandeelhouder. Weliswaar heeft de Hoge Raad in HR 13 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8160, BNB 1986/4 en HR 18 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AW7732, BNB 1987/229, in eerste instantie geoordeeld dat sprake was van middellijk aandeelhouderschap, maar in de daarna gewezen arresten HR 6 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1914, BNB 1996/164, en HR 18 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2451, BNB 1998/178, is hij daarop teruggekomen en heeft hij de certificaathouder als onmiddellijk aandeelhouder gekwalificeerd. De omstandigheid dat men de certificaathouder als economisch, en daarmee fiscaal,

(nog enigszins voorzichtig) J.W.J. de Kort, Het certificeren van aanmerkelijkbelangaandelen in de Wet inkomstenbelasting 2001, FTV 2003/2, paragraaf 3.

Zie paragraaf 13.4.1.2.2 voor de gevolgen van certificering indien niet aan de voorwaarden voor vereenzelviging voldaan is.

861 Vergelijk bijvoorbeeld de toelichting op de genotsrechten van artikel 5.22 lid 3 Wet IB 2001, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, pagina 229 – 230. Hoewel Boer mijns inziens terecht opmerkt dat de omschrijving in dit artikel niet direct relevant is voor artikel 4.3 sub a Wet IB 2001, aangezien deze laatste bepaling een eigen omschrijving bevat, zijn beide omschrijvingen wel in hoge mate gelijklopend (zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.3.3.1.2), zodat naar mijn mening bij gebrek aan toelichting op artikel 4.3 Wet IB 2001 zelf, enige ondersteuning bij de interpretatie ontleend kan worden aan de toelichting bij artikel 5.22 lid 3 Wet IB 2001. De door Boer gesuggereerde mogelijke letterlijke interpretatie dat een recht slechts binnen het bereik van de gelijkstelling van artikel 4.3 sub a Wet IB 2001 zou kunnen vallen indien “slechts” sprake is van gerechtigdheid tot voordelen uit aandelen en ook niet meer dan dat, lijkt mij niet passen binnen de bedoeling van deze bepaling. Logischerwijs heeft deze betrekking op rechten die mede een gerechtigdheid tot enige mate van voordelen uit aandelen omvatten, en betreft het woord “slechts” niet meer dan het onderscheid tot het aandeel zelf, dat een meer omvattende, want volledige, gerechtigdheid tot deze voordelen verschaft.

862 Hofman en Singh zijn evenwel van mening dat het verband tussen de certificaathouder en de vennootschap dermate ver verwijderd is, dat geen sprake is van een genotsrecht, hoewel zij daarbij aantekenen dat artikel 4.3 sub a Wet IB 2001 dusdanig vaag is opgeschreven dat een gefundeerde conclusie niet te trekken is (WFR 2017/7174, paragraaf 4.2.1). Dit miskent echter naar mijn mening dat het vorderingsrecht van de certificaathouder rechtstreeks betrekking heeft op (een deel van) de waarde van de aandelen en/of de hieruit voortvloeiende inkomsten.

863 Zie nader paragraaf 13.4.1.2.2.

eigenaar van de aandelen en daarmee aanmerkelijkbelanghouder beschouwt, laat naar mijn mening ook geen ander conclusie toe dan dat de certificaathouder ook als onmiddellijk aandeelhouder gezien moet worden. Het certificaat, dat aanspraak geeft op het gehele economische belang bij de aandelen, wordt ook direct gehouden door de certificaathouder; de STAK vervult slechts de rol van juridisch eigenaar, maar is geen tussenschakel via welke de certificaathouder zijn economische belang houdt, zoals een houdstermaatschappij dat is.^{864 865 866}

Dit ligt uiteraard anders indien de certificaathouder geen economisch eigenaar is. Hij heeft weliswaar een onmiddellijk gehouden aanmerkelijk belang, anders zou geen sprake kunnen zijn van belastingheffing in box 2, maar dit betreft de gerechtigdheid (het certificaat) die aanspraak geeft op de voordelen uit aandelen en die op grond van artikel 4.3 sub a Wet IB 2001 gelijkgesteld wordt met een aandeel. De certificaathouder is evenwel niet daadwerkelijk aandeelhouder, maar wordt slechts op grond van de gelijkstelling als zodanig behandeld, omdat zijn gerechtigdheid verband houdt met het aandeel. Bij het ontbreken van economische eigendom ontbreekt echter mijns inziens het onmiddellijk *aandeelhouderschap*. Vervolgens rijst de vraag of sprake kan zijn van middellijk aandeelhouderschap, aangezien de gerechtigdheid van de certificaathouder wel gebaseerd is op het aandeel. Dit verandert echter niet de omstandigheid dat deze gerechtigdheid slechts een deel van het aan het aandeel verbonden (economische) belang betreft. Deze certificaathouder is daarom in mijn ogen niet als aandeelhouder te zien, noch onmiddellijk, noch middellijk, maar slechts als belanghebbende bij een deel van de waarde van het aandeel.

Tot slot merk ik op dat de staatssecretaris in het hiervoor genoemde besluit van 9 maart 2018, punt 2.2, ingaat op soort aandelen. Hij geeft in dit verband aan dat voor de bepaling of sprake is van een aparte soort uitsluitend de aan het aandeel verbonden rechten van belang zijn; zodat slechts de statuten kunnen bepalen of sprake is van verschillende

864 Vergelijk T. Blokland, *Winst uit aanmerkelijk belang*, Kluwer Deventer 1999, pagina 97 – 98, die in het kader van (on)middellijk aandeelhouderschap een onderscheid maakt tussen “gestalde aandelen” (aandelen gehouden voor rekening en risico van een ander) en aandelen gehouden door een houdstermaatschappij. Hij refereert in dit verband aan de parlementaire geschiedenis bij de huidige aanmerkelijkbelangregeling, die refereert aan via een houdstermaatschappij gehouden belangen, maar waarbij kennelijk niet meer gedacht is aan gestalde aandelen.

865 Evenzo Rijkers en Van Dijk 2000, pagina 193, die opmerken dat bij certificaten middellijk aandeelhouderschap ondenkbaar is. Zij zien juridisch eigenaar en certificaathouder beide als onmiddellijk aandeelhouder, beiden voor hun eigen deel, mijns inziens terecht. Indien die certificaathouder tevens economisch eigenaar is, is de juridisch eigenaar voor de aanmerkelijkbelangregeling niet langer relevant. Ook Dusarduijn is van mening dat de certificaathouder onmiddellijk aandeelhouder is (zie WPNR 2007/6737, paragraaf 4). Evenzo Hofman en Singh, WFR 2017/7174, paragraaf 4.2.1.

866 Zie ten slotte de opmerking van De Kort (FTV 2003, paragraaf 2) dat het kenmerk van middellijk aandeelhouderschap is dat de middellijk aandeelhouder de juridische macht bij de aandelen uitoefent door middel van personen die hij in zijn macht heeft. Deze indirecte macht ontbreekt juist bij certificaten, aangezien het stemrecht dan bij de STAK berust. Dit betekent dat er weinig ruimte is voor de kwalificatie van de certificaathouder als middellijk aandeelhouder. De Kort staat dan ook een kwalificatie als onmiddellijk aandeelhouder voor.

soorten aandelen. Dit heeft als consequentie dat de omstandigheid dat aandelen gecertificeerd zijn er niet toe leidt dat sprake is van een aparte soort ten opzichte van dezelfde, maar niet gecertificeerde, aandelen in de vennootschap. Dit lijkt mij terecht: de omstandigheid, dat de rechten die een certificaathouder heeft ter zake van een bepaald aandeel contractueel beperkt zijn, doet er niet aan af dat die rechten aan het aandeel als zodanig zijn verbonden. Interessant is overigens dat de staatssecretaris in deze context opmerkt dat een certificaathouder voor de aanmerkelijkbelangregeling een direct belang in de vennootschap heeft. Daarmee ziet hij de certificaathouder als onmiddellijk aandeelhouder⁸⁶⁷, gelijk de Hoge Raad doet in de recentere van zijn in paragraaf 13.3.2 aangehaalde arresten.

In de navolgende paragrafen wordt ingegaan op de verschillende momenten waarop zich bij een aanmerkelijk belang een heffingsmoment kan voordoen: certificering, decertificering en de realisatie van reguliere voordelen of vervreemdingsvoordelen tijdens het bezit van het aanmerkelijk belang. Voorts bespreek ik de mogelijkheid dat de administratievoorwaarden tussentijds gewijzigd worden.

13.4.1.2 Certificering

Indien aanmerkelijkbelangaandelen gecertificeerd worden, worden deze aandelen in het vermogen van de aandeelhouder vervangen door de certificaten. Hoewel hiermee de ene vorm van belang bij de aandelen vervangen wordt door een andere vorm van belang bij dezelfde aandelen, waartussen in termen van economisch belang geen of slechts een beperkt verschil hoeft te zijn, geeft deze vervanging aanleiding tot de vraag of sprake is van een (belaste) vervreemding van de aanmerkelijkbelangaandelen. In de navolgende paragrafen bespreek ik in hoeverre inderdaad sprake is van een vervreemding, zowel indien de certificaten voldoen aan de door de staatssecretaris gestelde voorwaarden voor vereenzelviging met de onderliggende aandelen (hierna aangeduid als “gefaciliteerde certificering”), als indien niet (volledig) aan deze voorwaarden voldaan is.

13.4.1.2.1 Gefaciliteerde certificering

Naar de mening van de staatssecretaris kunnen certificaten vereenzelvigd worden met de gecertificeerde aandelen, indien uit de statuten en in voorkomend geval de administratievoorwaarden blijkt dat aan de volgende voorwaarden voldaan is.⁸⁶⁸

⁸⁶⁷ In de parlementaire geschiedenis bij invoering van de huidige aanmerkelijkbelangregeling merkte de staatssecretaris nog op dat een houder van certificaten, die niet met de onderliggende aandelen vereenzelvigd konden worden, middellijk aandeelhouder is; indien wel sprake was van vereenzelviging, was in de ogen van de staatssecretaris sprake van onmiddellijk aandeelhouderschap (Kamerstukken II, vergaderjaar 1995/1996, 24 761, nr. 3, pagina 45). In zijn besluit van 9 maart 2018 spreekt de staatssecretaris echter van direct aandeelhouderschap, zonder een dergelijk onderscheid te maken.

⁸⁶⁸ Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Staatscourant nr. 15751, punt 4.4.

- (a) Voor ieder ingeleverd aandeel wordt ofwel één certificaat uitgereikt, ofwel een aantal certificaten met een gelijk totaal nominaal bedrag als het ingeleverde aandeel.
- (b) De STAK kan de aandelen niet vervreemden of verpanden; vervreemden is eventueel wel toegestaan, als de opbrengst onmiddellijk wordt uitgekeerd aan de certificaathouders, tegen inlevering van de certificaten.
- (c) De STAK heeft een onmiddellijke doorstootplicht; de dividenden en andere uitkeringen op de aandelen die zij ontvangt moeten onmiddellijk aan de certificaathouders ter beschikking worden gesteld.
- (d) Als er op de gecertificeerde aandelen bonusaandelen of stockdividenden worden uitgekeerd, dient de STAK dienovereenkomstig certificaten te verstrekken.
- (e) Indien bij de uitgifte van nieuwe aandelen door de vennootschap voorkeursrechten aan de aandeelhouders worden toegekend, moet de STAK de certificaathouders in de gelegenheid stellen om dienovereenkomstig een voorkeursrecht op certificaten uit te oefenen. De STAK moet vervolgens van haar voorkeursrechten als aandeelhouder in dezelfde mate gebruik maken als de certificaathouders hun voorkeursrecht willen uitoefenen;
- (f) Indien de STAK liquidatie-uitkeringen op de aandelen ontvangt, dienen deze onmiddellijk aan de certificaathouders te worden overgedragen, tegen inlevering van de certificaten.
- (g) De vervreemdingsbevoegdheid ten aanzien van de certificaten mag niet kleiner zijn dan de vervreemdingsbevoegdheid van de gecertificeerde aandelen.
- (h) De certificaten kunnen alleen tegen afgifte van de aandelen worden ingetrokken of ingeleverd.

De statuten, administratievoorwaarden of andere overeenkomsten mogen geen bepalingen bevatten die de vereenzelviging van de certificaten met de gecertificeerde aandelen zouden verhinderen. De voorwaarden voor vereenzelviging zijn van zodanig aard dat het voldoen hieraan vanzelf met zich brengt dat de certificaathouder het volledige economische belang bij de gecertificeerde aandelen heeft en daarmee de economisch eigenaar van deze aandelen is. De omgekeerde situatie, economische eigendom zonder dat aan alle voorwaarden voldaan is, kan zich echter wel voordoen.

Indien aan de voornoemde voorwaarden wordt voldaan en er sprake is van een gefaciliteerde certificering, is naar de mening van de staatssecretaris geen sprake van een vervreemding van het aanmerkelijk belang. De oorspronkelijke verkrijgingsprijs

van de certificaten wordt dan gesteld op de verkrijgingsprijs van de gecertificeerde aandelen. Deze interpretatie impliceert dat de staatssecretaris bovendien van mening is, dat wél sprake is van een vervreemding, indien niet aan de voorwaarden voor vereenzelviging van certificaten en aandelen voldaan is.

Helder en Van den Belt hebben in dit verband gesuggereerd dat het verstandig is om een clausule in de administratievoorwaarden op te nemen, die bepaalt dat de administratievoorwaarden niet van kracht zijn indien en voor zover deze in strijd mochten komen met de voorwaarden van het besluit.⁸⁶⁹ Het lijkt mij overigens de vraag in hoeverre een dergelijke clausule steeds het gewenste effect zou bewerkstelligen: beperkende voorwaarden, zoals een strengere blokkeringsregeling ter zake van de certificaten dan ter zake van de aandelen, zouden hiermee verruimd kunnen worden, maar het opleggen van aanvullende verplichtingen, zoals een ontbrekende doorstootverplichting, lijkt mij daarmee niet gerepareerd. Ook kan men zich afvragen in hoeverre het bij certificering als beschermingsfiguur bezwaarlijk is om aan de voorwaarden te voldoen.⁸⁷⁰ De voorwaarden die naar mijn mening als het meest bezwaarlijk gezien kunnen worden zijn allereerst de doorstootverplichting en daarnaast mogelijk de voorwaarde inzake de vervreemdingsbevoegdheid van de certificaten. Het eerste is evenwel vermoedelijk niet daadwerkelijk problematisch in geval van een holdingstructuur, aangezien winsten dan op het niveau onder de STAK aangehouden kunnen worden. Het tweede is te ondervangen door ook een strikte blokkeringsregeling op te nemen, of bijvoorbeeld de bij de certificering gewenste kwaliteitseisen, in de statuten van de vennootschap. Indien deze aandeelhouders heeft die niet bij de certificering betrokken zijn, kan een houdstermaatschappij voor de te certificeren aandelen wellicht uitkomst bieden.^{871 872}

13.4.1.2.2 Niet-gefaciliteerde certificering

Indien aan de in paragraaf 13.4.1.2.1 genoemde voorwaarden voor gefaciliteerde certificering voldaan is, leidt de certificering van aanmerkelijkbelangaandelen in elk geval niet tot een belaste vervreemding. Vraag is dan in hoeverre wél sprake is van een vervreemding, indien niet aan deze voorwaarden is voldaan. De Hoge Raad heeft vervreemding onder de oude aanmerkelijkbelangregeling gedefinieerd als:

[dat onder het begrip vervreemding] *moet worden verstaan elke rechtshandeling,*

869 Zie Helder en Van den Belt, VFP 2001, pagina 6. Het betreft hier overigens het besluit van 14 november 2000, nr. CPP2000/1943M, maar de hierin gestelde voorwaarden zijn gelijk aan die van het besluit van 9 maart 2018.

870 Nog los van het antwoord op de vraag of dat daadwerkelijk nodig is, zie paragraaf 13.4.1.2.2 hierna.

871 Aannemend dat deze in de structuur geplaatst kan worden zonder dat sprake is van een belaste vervreemding, oftewel in beginsel met toepassing van een doorschuiffaciliteit, bijvoorbeeld die voor aandelenfusies van artikel 4.41 lid 1 jo. 3.55 Wet IB 2001.

872 Hiermee wordt uiteraard ook een afwijking van één of meer andere voorwaarden mogelijk.

waardoor de eigenaar van aandelen of winstbewijzen van een vennootschap [...], waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, die aandelen of winstbewijzen uit zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan,⁸⁷³

Op basis van dit arrest, alsmede latere arresten, komen Rijkers en Van Dijk tot de volgende definitie van vervreemding van aanmerkelijkbelangaandelen:

een rechtshandeling waardoor de aanmerkelijkbelanghouder het economische belang bij tot zijn aanmerkelijk belang behorende vermogensbestanddelen of bij (een deel van de) daarin besloten liggende rechten doet overgaan in het vermogen van een ander en waardoor hij geacht kan worden een aandeel in de winst van de vennootschap gedurende zijn bezitsperiode te hebben gerealiseerd.⁸⁷⁴

De desbetreffende jurisprudentie is gewezen voor de aanmerkelijkbelangregeling van voor 1997. De relevante elementen uit de hieruit gedestilleerde definitie blijven derhalve grotendeels ongewijzigd, zij het dat sprake is van bepaalde nuanceverschillen. Dit brengt hen tot de volgende definitie van vervreemding voor de huidige aanmerkelijkbelangregeling:

Een aan de aanmerkelijkbelanghouder toerekenbare rechtshandeling waardoor het economische belang bij de rechten van tot zijn aanmerkelijk belang behorende vermogensbestanddelen uit zijn vermogen verdwijnen tenzij daarvoor rechten in de plaats treden die fiscaal en economisch dezelfde plaats innemen in diens vermogen.⁸⁷⁵

Ook de staatssecretaris onderschrijft met het besluit van 9 maart 2018 overigens dat de eventuele aanwezigheid van een vervreemding beoordeeld dient te worden vanuit het perspectief van de aandeelhouder:

In zijn algemeenheid geldt dat een vervreemding wordt aangenomen indien als gevolg van een rechtshandeling aandelen of winstbewijzen of daarin besloten

873 HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698, BNB 1960/123. Vergelijk voorts HR 21 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3903, BNB 1988/308, en HR 9 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:BH8757, BNB 1994/231, waaruit volgt dat de HR van mening is dat sprake is van een vervreemding door de aanmerkelijkbelanghouder, voor zover hij (tot) zijn aanmerkelijk belang (behorende rechten) vervreemdt.

874 Rijkers en Van Dijk 2000, pagina 158. De omstandigheid dat de vervreemding van in de aandelen besloten liggende rechten tot belastbare vervreemdingswinst leidt, is eerst met de invoering van de huidige aanmerkelijkbelangregeling per 1 januari 1997 expliciet opgenomen in de wet (zie artikel 20a lid 1 sub b Wet IB 1964). Hiermee is evenwel geen afwijking van de in de jurisprudentie ontwikkelde lijn beoogd, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1995/1996, 24 761, nr. 3, pagina 41.

875 Rijkers en Van Dijk 2000, paragraaf 8.3.

*liggende rechten uit het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder of houder van winstbewijzen overgaan in dat van een ander.*⁸⁷⁶

Deze passage komt in grote lijnen overeen met de definitie van Rijkers en Van Dijk. Een opvallend verschil is overigens dat de staatssecretaris het element van toerekenbaarheid van de rechtshandeling, die leidt tot de overgang van aandelen of rechten, aan de aanmerkelijkbelanghouder niet noemt. Dit element komt wel terug in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het lijkt mij ook terecht om hiermee rekening te houden, omdat het tegendeel impliceert dat men een vervreemding kan aannemen die op geen enkele wijze door de aanmerkelijkbelanghouder is geïnitieerd en wellicht ook niet door hem gewenst is.

In deze vervreemdingsdefinitie komt als element naar voren dat van een vervreemding geen sprake is, indien voor hetgeen het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder verlaat iets anders in de plaats komt dat zowel economisch als fiscaal dezelfde betekenis heeft. Deze ruilgedachte komt reeds naar voren in het hiervoor aangehaald arrest HR BNB 1960/123, dat betrekking had op een aandelenruil en waarin de Hoge Raad tevens opmerkt:

dat in dezen gedachtengang past belastingheffing achterwege te laten in een geval, waarin weliswaar de “overdrachtsprijs” van een tot een aanmerkelijk belang behorende aandelen de kosten van hun verkrijging overtreft, doch desondanks de transactie het karakter van de realisatie van winst ontbeert;

Ditselfde principe komt terug in latere arresten van de Hoge Raad. HR 28 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4069, BNB 1990/147 betreft eveneens een aandelenruil, waarbij aandelen werden ingebracht in een houdstermaatschappij, tegen uitgifte van aandelen in die houdstermaatschappij. De Hoge Raad overweegt dat een aandelenruil in beginsel een vervreemding is, maar dat dit uitzondering leidt indien de in ruil verkregen aandelen in het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder economisch dezelfde plaats innemen als de afgestane aandelen, aangezien dan geen realisatie van winst⁸⁷⁷ geacht

876 Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Staatscourant nr. 15751, punt 4.3. In voorlopers van dit besluit, zoals het besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, BNB 2013/22, leek nog te worden uitgegaan van een beoordeling of sprake was van een wijziging in de (aan de) aandelen (verbonden rechten), ongeacht of deze rechten via een andere weg voor de aandeelhouder behouden bleven. De huidige visie van de staatssecretaris sluit aan bij de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad.

877 In dit verband merk ik op dat de oude aanmerkelijkbelangregeling, zowel onder de Wet IB 1964, als daarvoor het Besluit IB 1941, aanknoopten bij de realisatie door de aanmerkelijkbelanghouder in het kapitaal van zijn aandeel in de door de vennootschap behaalde winsten (en niet zijn aandeel in het kapitaal, zie Rijkers en Van Dijk 2000, pagina 154 en 156, alsmede paragraaf 8.2.8). In latere jurisprudentie is de toets verschoven van winstrealisatie naar vermogensrealisatie, in welk laatste geval ook het te gelde maken van uitsluitend het aandeel van de aanmerkelijkbelanghouder in het kapitaal tot een vervreemding leidt. De lijn uit de jurisprudentie dat, indien de fiscaal economische betekenis van hetgeen de aanmerkelijkbelanghouder houdt door een transactie niet wijzigt, geen sprake is van een vervreemding, blijft echter gelden. Ook de wetswijziging waarbij per 1 januari 1997 de huidige

wordt te hebben plaatsgevonden. In casu meent de Hoge Raad dat van een dergelijke eenzelfde economische positie geen sprake is, omdat zich een wezenlijke verandering in de fiscale positie⁸⁷⁸ en daarmee in de economische betekenis van de ingebrachte aandelen heeft voorgedaan. In vergelijkbare zin wordt geoordeeld in HR 19 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5356, BNB 1993/231, HR 26 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5578, BNB 1994/304 en HR 6 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1914, BNB 1996/164.

Concluderend is er dus een uitzondering mogelijk, in die zin dat een handeling die civielrechtelijk een vervreemding inhoudt fiscaal niet als zodanig in aanmerking wordt genomen, indien hetgeen verkregen wordt dezelfde fiscale en economische plaats inneemt in het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder, als hetgeen door hem wordt afgestaan. Wat men ook kan vinden van de onderliggende redenering,⁸⁷⁹ vaste lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad is dat in elk geval niet aan de voorwaarde voor deze uitzondering wordt voldaan, indien men een onmiddellijk belang omruilt voor een middellijk belang.

Toepassing van het voorgaande op de certificering van aanmerkelijkbelangaandelen leidt mijns inziens tot het volgende. Allereerst is de vraag of sprake is van een vervreemding, of er rechten verdwijnen uit het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder op het moment dat de certificering plaatsvindt. Naar mijn mening is dit inderdaad het geval: de aanmerkelijkbelanghouder heeft niet langer de zeggenschap (in de vorm van het stemrecht) over de aandelen, althans niet in zijn hoedanigheid van certificaathouder,⁸⁸⁰ en daarnaast kan hij beperkt zijn in zijn mogelijkheden om zijn economische belang bij de certificaten te gelde te maken, door niet-royeerbaarheid en/of beperkingen in de

aanmerkelijkbelangregeling werd ingevoerd, heeft er niet toe geleid dat nu wel sprake kan zijn van een vervreemding bij een ongewijzigde fiscaal-economisch positie van rechten (zie Rijkers en Van Dijk 2000, pagina 171).

878 Deze verandering zit erin dat de aanmerkelijkbelanghouder inkomstenbelasting verschuldigd was ter zake van dividenden en vervreemdingswinsten behaald met de aandelen, terwijl de holding te dier zake de deelnemingsvrijstelling kan toepassen. Ik vind dit een wat kunstmatig verschil, in aanmerking nemend dat van de verschuldigdheid van inkomstenbelasting alsnog sprake is met betrekking tot de verkregen aandelen in de holding. Aannemend dat het economische belang en (eventueel) de zeggenschapspositie ongewijzigd zijn gebleven, hoeft men dit naar mijn mening niet als een (significante) wijziging te beschouwen. Zie in dit verband ook de noot van Dijk onder HR BNB 1993/231, waarin de Hoge Raad met een vergelijkbare beslissing komt. Van Dijk merkt daar op dat deze redenering van de Hoge Raad een drogreden bevat: de economische betekenis van de verkregen aandelen voor de aanmerkelijkbelanghouder wordt niet bepaald door de economische betekenis van de ingebrachte aandelen voor de holding.

879 Zie de voorgaande noot.

880 Het is uiteraard denkbaar dat de certificaathouder nog zeggenschap van betekenis heeft; zeker de certificerende aandeelhouder zal zich vaak zeggenschap voorbehouden, doordat hij (al dan niet enig) bestuurder is van de STAK. Het lijkt mij dat hiermee echter slechts rekening gehouden moet worden, indien deze zeggenschap verbonden is aan het bezit van de certificaten, met andere woorden dat een opvolgende certificaathouder deze zeggenschap ook zal verkrijgen. Vanuit het perspectief van certificering als beschermingsfiguur ga ik er in dit hoofdstuk vanuit dat van een dergelijke connectie tussen zeggenschap en certificatenbezit geen sprake is.

overdraagbaarheid.⁸⁸¹ Dit hoeft echter nog niet te betekenen dat ook sprake is van een fiscaal relevante vervreemding; zo kan mogelijk de ruilgedachte die de Hoge Raad als uitzondering hanteert bij certificering van toepassing zijn.

Deze ruilgedachte is niet van toepassing bij de omzetting van een onmiddellijk in een middellijk aanmerkelijk belang. Bij certificering is naar mijn mening evenwel sprake van een onmiddellijk belang bij de gecertificeerde aandelen, althans aannemend dat de voorwaarden van certificering zodanig zijn dat de certificaathouder als economisch eigenaar van deze aandelen beschouwd kan worden. Dat betekent dat de aanmerkelijkbelanghouder die zijn aandelen certificeert één vorm van onmiddellijk belang (de aandelen) verruilt voor een andere vorm van onmiddellijk belang (de certificaten). De fiscale positie van de aanmerkelijkbelanghouder is daarmee ook ten opzichte van beide belangen dezelfde. Voorts heeft een certificaathouder die economisch eigenaar is het gehele economische belang bij de gecertificeerde aandelen, zodat ook vanuit dit perspectief zijn positie geen wijziging ondergaan heeft. De beperkingen zijn met name gelegen in (i) het zeggenschapsaspect en (ii) de mogelijkheden om het economische belang te verzilveren, maar deze elementen zijn bij het beschouwen van de fiscaal-economische positie naar mijn mening van ondergeschikt belang. Bovendien heeft economische eigendom tot gevolg dat men als fiscaal eigenaar wordt aangemerkt, ook al ontbreken zeggenschap en beschikkingsmacht,⁸⁸² hetgeen onderstreept dat de positie van de aandelen en certificaten in het (fiscaal beschouwde) vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder dezelfde is.⁸⁸³ Derhalve verliest de

881 Vergelijk tevens Rijkers en Van Dijk 2000, pagina 192, die opmerken dat (economische betekenis van) de machtscomponent van de aandelen onder de huidige aanmerkelijkbelangregeling valt, zodat de enkele vervreemding van juridische eigendom ook tot een vervreemding voor de aanmerkelijkbelangregeling leidt. Zij werpen daarbij, mijns inziens terecht, de vraag op in *hoeverre* vervreemd wordt. Op dit punt kom ik later in deze paragraaf terug.

882 Zie De Leeuw 2018, paragraaf 2.4.

883 Anders Rijkers en Van Dijk 2000, pagina 192 - 193, die van mening zijn dat de ruilgedachte uit de jurisprudentie van de Hoge Raad niet van toepassing kan zijn. Omdat de machtscomponent bij certificaten ontbreekt, zijn zij van mening dat niet aan de toets van eenzelfde economische betekenis wordt voldaan. De conclusie miskent naar mijn mening echter dat voor het zijn van economische eigenaar en het als gevolg daarvan fiscaal behandeld worden als ware men de eigenaar, niet noodzakelijk is dat men zeggenschap heeft. Van Dijk is overigens van mening dat indien men geen rekening hoeft te houden met deze machtscomponent, certificering (evenals decertificering) geen vervreemding is, zoals onder het oude aanmerkelijkbelangregime in beginsel het geval was (zie zijn noot onder HR BNB 1996/164, punt 5).

Zie voorts De Kort FTV 2003, paragraaf 3, die meent dat (aannemend dat men de certificaathouder als onmiddellijk aanmerkelijkbelanghouder kan zien) een beroep op de ruilgedachte bij niet-gefaciliteerde certificering kans van slagen heeft. Hij tekent hierbij wel aan dat gezien de bepaling in artikel 4.12 sub b Wet IB 2001 (waarin is geregeld dat de vervreemding van een deel van de in de aandelen besloten liggende rechten ook tot vervreemdingsvoordelen (kunnen) leiden) mogelijk bij certificering wel steeds sprake is van een gedeeltelijke vervreemding, omdat bij certificering in elk geval de vennootschappelijke rechten worden overgedragen. Ook Hoogwout ziet ruimte voor de ruilgedachte (T.C. Hoogwout, De stichting in het kader van estate planning, FTV 2005/9, pagina 8 en evenzo Dusarduijn (WPNR 2007/6737, paragraaf 4.1).

Vergelijk ten slotte Blokland 1999, pagina 104, die meent dat sprake is van een vervreemding.

aanmerkelijkbelanghouder weliswaar bepaalde rechten, maar heeft toepassing van de ruilgedachte tot gevolg dat dit geen vervreemding inhoudt.⁸⁸⁴

In het geval van de certificaathouder die economisch eigenaar is heeft men naar mijn mening een beroep op de ruilgedachte evenwel niet eens nodig om tot de conclusie te komen dat het certificeren van de aandelen geen vervreemding inhoudt. Vanuit het perspectief dat de economisch eigenaar de fiscale eigenaar van de aanmerkelijkbelangaandelen is, leidt de certificering niet tot het verlies van fiscaal relevante rechten.⁸⁸⁵ In zoverre blijft de positie van de aanmerkelijkbelanghouder derhalve ongewijzigd: men was voorafgaand aan de certificering fiscaal eigenaar en daarna is dat nog steeds zo, zodat geen sprake is van een vervreemding.⁸⁸⁶ Beide benaderingen leiden overigens tot hetzelfde resultaat, dat de certificering niet leidt tot een vervreemding door de certificerende aanmerkelijkbelanghouder van (een deel van) zijn aanmerkelijk belang.⁸⁸⁷

Het voorgaande ligt echter anders indien de voorwaarden, waaronder certificering heeft plaatsgevonden, zodanig restrictief zijn dat de certificaathouder niet de economische eigenaar is van de gecertificeerde aandelen. De vervreemding die het gevolg is van de certificering wordt in dat geval niet weggenomen, aangezien noch gezegd kan worden dat de aandelen en certificaten dezelfde fiscale en economische betekenis hebben in het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder, noch de aanmerkelijkbelanghouder de economische eigendom van de gecertificeerde aandelen behoudt. De vraag die dan rijst, is *in hoeverre* sprake is van een vervreemding. Hierbij zijn twee benaderingen denkbaar:

- (a) Men neemt een vervreemding van het volledige aandeel in aanmerking. Logischerwijs zou men dan de in ruil voor de aandelen verkregen certificaten als tegenprestatie zien.⁸⁸⁸

884 Hoewel artikel 4.12 sub b Wet IB 2001, naast de jurisprudentie, met zich brengt dat de vervreemding van in aandelen besloten rechten in beginsel tot belastingheffing leidt, wordt deze vervreemding mijns teruggenomen door toepassing van de ruilgedachte.

885 Dit impliceert voorts dat aan het zeggenschapsaspect in fiscale context geen waarde toegekend kan worden, althans niet zolang men de economische eigendom behoudt.

886 Artikel 4.12 sub b Wet IB 2001, waaruit volgt dat de vervreemding van een deel van de in de aandelen besloten liggende rechten ook een vervreemding kan zijn, staat hier naar mijn mening niet aan in de weg, aangezien de aanmerkelijkbelanghouder geen fiscaal relevante rechten verliest. In de parlementaire geschiedenis bij artikel 20a lid 1 sub b Wet IB 1964, de voorloper van voornoemde bepaling, worden overigens ook slechts rechten van vermogensrechtelijke aard genoemd (zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1995/1996, 24 761, nr. 3, pagina 10 en Kamerstukken II, vergaderjaar 1996/1997, 24 761, nr. 7, pagina 11).

887 Vergelijk tevens J. Ganzeveld, Vervreemding van inkomsten in de Wet op de inkomstenbelasting 1964, Kluwer Deventer, dissertatie 1994, pagina 387 en 404 – 405. In vergelijkbare zin Hofman en Singh, die evenwel geen scherpe keuze maken tussen het niet aanwezig zijn van een vervreemding als gevolg van de economische eigendom als zodanig, of op grond van de door de Hoge Raad ontwikkelde ruilgedachte (WFR 2017/7174, paragraaf 4.2.2).

888 Blokland gaat uit van deze benadering (zie Blokland 1999, pagina 104).

- (b) De vervreemding betreft slechts die rechten die verdwijnen uit het vermogen van de certificaathouder, hetgeen doorgaans met name zeggenschapsrechten zal betreffen. Het inperken van het economische belang van de certificaathouder ligt althans bij certificering ter bescherming van vermogen, waarbij men economische waarde wil overdragen maar geen zeggenschap, minder voor de hand. Een tegenprestatie voor deze rechten ontbreekt.

Naar mijn mening kan slechts sprake zijn van vervreemding van de rechten die de aanmerkelijkbelanghouder als gevolg van de certificering verliest. Voor zover de certificaten aanspraak geven op het economische belang bij de aandelen (of andere aan de aandelen gerelateerde rechten verschaffen), verlaten deze rechten het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder niet. Dat het na certificering een obligatoire aanspraak betreft, in plaats van een juridische gerechtigdheid tot het aandeel, doet hier mijns inziens, zeker gezien de economische benadering die bij de aanmerkelijkbelangregeling gekozen is, niet aan af. Het in aanmerking nemen van een partiële vervreemding past bovendien het beste bij het vervreemdingsbegrip zoals ontwikkeld in de jurisprudentie. In dit verband zij gewezen op HR 21 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3903, BNB 1988/308, waarin de Hoge Raad oordeelt dat een aanmerkelijkbelanghouder, die zijn aandelen tegen een te lage prijs laat inkopen door de vennootschap, zijn aanmerkelijk belang niet vervreemdt voor zover hij zijn belang in de vennootschap heeft behouden. Hetzelfde principe volgt uit HR 9 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:BH8757, BNB 1994/231, in welk arrest de Hoge Raad van oordeel is dat, bij uitgifte van aandelen tegen een te lage prijs aan de (klein)kinderen van de aanmerkelijkbelanghouder, sprake was van een vervreemding voor zover rechten overgingen uit diens vermogen in het vermogen van een ander. Derhalve kan ook certificering leiden tot een vervreemding van dat deel van de in de aandelen besloten rechten dat de certificerende aandeelhouder prijsgeeft.⁸⁸⁹

Vervolgens rijst de vraag wat de omvang is van de eventuele met deze vervreemding behaalde vervreemdingswinst. In het algemeen wordt het vervreemdingsvoordeel berekend als de overdrachtprijs minus de verkrijgingsprijs voor de aandelen.⁸⁹⁰ De overdrachtprijs is in beginsel de tegenprestatie bij vervreemding, verminderd met de ten laste van de vervreemder gekomen kosten,⁸⁹¹ maar dit ligt anders indien bij de vervreemding een tegenprestatie ontbreekt of deze is bedongen bij een niet onder normale omstandigheden gesloten overeenkomst. In dat geval wordt de waarde in het economische verkeer van de aandelen op het moment van de vervreemding als de overdrachtprijs aangemerkt.⁸⁹²

889 In vergelijkbare zin Rijkers en Van Dijck 2000, pagina 192 – 193.

890 Artikel 4.19 lid 1 Wet IB 2001.

891 Artikel 4.20 Wet IB 2001.

892 Zie artikel 4.22 lid 1 Wet IB 2001. Blijkens lid 2 is dit ook van toepassing indien bij de vervreemding het belang in de vennootschap wordt behouden.

Certificering kan, althans als men uitgaat van een partiële vervreemding,⁸⁹³ althans naar de tekst onder deze correctieregeling vallen. De certificaathouder krijgt immers niets terug in ruil voor de rechten die hij opgeeft, althans niet in zijn hoedanigheid van certificaathouder. In HR 25 juni 2004, 2004/348 heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat de voorloper van artikel 4.22 lid 1 Wet IB 2001, artikel 20c lid 4 Wet IB 1964, niet van toepassing was indien de vervreemder niet beoogde om de verkrijger te bevoordelen.⁸⁹⁴ Gezien de ratio van de regeling is deze uitzondering mijns inziens echter niet toepasbaar: zonder correctie zou de overdrachtprijs nihil zijn en zou zich een verlies uit aanmerkelijk belang voor kunnen doen.⁸⁹⁵ Dat leidt tot het stellen van de overdrachtprijs op de waarde in het economische verkeer van de rechten waarvan men afstand doet,⁸⁹⁶ welke veelal niet eenvoudig te bepalen zal zijn. Voor wat betreft de verkrijgingsprijs: naar mijn mening dient een evenredig deel hiervan aan de vervreemde rechten toegerekend te worden.⁸⁹⁷ Oftewel: indien de waarde in het economische verkeer van de aandelen 100 is en die van de vervreemde rechten 5, dan dient bij het berekenen van het vervreemdingsvoordeel ook 5% van de verkrijgingsprijs in aanmerking genomen te worden.⁸⁹⁸ De resterende 95% blijft dan achter als verkrijgingsprijs van de certificaten.

Het lijkt mij gezien het besluit van 9 maart 2018 overigens waarschijnlijk dat de belastingdienst steeds van mening zal zijn dat zich een vervreemding van het aanmerkelijk belang heeft voorgedaan, of men als certificaathouder nu economisch eigenaar van de aandelen is of niet.

-
- 893 Als men uit zou gaan van een volledige vervreemding van de aandelen, zijn mijns inziens de certificaten de tegenprestatie. Zoals gezegd lijkt deze benadering mij echter onjuist.
- 894 Dit gezien de achtergrond van de regeling, die zich blijkens de parlementaire geschiedenis richt(te) op het bestrijden van een kunstmatige vergroting van verliezen en verkleining van winsten door onzakelijke transacties tussen met name familieleden. Zie in dit verband voorts Rijkers en Van Dijk 2000, pagina 302.
- 895 Er valt overigens wat voor te zeggen dat dit verlies niet in aanmerking genomen zou moeten worden op grond van artikel 4.24 Wet IB 2001, aangezien de certificaathouder zijn belang bij de activiteiten van de vennootschap in beginsel in voldoende mate behoudt, aangezien hij geen afstand doet van zijn economische belang. Naar de letterlijke tekst is deze bepaling niet van toepassing, nu artikel 4.24 lid 1 Wet IB 2001 spreekt over de vervreemding van aandelen of winstbewijzen en niet van daarin besloten liggende rechten. Een redelijke wetstoepassing leidt in mijn ogen echter tot overeenkomstige toepassing van de bepaling in die situatie.
- 896 De tekst van artikel 4.22 lid 1 Wet IB 2001 spreekt (eveneens) van de waarde in het economische verkeer van de aandelen of winstbewijzen. Hiervoor moet naar mijn mening in dit geval "de vervreemde rechten" worden gelezen.
- 897 Zie in dit verband ook Kamerstukken II, vergaderjaar 1995/1996, 24 761, nr. 3, pagina 10, waar wordt ingegaan op de vervreemding van een deel van in aanmerkelijkbelangaandelen besloten liggende rechten. Er wordt opgemerkt dat in dat geval een evenredig deel van de verkrijgingsprijs in aanmerking genomen moet worden. In gelijke zin Kamerstukken II, vergaderjaar 1996/1997, 24 761, nr. 7, pagina 11.
- 898 Blokland acht in geval van niet-gefaciliteerde certificering belastbaar het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van de certificaten en de verkrijgingsprijs van de gecertificeerde aandelen (Blokland 1999, pagina 104; hierbij zij aangetekend dat hij ook uitgaat van de vervreemding van het gehele aandeel). Deze benadering miskent echter dat de certificaathouder (nagenoeg) het gehele economische belang bij de aandelen behoudt. Vanuit een zeker perspectief is het juist het verschil, tussen de waarde in het economische verkeer van de certificaten en die van de aandelen, dat de certificerende aanmerkelijkbelanghouder afstaat (met dien verstande dat men naar mijn mening de waarde van de vervreemde rechten zelfstandig zou moeten bepalen; het verschil in waarde tussen certificaten en aandelen kan daarbij wel een indicatie van de waarde van deze rechten zijn).

13.4.1.3 Tussentijdse wijziging van de administratievoorwaarden

Het is denkbaar dat de administratievoorwaarden gewijzigd worden, nadat de certificering heeft plaatsgevonden. Daarbij kunnen zich vier verschillende situaties voordoen:

- (a) De certificering heeft gefaciliteerd plaatsgevonden. Na de wijziging van de administratievoorwaarden voldoen de certificaten nog steeds aan de voorwaarden voor vereenzelviging met de onderliggende aandelen, zoals gesteld in het hiervoor genoemde besluit van 9 mei 2018⁸⁹⁹.
- (b) De certificering heeft gefaciliteerd plaatsgevonden. Na de wijziging van de administratievoorwaarden wordt niet langer voldaan aan de voorwaarden voor vereenzelviging met de onderliggende aandelen.
- (c) De certificering heeft niet-gefaciliteerd plaatsgevonden.⁹⁰⁰ Na de wijziging van de administratievoorwaarden voldoen de certificaten wel aan de voorwaarden voor vereenzelviging met de onderliggende aandelen.
- (d) De certificering heeft niet-gefaciliteerd plaatsgevonden. Na de wijziging van de administratievoorwaarden voldoen de certificaten nog steeds niet aan de voorwaarden voor vereenzelviging met de onderliggende aandelen.

Van deze situaties doet zich slechts bij de beperking onder (b) en de verruiming van de voorwaarden onder (c) een mogelijk fiscaal relevante wijziging voor. Op deze situaties ga ik hierna nader in.

13.4.1.3.1 Verruiming van de administratievoorwaarden

Verruiming van de administratievoorwaarden impliceert een toename van de rechten van de certificaathouder. Uiteraard kan sprake zijn van verschillende wijzigingen, waarbij enerzijds sprake is van een beperking en anderzijds van een verruiming, maar indien de certificaten voor de wijziging niet voldeden aan de voorwaarden voor vereenzelviging en daarna wel, is per saldo sprake van een toename van rechten.

899 Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Staatscourant nr. 15751, punt 4.4, zie nader paragraaf 13.4.1.2.1.

900 Vanwege (het risico op) een belaste vervreemding zullen aanmerkelijkbelangaandelen veelal gefaciliteerd gecertificeerd worden. Er zijn echter situaties denkbaar waarin dit niet nodig is, zoals (i) de aandelen zijn vanaf oprichting van de vennootschap gecertificeerd, (ii) er worden bestaande aandelen gecertificeerd, op een moment dat niet of nauwelijks sprake is van een te belasten meerwaarde, (iii) op het moment van de certificering is de aanmerkelijkbelanghouder niet belastingplichtig in Nederland ter zake van zijn aanmerkelijk belang of (iv) in eerste instantie wordt ander vermogen gecertificeerd, dat op een later moment wordt geïnvesteerd in aanmerkelijkbelangaandelen.

Deze wijziging heeft naar mijn mening geen fiscale gevolgen, aangezien, in elk geval per saldo, geen sprake is van een afname van de rechten van de certificaathouder. Indien de verruiming van diens rechten een beperking van de rechten van een ander, die tevens aanmerkelijkbelanghouder is, impliceert, lijkt een vervreemding door die ander denkbaar. Deze situatie zal zich mijns inziens echter niet voordoen: zo al sprake is van een corresponderende beperking van rechten bij een ander, zal die ander de STAK zijn. De STAK heeft echter geen eigen economisch belang bij de gecertificeerde aandelen, los van de vraag of zij überhaupt belastingplichtig is.⁹⁰¹

13.4.1.3.2 Beperking van de administratievoorwaarden

Indien de voor de certificaathouders uit de administratievoorwaarden voortvloeiende rechten beperkt worden, kan echter wel sprake zijn van een vervreemding. De staatssecretaris is in ieder geval deze mening toegedaan; in de parlementaire geschiedenis bij de invoering van de huidige aanmerkelijkbelangregeling merkt hij over de wijziging van administratievoorwaarden het volgende op:

*Een wijziging van die voorwaarden op een zodanige wijze dat de certificaten met de onderliggende aandelen niet meer kunnen worden vereenzelvigd, beschouw ik niet als een lek. Zodra een verschuiving van het in de certificaten belichaamde complex van rechten en verplichtingen optreedt, is sprake van een vervreemding in de zin van artikel 39, eerste lid, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964.*⁹⁰²

Deze benadering lijkt mij in zoverre wat stellig, dat een vervreemding in de aanmerkelijkbelangsfeer niet alleen vereist dat sprake is van een verschuiving van rechten uit het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder, maar ook dat zich een aan hem toerekenbare rechtshandeling voordoet, die deze verschuiving teweeg brengt.⁹⁰³ Juist in het geval van een wijziging van de administratievoorwaarden hoeft dit helemaal niet het geval te zijn: indien de administratievoorwaarden een eenzijdige wijziging door de STAK⁹⁰⁴ of door de STAK met instemming van een meerderheid van de certificaathouders toestaan, kan de wijziging geschieden zonder medewerking en

901 Zie nader paragraaf 13.6.1.

902 Kamerstukken II, vergaderjaar 1988/1989, 21 033, nr. 5, pagina 11.

903 Zie paragraaf 13.4.1.2.2.

904 Hoewel een dergelijke bepaling de machtsverhouding in mijn ogen te sterk naar de STAK doet doorslaan (zie paragraaf 7.9.1 onder (k)), is het wel mogelijk om de STAK een dergelijke eenzijdige wijzigingsbevoegdheid te geven.

wellicht zelfs tegen de wil van de (minderheids)certificaathouder.^{905 906 907} Een dergelijke mogelijkheid tot wijziging lijkt zich bovendien ook te verdragen met de voorwaarden voor gefaciliteerde certificering, aangezien dit aspect niet terugkomt in de voorwaarden en mijns inziens ook niet anderszins aan de vereenzelviging in de weg staat, omdat een eenzijdige wijzigingsmogelijkheid⁹⁰⁸ als zodanig niet afdoet aan het economische belang van de certificaathouder. Hoogstens kan het benutten van die wijzigingsmogelijkheid een beperking van dit economische belang met zich brengen. Derhalve lijkt mij onder omstandigheden denkbaar dat weliswaar sprake is van een vermogensverschuiving, maar dat zich desalniettemin geen vervreemding door de certificaathouder voordoet.

Indien wel sprake is van een vervreemding rijst, net als bij niet-gefaciliteerde certificering, de vraag wat hiervan de omvang is: wordt het certificaat als zodanig vervreemd, of slechts die rechten die de certificaathouder als gevolg van de wijziging niet langer toekomen. Naar mijn mening betreft de vervreemding ook in dit geval het tweede, zie hiervoor nader paragraaf 13.4.1.2.2. Ook in dit geval zou men de overdrachtsprijs dan moeten stellen op de waarde in het economische verkeer van

905 Vergelijk in dit geval ook Rijkers en Van Dijk 2000, pagina 160 – 161, die aangeven dat het gaat om door de aanmerkelijkbelanghouder uitgeoefende macht die aan de basis ligt van de vermogensovergang. In wezen is naar hun mening voldoende dat een doen of nalaten van de aanmerkelijkbelanghouder de toerekenbare reden vormt voor de overgang van tot een aanmerkelijk belang behorende rechten naar een ander. In sommige gevallen zal het echter niet mogelijk zijn om tot een dergelijke toerekening van handelen of nalaten te komen, hoewel door een rechtshandeling van de vennootschap de oorspronkelijke rechten van een aanmerkelijkbelanghouder geheel of gedeeltelijk overgaan op een ander. Als voorbeeld noemen zij de emissie tegen een te lage waarde, waarbij een aandeelhouder onvoldoende macht had om deze te verhinderen.

906 Dit wordt uiteraard anders indien de certificaathouder doorslaggevende invloed heeft op het handelen van de STAK. In dat geval kan zijn handelen in de hoedanigheid van beleidsbepaler hem naar mijn mening tevens toegerekend worden in zijn hoedanigheid van certificaathouder.

907 Dit impliceert de aanwezigheid van een heffingslek, omdat de certificaathouder zijn economische belang bij rechten uit de gecertificeerde aandelen kan kwijtraken zonder dat sprake is van heffing. Het praktische belang lijkt mij echter relatief, om twee redenen. Allereerst ligt niet voor de hand dat men de certificaathouder een significant deel van zijn economische belang zou willen ontnemen. Daarnaast is het verlies van deze rechten in beginsel tijdelijk: op enig moment zal de certificering beëindigd worden en komen alle aan de aandelen verbonden rechten weer toe aan degene die op dat moment certificaathouder is, zonder dat deze hiervoor een tegenprestatie verschuldigd is die tot een verhoging van de verkrijgingsprijs zou leiden. De waarde van de rechten die de certificaathouder erbij krijgt, komen daarmee weer volledig de belaste sfeer in.

908 De omstandigheid dat de certificaathouder akkoord is gegaan met de administratievoorwaarden waarin deze eenzijdige wijzigingsbevoegdheid is opgenomen, bijvoorbeeld doordat hij zelf aan de certificering heeft deelgenomen, certificaten gekocht of anderszins verworven heeft waarop de administratievoorwaarden van toepassing zijn of de certificaten krachtens erfrecht verkregen heeft, betekent mijns inziens niet dat een vervreemding van rechten op grond van een dergelijke eenzijdige wijzigingsbevoegdheid aan de certificaathouder toerekenbaar is. Van een dergelijke toerekenbaarheid kan mijns inziens slechts sprake zijn, indien een ander direct namens of voor rekening van de aanmerkelijkbelanghouder handelt, zoals in het geval van een pandhouder of curator (vergelijk Ganzeveld, dissertatie 1994, pagina 382 en Blokland 1999, pagina 141, die toerekening van een vervreemding aanneemt als iemand namens de aanmerkelijkbelanghouder handelt of krachtens door hem verleende rechten). In de situatie van de certificaathouder die geconfronteerd wordt met een eenzijdige wijziging van de administratievoorwaarden door de STAK is het verband tussen zijn aanvaarding van deze voorwaarden (zo daar al van een reële keuze gesproken kan worden) en het handelen van de STAK te ver verwijderd om tot toerekening van een vervreemdingshandeling te kunnen komen, zeker indien de certificaathouder de certificering niet zelf in het leven heeft geroepen.

de vervreemde rechten, hetgeen tot waarderingsproblemen kan leiden, en bij het berekenen van het vervreemdingsvoordeel een evenredig deel van de verkrijgingsprijs in aanmerking moeten nemen.⁹⁰⁹

Overigens is denkbaar dat als gevolg van de wijziging weliswaar niet langer aan de voorwaarden voor vereenzelviging wordt voldaan, maar dat de wijziging niet zodanig beperkend is, dat de certificaathouder niet langer economisch eigenaar van de aandelen is. Dat leidt naar mijn mening evenwel niet tot een (fiscaal relevante) vervreemding. De consequentie van de omstandigheid, dat de economisch eigenaar fiscaal eigenaar is, is dat de rechten verbonden aan het desbetreffende goed, die de omvang van het economische belang bij dat goed bepalen, niet langer van belang zijn. Men kan deze rechten dus verliezen, op het moment dat certificering plaatsvindt of bij een latere wijziging van de administratievoorwaarden, zonder dat sprake is van een vervreemding voor de aanmerkelijkbelangregeling, zolang men de positie van economisch eigenaar maar behoudt.⁹¹⁰

13.4.1.4 Decertificering

Bij decertificering kan eenzelfde vraag gesteld worden als bij certificering: leidt de decertificering tot een (belaste) vervreemding van het (nu door de certificaten gevormde) aanmerkelijk belang? In deze paragraaf ga ik hierop in, waarbij ik weer gefaciliteerde en niet-gefaciliteerde decertificering apart bespreek. Met “gefaciliteerde decertificering” wordt in dit verband bedoeld op de situatie waarin de certificering gefaciliteerd heeft plaatsgevonden en waarbij de voorwaarden van certificering ook op het moment van decertificering nog voldoen aan de in het besluit van 9 maart 2018 gestelde voorwaarden.

13.4.1.4.1 Gefaciliteerde decertificering

Indien voldaan wordt aan de voorwaarden voor gefaciliteerde certificering, kunnen de certificaten vereenzelvigd worden met de onderliggende aandelen. Hoewel het besluit

909 Boltjes lijkt van mening dat een beperkende wijziging van de administratievoorwaarden, als gevolg waarvan niet langer voldaan wordt aan de voorwaarden voor vereenzelviging van de aandelen met de certificaten (in casu doordat het mogelijk wordt om de aandelen te verpanden), leidt tot een vervreemding, mogelijk zelfs terugwerkend tot het moment van certificering (R.R. Boltjes, Pandperikelen in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, WFR 2015/7088, paragraaf 6). Dit miskent mijns inziens allereerst dat niet ieder handelen van de STAK leidt tot een aan de certificaathouder toerekenbare vervreemdingshandeling en voorts dat, zelfs indien inderdaad sprake is van een toerekenbare vervreemdingshandeling, de vervreemdingsvoordelen gezien artikel 4.46 lid 1 Wet IB 2001 pas worden genoten op het moment dat de vervreemding plaatsvindt (en in de tussentijd is ook gewoon aan de voorwaarden voldaan).

910 Deze gedachte doortrekkend naar de aanmerkelijkbelanghouder die rechtstreeks, zonder tussenkomst van een STAK, houder van aanmerkelijkbelangaandelen is, impliceert dat ook deze aandeelhouder afstand kan doen van zijn zeggenschapsrechten, zolang hij het economische belang bij de aandelen maar behoudt.

van 9 maart 2018 slechts spreekt over certificering, geldt deze vereenzelviging mijns inziens even goed bij decertificering en kan dit derhalve ook gefaciliteerd, zonder dat een vervreemding in aanmerking genomen wordt, plaatsvinden. De verkrijgingsprijs van de aandelen wordt dan logischerwijs gesteld op de verkrijgingsprijs van de certificaten, die, aannemend dat het ook de aandelen zijn die oorspronkelijk zijn gecertificeerd, tevens de historische verkrijgingsprijs van de aandelen voorafgaand aan certificering is.

13.4.1.4.2 Niet-gefaciliteerde decertificering

Indien de administratievoorwaarden zodanig zijn dat de aandelen niet vereenzelvigd kunnen worden met de onderliggende aandelen, is de vraag of decertificering leidt tot een (gedeeltelijke) vervreemding van het aanmerkelijk belang. Mijns inziens is dit echter niet het geval: een vervreemding vereist, gezien hetgeen is opgemerkt in paragraaf 13.4.1.2.2, onder meer dat er rechten die betrekking hebben op tot het aanmerkelijk belang behorende vermogensbestanddelen verdwijnen uit het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder. Dit doet zich bij niet-gefaciliteerde vervreemding evenwel niet voor, aangezien de beperkingen verbonden aan het certificaat, ten opzichte van de positie van aandeelhouder, juist wegvallen. Als gevolg van de decertificering nemen de rechten van de certificaathouder niet af, maar toe. Derhalve kan decertificering geen vervreemding zijn. Het is dus ook niet noodzakelijk om, indien sprake is van certificaten die niet voldoen aan de voorwaarden voor vereenzelviging, de administratievoorwaarden voorafgaand aan decertificering in lijn te brengen met de voorwaarden van het besluit van 9 maart 2018.

13.4.1.5 Voordelen en genietingstijdstip

Een andere vraag die op kan komen bij certificaten van aandelen is wat het genietingstijdstip is voor de certificaathouder, indien de STAK inkomsten uit de aandelen ontvangt of een vervreemdingsvoordeel realiseert. Hieronder zal ik allereerst ingaan op vervreemdingsvoordelen en vervolgens op dividenden/reguliere voordelen.

13.4.1.5.1 Vervreemdingsvoordelen

Vervreemdingsvoordelen zullen zich voordoen indien de STAK haar aandelen vervreemdt. Voorts zijn bepaalde fictieve vervreemdingen in de zin van artikel 4.16 Wet IB 2001 denkbaar, zowel op niveau van de STAK (bijvoorbeeld een inkoop van aandelen door de vennootschap wier aandelen gecertificeerd zijn), als bij de certificaathouder zelf (zoals overgang onder algemene titel door boedelmenging). Ik wil hier slechts ingaan op de situatie van een reële of fictieve vervreemding die verband houdt met de aandelen zelf, aangezien zich dan de situatie voor kan doen dat de STAK de tegenprestatie voor de aandelen ontvangt, maar deze niet direct uitkeert aan de certificaathouder.

Vaak zal bij certificering van aanmerkelijkbelangaandelen gekozen worden voor een gefaciliteerde certificering, in welk geval een doorstootverplichting overeengekomen zal worden in de administratievoorwaarden.⁹¹¹ Zelfs dan is echter denkbaar dat de ontvangst van de tegenprestatie door de STAK en de dooruitkering zich niet in hetzelfde jaar voordoen, indien de vervreemding zich kort voor het jaareinde voordoet. Bovendien is een gefaciliteerde certificering bij aanmerkelijkbelangaandelen weliswaar om fiscale redenen de doorgaans gebruikte vorm, maar het is strikt genomen niet noodzakelijk. Certificering van aanmerkelijkbelangaandelen waarbij geen doorstootverplichting wordt overeengekomen, maar de STAK de mogelijkheid of zelfs de verplichting heeft tot herinvestering van inkomsten, is ook mogelijk. In een dergelijk geval kan een (lange) tijd verstrijken tussen ontvangst door de STAK en uitkering aan de certificaathouder. De vraag is op welk moment de certificaathouder in een dergelijk geval geacht wordt zijn vervreemdingswinst te genieten.

Artikel 4.46 lid 1 Wet IB 2001 bepaalt dat vervreemdingsvoordelen geacht worden genoten te zijn op het tijdstip van de vervreemding van het aanmerkelijk belang. Dit tijdstip is naar mijn mening in principe het moment waarop de STAK haar aandelen vervreemdt, ook indien geen sprake is van een doorstootverplichting. Vanaf dit moment heeft de certificaathouder immers ook geen aanmerkelijk belang meer.

Een vraag die men zich daarbij wel kan stellen, is of gezien de in paragraaf 13.4.1.2.2 weergegeven definitie van vervreemding van aanmerkelijk belang, de certificaathouder geacht kan worden te vervreemden indien het de STAK is die handelt. Hiervoor is ten minste vereist dat de vervreemdingshandeling van de STAK aan de certificaathouder toerekenbaar is. Dat een dergelijke toerekening mogelijk is, lijkt mij evenwel goed denkbaar. In ieder geval indien sprake is van een daadwerkelijke vervreemding zal een handeling van de STAK vereist zijn. Bij fictieve vervreemdingen is denkbaar dat dit buiten de STAK om, en wellicht ook tegen de wens van de STAK in, geschiedt. Aangezien de wet in deze laatste gevallen een vervreemding fingeert, is mijns inziens een (al dan niet toegerekende) handeling van de certificaathouder niet vereist. In een dergelijk geval zal steeds direct sprake zijn van een vervreemding en de daarmee samenhangende aanmerkelijkbelangheffing.

Indien sprake is van een daadwerkelijke vervreemding, hangt het af van de omstandigheden van het geval of sprake is van een rechtshandeling van, althans toerekenbaar aan, de certificaathouder. Gevallen waarin daarvan sprake is, zijn naar mijn mening die waarin de certificaathouder invloed heeft gehad op de beslissing om al dan niet te vervreemden. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen indien de certificaathouder met de vervreemding moet instemmen, zelfstandig of als deel van de gezamenlijke certificaathouders (met een zodanig invloed dat hij de vervreemding desgewenst had

911 Zie paragraaf 13.4.1.2.1.

kunnen blokkeren). Ook is hiervan mijns inziens sprake indien de certificaathouder in een andere hoedanigheid, zoals als bestuurder van de STAK met doorslaggevende zeggenschap, de vervreemding heeft kunnen doen plaatsvinden.

Veelal zal, zeker indien de certificering gericht is op vermogensbescherming, de certificaathouder echter niet een dergelijke invloed hebben. Het is derhalve denkbaar dat de STAK overgaat tot vervreemding van de aanmerkelijkbelangaandelen zonder instemming van de certificaathouder of wellicht zelfs tegen diens wensen in. In dat geval kan naar mijn mening geen tot vervreemding leidende rechtshandeling aan de certificaathouder toegerekend worden. De enkele omstandigheid dat de certificaathouder de certificaten op enig moment verkregen heeft met daaraan verbonden bepaalde voorwaarden, waaronder de voorwaarde die de STAK de mogelijkheid verschafte om buiten de wil van de certificaathouder de aandelen te vervreemden, staat mijns inziens in een onvoldoende sterk verband met de vervreemding om tot een dergelijke toerekening te komen.⁹¹²

Ook indien men niet tot toerekening van een tot vervreemding leidende rechtshandeling zou kunnen concluderen, kan toch sprake zijn van een vervreemding, maar dan op grond van een fictie: artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001 regelt de fictieve vervreemding indien niet langer een aanmerkelijk belang aanwezig is. Hoewel deze bepaling wellicht geschreven is met primair het oog op verwateringssituaties,⁹¹³ is de formulering dermate ruim, dat ook het (in het geheel) niet langer hebben van een aanmerkelijk belang door een certificaathouder, als gevolg van een vervreemding door de STAK,

912 Men zou hier anders over kunnen denken indien het de certificaathouder is die zelf de certificering in het leven heeft geroepen en daarmee invloed heeft gehad op de voorwaarde, die op het latere moment van de vervreemding van de aandelen de STAK in staat stelde om dit zonder zijn medewerking te doen. Eventueel zou men deze handeling nog door kunnen trekken naar de rechtsopvolgers onder algemene titel van de certificerende aandeelhouder. Indien de certificaathouder evenwel onder bijzondere titel heeft verkregen, zoals bij koop of schenking van de certificaten, aanvaardt hij de certificaten in een bepaalde "staat", met alle daaraan verbonden voordelen en beperkende voorwaarden als één geheel. Dan kan men mijns inziens in ieder geval niet meer zeggen dat deze certificaathouder een handeling heeft verricht die, hoe indirect ook, tot de latere vervreemding heeft geleid en die dus aan hem toegerekend zou moeten worden. Waarschijnlijk is overigens dat de initiële certificaathouder zich op andere wijze of in een andere hoedanigheid de invloed op het al dan niet vervreemden van de aandelen heeft voorbehouden, hetgeen dan in ieder geval tot toerekening van het handelen van de STAK kan leiden.

913 Vergelijk bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 1995/1996, 24 761, nr. 3, pagina 18, waar wordt opgemerkt dat het bij toepassing van deze fictie niet uitmaakt hoe de aanmerkelijkbelanghouder onder de 5%-grens gezakt is.

binnen het bereik van de bepaling past.⁹¹⁴ ⁹¹⁵ Het genietingstijdstip is ook in dit geval het moment van de vervreemding.⁹¹⁶

Het voorgaande geldt evenzeer indien de STAK niet alle aandelen vervreemdt, maar wel zodanig veel dat het resterende belang kleiner is dan 5%. De fictie van artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001 is dan ook van toepassing, terwijl doorschuiving op grond van artikel 4.40 Wet IB 2001 slechts mogelijk is voor zover de STAK de aandelen behoudt. Het is echter ook denkbaar dat de STAK een deel van haar aandelen vervreemdt, maar gelijktijdig een belang van 5% of meer in de vennootschap aanhoudt. De fictie van artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001 is dan niet van toepassing, in welk geval slechts een vervreemding door de certificaathouder geconstateerd kan worden indien sprake is van een aan hem toerekenbare tot de vervreemding leidende rechtshandeling. Afhankelijk van de inhoud van de administratievoorwaarden is evenwel denkbaar dat de STAK zelfstandig en wellicht ook tegen de wensen van de certificaathouder in tot vervreemding van de aandelen kan besluiten. In dat geval kan naar mijn mening niet gezegd worden dat de certificaathouder vervreemdt, maar geniet deze pas het vervreemdingsvoordeel op het moment dat hij ter zake van dit voordeel zelf een genietingsmoment heeft, hetgeen doorgaans zal zijn op het moment van dooruitkering van het vervreemdingsvoordeel door de STAK aan de certificaathouder. Strikt genomen zou men kunnen zeggen dat ook op dat moment geen vervreemding door de certificaathouder plaatsvindt. Een redelijke wetstoepassing brengt naar mijn mening evenwel met zich dat het vervreemdingsvoordeel bij de certificaathouder belastbaar wordt, op het moment dat zich ten aanzien van hem een genietingstijdstip voordoet.⁹¹⁷

Zodra zich een dergelijk genietingstijdstip voordoet, rijst de vraag of de uitkering door de STAK inderdaad nog een in box 2 te belasten voordeel betreft. Indien de STAK de verkoopopbrengst in dezelfde vorm heeft aangehouden en als zodanig heeft

914 De doorschuiffaciliteit van artikel 4.40 Wet IB 2001 is hier niet toepasbaar, omdat deze (thans) slechts toepasbaar is ter zake van de aandelen die tot het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder blijven behoren.

915 De fictie brengt met zich dat het van ondergeschikt belang is of de vervreemding door de STAK aan de certificaathouder toegerekend kan worden, omdat, ook indien deze toerekening niet plaats kan vinden, alsnog een vervreemding van het aanmerkelijk belang gezien wordt. Zonder de fictie zou echter sprake zijn van een heffingslek. Een dergelijk heffingslek doet zich wel in bepaalde mate voor bij de vervreemding van enkel rechten die in de aandelen besloten liggen, omdat het aanmerkelijk belang dan blijft bestaan en artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001 dus niet van toepassing is (zie tevens paragraaf 13.4.1.3.2).

916 Een mogelijke consequentie van het uiteenlopen van het genietingstijdstip en het moment van daadwerkelijke ontvangst van het vervreemdingsvoordeel door de certificaathouder, is dat de certificaathouder wellicht niet beschikt over de middelen om de inkomstenbelasting te betalen. Het is derhalve aan te raden om dit in de administratievoorwaarden te ondervangen door middel van een verplichting voor de STAK om in elk geval een zodanig bedrag uit te keren aan de certificaathouder, dat deze de belasting kan voldoen (vergelijk paragraaf 7.9.1 onder (e)). Zie voorts paragraaf 15.3.3 voor een voorstel inzake toerekening van inkomsten aan in combinatie met een verhaalsrecht voor de certificaathouder, dat dit probleem in meer algemene zin zou ondervangen.

917 Ik zou in dat verband willen aansluiten bij de genietingstijdstippen voor reguliere voordelen, zoals gedefinieerd in artikel 4.43 Wet IB 2001.

uitgekeerd aan de certificaathouder, zie ik niet in waarom dit niet het geval zou zijn. Dan is slechts sprake van een uitstel in het genieten van het vervreemdingsvoordeel door de certificaathouder. De zaak komt echter complexer te liggen indien de STAK de verkoopopbrengst heeft geherinvesteerd in vermogen dat niet in box 2 valt, bijvoorbeeld indien hiervan portfoliobeleggingen gekocht worden. Strikt genomen zal deze situatie zich nagenoeg altijd voordoen, tenzij de STAK van de verkoopopbrengst andere aanmerkelijkbelangaandelen koopt. De liquide aangehouden verkoopopbrengst zou in handen van de certificaathouder immers ook box 3-vermogen zijn. Dan komt de vraag op of uitkeringen van deze goederen nog steeds gezien kunnen worden als vervreemdingsvoordelen uit aanmerkelijk belang.⁹¹⁸ Hierbij spelen mijns inziens de volgende afwegingen een rol:

- (a) Enerzijds kan gezegd worden dat de uitkering door de STAK een uitgestelde doorbetaling van het vervreemdingsvoordeel is, ook al heeft dit niet meer dezelfde vorm als hetgeen eerder door de STAK ontvangen is. De certificaathouder heeft steeds enig economisch belang gehad bij dit vervreemdingsvoordeel, zij het niet genoeg om tot vervreemding van zijn aanmerkelijk belang te concluderen op het moment dat de STAK de aandelen vervreemde, en dit belang uit zich nu in de uitbetaling van het vervreemdingsvoordeel.
- (b) Anderzijds kan men menen dat er niet langer sprake is van een vervreemdingsvoordeel. Niet alleen heeft de uitkering door de STAK niet dezelfde vorm als het eerder ontvangen vervreemdingsvoordeel, maar ook was het economische belang van de certificaathouder niet zodanig dat deze geacht kon worden om vervreemd te hebben op het moment dat de STAK dit deed. De uitkering betreft derhalve datgene wat aanwezig is op het moment van de uitkering. Indien dit bijvoorbeeld portfoliobeleggingen betreft, kan dus geen sprake zijn van een in box 2 te belasten vervreemdingsvoordeel.

Van deze twee benaderingen spreekt de eerste mij het meeste aan. Allereerst doet dit recht aan de omstandigheid dat voor de certificaathouder, hoewel deze niet het volledige economische belang bij het vervreemdingsvoordeel heeft, zijn uitkering toch samenhangt met de (netto)opbrengst van aandelen die voor hem een aanmerkelijk belang vormden. Daarnaast zou sprake zijn van een heffingslek indien men zou willen aannemen dat niet langer sprake is van een in box 2 te belasten vervreemdingsvoordeel indien (i) men de administratievoorwaarden zo inrichtten dat geen sprake is van volledige economische gerechtigdheid tot dit voordeel en (ii) de STAK het vervreemdingsvoordeel voor uitkering aan de certificaathouder omzet in een vermogensbestanddeel dat niet

918 Het beantwoorden van deze vraag kan in praktische zin gecompliceerd worden doordat het dividend gezamenlijk met andere vormen van inkomsten of vermogen geherinvesteerd is, zodat het lastig of onmogelijk wordt om te herleiden uit welk vermogen of welke inkomsten de latere uitkering afkomstig is. Op dit punt ga ik verder niet in.

in box 2 valt. Dat zou het vermijden van aanmerkelijkbelangheffing wel erg eenvoudig maken. Desalniettemin valt ook te betogen dat de uitkering onder omstandigheden geen vervreemdingsvoordeel uit aanmerkelijk belang (meer) is.

Naast de voorgaande problematiek komt de vraag op hoe de belastingheffing verloopt in de periode tussen verkoop van de aandelen door de STAK en dooruitkering van het aldus door de STAK gerealiseerde vervreemdingsvoordeel aan de certificaathouder. Gedurende deze periode is sprake van de ontvangen liquide middelen, die normaal gesproken in box 3 zouden vallen, dan wel van andere goederen waarin de STAK de ontvangen koopsom heeft geherinvesteerd. Van deze vervangende goederen zou per geval beoordeeld moeten worden in welke box deze vallen. Voor het navolgende ga ik uit van box 3-vermogen.

De situatie die dan ontstaat is dat (i) de STAK een vervreemdingsvoordeel heeft gerealiseerd, dat echter nog niet bij de certificaathouder belast is, terwijl (ii) bij dooruitkering alsnog belastingheffing bij de certificaathouder kan plaatsvinden,⁹¹⁹ maar (iii) tussentijds sprake is van box 3-vermogen in de STAK, waar de certificaathouder een zeker economisch belang bij heeft. Indien sprake is van certificaten van box 3-vermogen als zodanig, zou dit zonder meer leiden tot belastingheffing, zie hiervoor nader paragraaf 13.4.3.1 hierna. De vraag is of de omstandigheid, dat uitkering van het desbetreffende vermogen (alsnog) zou leiden tot belastingheffing in box 2, met zich brengt dat tussentijds sprake is van in box 3 belastbaar vermogen. Ik zie in dit verband meerdere mogelijke benaderingen:

- (a) Men neemt toch aan dat de certificaathouder zijn vervreemdingsvoordeel geniet op het moment dat de STAK haar aandelen vervreemdt. De vraag hoe latere box 2-heffing en tussentijdse box 3-heffing zich eventueel verhouden, kan zich dan niet voordoen, omdat het vervreemdingsvoordeel belastbaar wordt en aansluitend het box 3-vermogen ontstaat. Deze benadering heeft derhalve de charme van eenvoud. Zij is echter mijns inziens onhoudbaar, aangezien artikel 4.46 lid 1 Wet IB 2001 een vervreemding vereist en (nog) geen sprake is van een aan de certificaathouder toerekenbare vervreemdingshandeling.
- (b) Men neemt het moment van genieting van het vervreemdingsvoordeel door de certificaathouder als moment waarop de belastingheffing over de verkoopopbrengst aangrijpt. Gedurende de periode tussen de vervreemding door de STAK en de uitkering aan (althans genieting anderszins door) de certificaathouder wordt de verkoopopbrengst, dan wel datgene dat daarvoor

919 Althans indien men uitgaat van de door mij voorgestane benadering waarbij latere uitkering alsnog tot heffing leidt. Indien men bij uitkering slechts kijkt naar de aard van hetgeen wordt uitgekeerd, doet deze tweede vraag zich niet voor. Deze aard bepaalt dan niet alleen de heffing op het moment van uitkering, maar ook tot aan het moment van uitkering.

in de plaats is gekomen, belast in box 3 indien in deze periode een of meer peildata vallen. Zodra de verkoopopbrengst/het vervangende vermogen alsnog wordt uitgekeerd, vindt belastingheffing in box 2 plaats.⁹²⁰ Deze benadering heeft als voordeel dat een sluitend systeem ontstaat. In een situatie zonder certificering zou sprake zijn van een combinatie van box 2-heffing over het vervreemdingsvoordeel en daarna heffing in box 3 en deze benadering leidt tot een vergelijkbaar resultaat, zij het dat de heffing niet in dezelfde volgorde plaatsvindt. Voorts is sprake van een uitstel van de box 2-heffing. Het bezwaar tegen deze benadering is naar mijn mening dat een vrij sterk beroep op redelijke wetstoepassing nodig is om tot deze uitkomst te komen, omdat het noodzakelijk is om een volgtijdelijke samenloop tussen box 2-heffing en box 3-heffing aan te nemen die zich normaal gesproken niet zou voordoen.⁹²¹

- (c) Men neemt aan dat het door de STAK ontvangen vervreemdingsvoordeel zijn karakter als box 2-bestanddeel behoudt tot het moment van uitkering aan de certificaathouder. Dit is consistent met het uitgangspunt dat het vervreemdingsvoordeel niet van karakter verandert in de periode tussen vervreemding en uitkering. Daar staat tegenover dat deze benadering leidt tot een heffingslek, omdat in deze periode geen belastingheffing plaatsvindt, tenzij men zou willen aannemen dat het rendement op de verkoopopbrengst ook belastbaar zou zijn in box 2. Voor dit laatste ontbreekt naar mijn mening echter de wettelijke basis, aangezien de omvang van het vervreemdingsvoordeel gezien artikel 4.19 Wet IB 2001 (mede) wordt bepaald door de overdrachtprijs, waar dit rendement uiteraard geen deel van uitmaakt.
- (d) Men zou als uitgangspunt kunnen nemen dat het vervreemdingsvoordeel toch niet bij de certificaathouder belast kan worden in box 2, aangezien zich ten aanzien van hem geen vervreemding voordoet. De vervreemdingshandeling door de STAK is niet aan hem toe te rekenen en de latere uitkering door de STAK leidt weliswaar tot een genieten van deze uitkering door de certificaathouder, maar een vervreemding doet zich op dit moment niet meer voor. Ook in dit geval is de benadering in zoverre consistent, dat de vraag naar eventuele transformatie van het vervreemdingsvoordeel niet speelt: het vervreemdingsvoordeel wordt in dit geval box 3-vermogen, zonder dat belastingheffing plaatsvindt. Dat laatste is meteen ook het bezwaar tegen deze benadering, aangezien daardoor sprake is van een heffingslek.

920 De box 2-heffing kan daarbij mijns inziens dan slechts betrekking hebben op het nominale bedrag van het vervreemdingsvoordeel. Eventuele vruchten zijn immers reeds in de box 3-heffing betrokken.

921 Overigens is, indien men de box 2-heffing beperkt tot het nominale vervreemdingsvoordeel, geen sprake van strijd met de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB 2001. Het object van de box 2-heffing is in dat geval het vervreemdingsvoordeel (en niet het rendement daarvan), terwijl de box 3-heffing betrekking heeft op het (forfaitaire) rendement van dit vervreemdingsvoordeel. Derhalve is geen sprake van tweemaal belastingheffing over hetzelfde object.

- (e) Ten slotte is een denkbare optie dat men aanneemt dat het vervreemdingsvoordeel zijn aard als voordeel uit aanmerkelijk belang behoudt en als zodanig belast wordt, terwijl de vermogensvermeerdering die ontstaat doordat het vervreemdingsvoordeel rendement oplevert als box 3-vermogen wordt aangemerkt.⁹²² Deze benadering is in zoverre consistent, dat daarmee recht wordt gedaan aan de aard van het vervreemdingsvoordeel, doordat dit uiteindelijk bij uitkering in box 2 belast zal worden. Gelijktijdig wordt het rendement op de verkoopopbrengst, welke opbrengst door een aandeelhouder naar box 3 zou verschuiving, terecht in box 3 belast. Desalniettemin kan men in deze situatie een heffingslek aanwezig achten, doordat het nominale bedrag van het vervreemdingsvoordeel buiten de box 2-heffing blijft tot het moment van uitkering, maar gedurende die periode ook buiten de box 3-heffing blijft. Ten opzichte van de situatie waarin een aandeelhouder zijn aandelen verkoopt en de opbrengst in box 3 belast wordt, is dan minder inkomstenbelasting verschuldigd.

Vooropgesteld zij dat noch wet, noch jurisprudentie leiden tot een eenduidige keuze tussen deze benaderingen. De verschillende alternatieven vergelijkend, heb ik een lichte voorkeur voor alternatief (b). Zoals reeds opgemerkt lijkt alternatief (a) mij niet houdbaar, gezien de wijze waarop het genietingstijdstip voor vervreemdingsvoordelen gedefinieerd is. Alternatieven (c) en (d) hebben beide als bezwaar dat deze tot een heffingslek leiden, hetgeen in zichzelf uiteindelijk natuurlijk niet aan de juistheid van een bepaalde interpretatie in de weg hoeft te staan. Consequentie van deze beide alternatieven is echter ook, dat vermogen kan verschuiven tussen box 2 en box 3, zonder dat sprake is van afrekening van de box 2-claim, hetgeen maakt dat deze alternatieven niet goed passen binnen het systeem van de Wet IB 2001. Ook alternatief (e) leidt in bepaalde mate tot een heffingslek, zij het in mindere mate. In dit geval wordt echter meer recht gedaan aan de aard van het vervreemdingsvoordeel en de vervolgens hieruit voortvloeiende rendementen. Tegen alternatief (b) (en ook alternatief (e)) is als bezwaar aan te voeren dat men hiervoor moet aannemen dat de box 2-heffing kan plaatsvinden ter zake van vermogen dat inmiddels verschoven is naar box 3. Ook is een vraag of deze benaderingen in overeenstemming zijn met de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB 2001, omdat die veronderstelt dat inkomsten pas in box 3 belastbaar zijn indien deze niet binnen het bereik van box 2 vallen en de box 2-heffing in dit geval (nog) niet heeft plaatsgevonden. Alternatief (b) is echter naar mijn mening de enige benadering die tot een sluitende heffing leidt, maar men kan van mening zijn dat een inbreuk op het systeem zwaarder weegt. Vooralsnog kan mijns inziens slechts geconcludeerd worden dat meerdere interpretaties mogelijk zijn en dat niet duidelijk is welke in de ogen van de Hoge Raad de juiste zou blijken te zijn.

922 Deze benadering wordt voorgesteld door Hofman en Singh ter zake van reguliere voordelen, zie WFR 2017/7174, paragraaf 4.2.3.

13.4.1.5.2 Reguliere voordelen

Bij reguliere voordelen kan uiteraard dezelfde vraag naar het genietingstijdstip gesteld worden als ter zake van vervreemdingsvoordelen, zowel ingeval van gefaciliteerde certificering, als in geval van niet-gefaciliteerde certificering. In het laatste geval kan een doorstootverplichting ontbreken, maar ook indien van een dergelijke verplichting wel sprake is, kan zich een jaargrens voordoen tussen het moment van ontvangst door de STAK en het moment van dooruitkering aan de certificaathouder. Dit kan het gevolg zijn van de toevallige omstandigheid dat, aangezien ook directe dooruitkering het verrichten van bepaalde handelingen en daarmee enige tijd vereist, zich net in die periode een jaargrens voordoet. Maar ook kan zich de omstandigheid voordoen dat de STAK het dividend wel geniet op één van de wijzen zoals hierna genoemd, maar het nog niet daadwerkelijk ontvangen heeft, bijvoorbeeld doordat de vennootschap het dividend gedeclareerd heeft (en dit ook feitelijk inbaar is), maar de uitbetaling nog moet plaatsvinden. Dooruitkering kan evenwel uiteraard pas plaatsvinden zodra de STAK het dividend ontvangt.

Voor reguliere voordelen is het genietingstijdstip gedefinieerd als het moment waarop deze voordelen zijn:⁹²³

- ontvangen;
- verrekend;
- ter beschikking gesteld;
- rentedragend geworden;⁹²⁴ of
- vorderbaar en inbaar geworden.

Uitgaande van gefaciliteerde certificering, valt het genietingstijdstip mijns inziens

923 Zie artikel 4.43 lid 1 Wet IB 2001. Lid 2 bepaalt overigens dat het genietingstijdstip ter zake van het forfaitaire rendement in box 2, zoals geregeld in artikel 4.13 lid 1 sub a Wet IB 2001, uiterlijk het einde van het kalenderjaar is, dan wel het einde van de binnenlandse belastingplicht, indien zich dit voor jaareinde voordoet. In dit laatste geval is echter sprake van een fictief rendement, zodat dit direct door de certificaathouder genoten wordt en het niet via de STAK loopt.

924 In HR 15 november 1995, BNB 1996/38, wordt dit begrip zodanig ingevuld door de Hoge Raad, dat voor het rentedragend worden noodzakelijk is dat men enige beschikkingshandeling heeft verricht. Hiermee lijkt het onderscheid tussen deze grond en het ter beschikking gesteld krijgen van inkomsten niet of nauwelijks meer aanwezig. Ook zou men hieruit af kunnen leiden dat indien de certificaathouder niet op enige wijze de mogelijkheid tot beschikken over het dividend heeft gekregen, dan wel dat dit hem op enige wijze ten goede is gekomen (door verrekening) van een genietingsmoment geen sprake kan zijn.

samen met het moment waarop de STAK de reguliere voordelen/dividenden⁹²⁵ ontvangt, ook al vindt de daadwerkelijke uitbetaling naar de certificaathouder pas op een later moment plaats. De verplichting tot dooruitkering brengt met zich dat voor de certificaathouder een afdwingbare vordering ontstaat jegens de STAK tot uitbetaling van het dividend, op het moment dat de STAK dit geniet.⁹²⁶ Dat leidt dan ook voor de certificaathouder tot een genietingsmoment, ongeacht het moment waarop de dooruitkering van het dividend plaatsvindt. Het past bovendien bij de gedachte van vereenzelviging van de certificaten met de onderliggende aandelen om het genietingsmoment voor de certificaathouder te laten samenvallen met dat van de STAK, met dien verstande dat de omstandigheid, dat de staatssecretaris van mening is dat bepaalde omstandigheden leiden tot deze vereenzelviging, natuurlijk in zichzelf niet kan leiden tot het zich voordoen van een genietingsmoment indien zich niet tevens één van de genoemde genietingstijdstippen voordoet.

Daarnaast zal in geval van gefaciliteerde certificering de certificaathouder economisch eigenaar van de certificaten zijn: de voorwaarden voor de vereenzelviging van de certificaten met de onderliggende aandelen zijn zodanig dat het hieraan voldoen eigenlijk automatisch met zich brengt dat de certificaathouder ook economische eigenaar is van de gecertificeerde aandelen. Andersom hoeft dit echter niet het geval te zijn; men kan het volledige economische belang hebben bij de aandelen en aldus economisch eigenaar zijn, zonder dat ook aan alle voorwaarden van vereenzelviging van de aandelen met de certificaten voldaan is.

Voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling is de economische eigenaar van de aandelen de aandeelhouder en als zodanig dus ook in fiscale zin eigenaar van deze aandelen. De certificaathouder heeft in dit geval ook het volledige economische belang bij alle vruchten uit deze aandelen (anders zou hij niet als economisch eigenaar kunnen kwalificeren), overigens ook indien deze niet direct aan hem worden uitgekeerd door de STAK, maar worden vastgehouden of geherinvesteerd door de STAK.⁹²⁷ Dit leidt

925 Eenvoudshalve zal ik verder veelal spreken van dividenden, aangezien dit de meest voorkomende vorm van (daadwerkelijke) reguliere voordelen is.

926 Waarbij zij aangetekend dat het uiteraard enigszins afhangt van de precieze formulering van de administratievoorwaarden op het moment dat de verplichting tot dooruitkering ontstaat. Dit kan wat restrictiever omschreven zijn en bijvoorbeeld slechts betrekking hebben op het moment van daadwerkelijke ontvangst door de STAK. Zelfs dan is echter duidelijk dat indien zich één van de andere in artikel 4.43 lid 1 Wet IB 2001 genoemde genietingstijdstippen voordoet ten aanzien van de STAK, dit in principe binnen afzienbare tijd gevolgd zal worden door daadwerkelijke ontvangst door de STAK en het als gevolg daarvan ontstaan van een vordering voor de certificaathouder. Voorts is ook in die gevallen dat de STAK nog niet daadwerkelijk een dividend ontvangen heeft haar vermogen (dat economisch aan de certificaathouder toekomt) reeds toegenomen, ofwel omdat het dividend is aangewend (voor verrekening of doordat de STAK daar anderszins over beschikt heeft), ofwel met de vordering tot uitbetaling van het dividend.

927 De noodzaak tot het bepalen van het genietingstijdstip laat zich met name sterk voelen indien de STAK geen onmiddellijke doorstootverplichting heeft. Dan is niet voldaan aan de voorwaarden van het besluit van 9 maart 2018. Een vraag die opkomt is of de certificaathouder bij het ontbreken van een doorstootverplichting nog geacht kan worden economisch eigenaar te zijn van de gecertificeerde

er naar mijn mening toe dat de certificaathouder geacht wordt het dividend te genieten op het moment dat zich ten aanzien van de STAK één van de voornoemde genietingstijdstippen voordoet. Met andere woorden: het genieten van het dividend door de STAK dient aan de certificaathouder te worden toegerekend. Dit geldt naar mijn mening evenzeer voor dividenden die niet direct worden door uitgekeerd, aangezien de certificaathouder de economische eigendom verkrijgt van de opgepote dividenden of de goederen waarin deze geherinvesteerd zijn.⁹²⁸ Daaruit volgt dat het dividend in economische en daarmee fiscale zin genoten wordt, zodat de certificaathouder ter zake hiervan inkomstenbelasting verschuldigd is.⁹²⁹ Vervolgens hangt het af van wat er met het ontvangen dividend gebeurt, hoe dit voor inkomstenbelastingdoeleinden gekwalificeerd dient te worden. Indien dit bijvoorbeeld liquide wordt aangehouden of wordt geïnvesteerd in portfoliobeleggingen, zal voor de certificaathouder sprake zijn van box 3-vermogen.⁹³⁰

Ten slotte kan zich de situatie voordoen waarin niet alleen sprake is van een niet-gefaciliteerde certificering, maar gelijktijdig de certificaathouder geen economisch eigenaar van de gecertificeerde aandelen is. Dit is met name de situatie waarin de vraag, of het genietingsmoment van de certificaathouder samenvalt met dat van de STAK, zich doet voelen. Indien de conclusie zou zijn dat het genietingstijdstip van de certificaathouder niet samenvalt met dat van de STAK, rijst de vraag in hoeverre de door de STAK ontvangen dividenden hun karakter van dividend behouden. Stel dat de STAK

aandelen, met andere woorden of het ontbreken van die verplichting er aan in de weg staat dat hij het volledige economische belang van die aandelen heeft en dan in het bijzonder het genot. Hoewel ik zou menen dat de voorwaarden, waaronder certificering heeft plaatsgevonden, zodanig restrictief kunnen zijn dat de certificaathouder geen economisch eigenaar meer is (vergelijk De Leeuw 2018, paragraaf 3.1), is dit naar mijn mening niet reeds het geval bij het enkel ontbreken van een doorstootverplichting. De certificaathouder blijft gerechtigd om de inkomsten uit het gecertificeerde vermogen, dan wel datgene wat daarvoor in de plaats is gekomen, op enig moment te ontvangen.

928 In dit verband zij gewezen op het arrest HR 22 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AY1846, BNB 1958/86, met betrekking tot het genietingstijdstip ter zake van een bijschrijving op gecertificeerde aandelen. Geoordeeld werd dat het genietingstijdstip voor de certificaathouder het moment was waarop de STAK hierover de beschikking kreeg en niet het (latere) moment waarop de bijschrijving ook verwerkt werd op de certificaten. Een belangrijk, zo niet doorslaggevend, element was evenwel dat de certificaten royeerbaar waren. In dat kader merkt de staatssecretaris dan ook naar mijn mening terecht op dat aan deze jurisprudentie niet de conclusie verbonden kan worden dat certificaathouders inkomsten uit de certificaten op hetzelfde tijdstip genieten als de houders van de onderliggende aandelen, zodat inspecteurs dit standpunt slechts moeten innemen voor inkomsten in natura die door de STAK in administratie worden genomen (zie het besluit van 12 oktober 1994, nr. DB94/2980M, BNB 1994/329; het voorgaande geldt overigens – logischerwijs – niet voor door de STAK dooruitgekeerde inkomsten). Hofman en Singh verbinden aan deze jurisprudentie in combinatie met het besluit van de staatssecretaris de conclusie dat, indien de STAK dividenden niet dooruitkeert, deze nog niet door de certificaathouder zijn ontvangen (zie WFR 2017/7174, paragraaf 4.2.3). Ook zijn zij van mening dat de andere wijzen van genieten zich niet voordoen ten aanzien van de certificaathouder. Indien de certificaathouder economisch eigenaar is van de gecertificeerde aandelen, en daarmee van de uit deze aandelen opkomende dividenden, doet zich naar mijn mening echter in economische zin weldegelijk een genietingstijdstip voor.

929 Het is derhalve aanbevelenswaardig om in de administratievoorwaarden op te nemen dat de STAK verplicht is om in een dergelijk geval wel een zodanige uitkering aan de certificaathouder te doen, dat deze in staat is om daarmee de verschuldigde belasting te betalen (vergelijk ook paragraaf 7.9.1 onder (e)).

930 Zie voor certificaten van box 3-vermogen nader paragraaf 13.4.3.

bijvoorbeeld een dividend ontvangt, dit gedurende tien jaar liquide aanhoudt en het vervolgens aan de certificaathouder uitkeert. Dit moment van uitkeren is dan (uiterlijk) het genietingstijdstip voor de certificaathouder, aangezien die uiterlijk op dit moment de beschikking over het dividend krijgt. De vraag is dan of de betaling door de STAK nog steeds kwalificeert als een dividend, dat bij de certificaathouder belastbaar is in box 2. Deze vraag speelt te meer, indien de STAK het dividend heeft geïnvesteerd in iets anders, bijvoorbeeld in portfoliobeleggingen die normaal gesproken in box 3 zouden vallen. Indien nu de beleggingen door de STAK worden overgedragen aan de certificaathouder, is dan nog sprake van een regulier voordeel uit aanmerkelijk belang (met andere woorden heeft het dividend zijn karakter als zodanig behouden ondanks te omzetting in een ander goed), of is het getransformeerd in (inkomsten uit) box 3-vermogen, zonder dat afrekening in box 2 heeft plaatsgevonden? Het aannemen van een niet-belaste transformatie heeft uiteraard als bezwaar dat sprake zou zijn van een heffingslek.

Voor het bepalen van het genietingstijdstip van de certificaathouder lijkt mij doorslaggevend of de certificaathouder het volledige economische belang bij de dividenden heeft. Voor economische eigendom is vereist dat men (i) het volledige risico van waardeverandering draagt, alsmede (ii) het volledige risico van tenietgaan en voorts (iii) het volledige genot heeft.⁹³¹ De omstandigheid, dat geen sprake is van economische eigendom, kan veroorzaakt worden door het ontbreken van ieder van deze factoren, bijvoorbeeld doordat de STAK voor een significant deel met vreemd vermogen is gefinancierd, maar een bijstortingsverplichting voor de STAK ontbreekt, zodat de certificaathouder niet het (volledige) neerwaartse risico heeft.⁹³² In dat geval kan de certificaathouder nog steeds de volledige economische gerechtigdheid tot de vruchten uit het gecertificeerde vermogen hebben. Dan is er naar mijn mening ook geen reden om het genietingstijdstip van de STAK niet tevens als genietingstijdstip van de certificaathouder te beschouwen, aangezien zijn economische belang bij de dividenden ook op dat moment ontstaat.

Dit komt evenwel anders te liggen indien de certificaathouder op grond van hetgeen in de administratievoorwaarden bepaald is niet het volledige economische belang bij de dividenden zou hebben.⁹³³ Indien dit zich voordoet, lijkt mij moeilijk vol te houden dat de certificaathouder ook een regulier voordeel geniet op het moment dat

931 Zie paragraaf 13.3.1.

932 Zie hiervoor eveneens paragraaf 13.3.1.

933 Het lijkt mij overigens niet uitgesloten dat, indien de voorwaarden waaronder certificering heeft plaatsgevonden zodanig restrictief zijn, dat de certificaathouder in feite geen realiseerbaar economisch belang bij het gecertificeerde vermogen heeft, omdat hij geheel afhankelijk is van het bestuur van de STAK voor uitkeringen, royerings of overdracht van de certificaten, aan de certificaten geen betekenis kan worden toegekend. Men zou dan kunnen betogen dat ondanks de vormgeving als STAK in feite sprake is van een APV, omdat een afzondering van vermogen heeft plaatsgevonden, terwijl de daartegenover uitgegeven certificaten betekenis ontberen (vergelijk artikel 2.14a lid 2 sub a Wet IB 2001 en zie voor het APV nader paragraaf 14.3.1). Wel is de vraag of een op dergelijke wijze vormgegeven certificering nog als maatschappelijk aanvaardbaar kan worden beschouwd, zie nader paragraaf 7.14.3.

het genietingsstijdstip van de STAK zich voordoet. In elk geval kan dit niet zo zijn voor het geheel van het dividend. Logisch lijkt mij om in dit geval aan te sluiten bij het moment dat daadwerkelijk een doorbetaling van het dividend aan de certificaathouder plaatsvindt, dan wel zich een van de andere vormen van genieten van het dividend voordoet. Indien het dividend in ongewijzigde vorm is aangehouden door de STAK, zie ik voorts geen reden om het aan de certificaathouder uitbetaalde bedrag niet langer als een (in box 2 te belasten) dividend aan te merken. In dit geval is slechts sprake van uitstel in het genieten van het dividend.

Indien evenwel herinvestering in andere vermogensbestanddelen heeft plaatsgevonden, dan komt de vraag op of uitkeringen van deze goederen nog steeds gezien kunnen worden als reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang.⁹³⁴ Hierbij spelen mijns inziens de volgende afwegingen een rol, vergelijkbaar met die bij de vervreemdingsvoordelen:

- (a) Enerzijds kan men de uitkering door de STAK zien als een uitgestelde doorbetaling van het dividend, hoewel het niet meer hetgeen is dat eerder door de STAK ontvangen is. De certificaathouder heeft steeds enig economisch belang gehad bij het dividend, ook al was dit niet voldoende voor het in aanmerking nemen van een genietingsmoment op het moment dat de STAK het dividend genoot. Dit economische belang komt nu tot uitdrukking in de uitbetaling van het dividend.
- (b) Anderzijds is een mogelijke interpretatie dat niet langer sprake is van een dividend. De uitkering door de STAK heeft niet meer de vorm die het uitgekeerde dividend had en voorts was het economische belang van de certificaathouder onvoldoende voor een genietingsmoment op het moment dat de STAK het dividend genoot. De uitkering ziet derhalve slechts op hetgeen aanwezig is op het moment van de uitkering. Als dit box 3-vermogen betreft, kan geen sprake zijn van een in box 2 te belasten dividend.

Net als bij de vervreemdingsvoordelen heb ik ook in deze context een voorkeur voor de eerste interpretatie. De certificaathouder heeft weliswaar niet het volledige economische belang bij het dividend, maar de uitkering die hij ontvangt hangt desalniettemin samen met de vruchten van aandelen die voor hem een aanmerkelijk belang vormen. Daarnaast zou de tweede interpretatie ook bij reguliere voordelen leiden tot een relatief eenvoudig te realiseren heffingslek. Ook voor deze tweede interpretatie zijn echter argumenten aan te voeren.

934 Het beantwoorden van deze vraag kan in praktische zin gecompliceerd worden doordat het dividend gezamenlijk met andere vormen van inkomsten of vermogen geherinvesteerd is, zodat het lastig of onmogelijk wordt om te herleiden uit welk vermogen of welke inkomsten de latere uitkering afkomstig is. Op dit punt ga ik verder niet in.

Voor reguliere voordelen kan, evenals voor vervreemdingsvoordelen, de vraag gesteld worden hoe de heffing over de door de STAK ontvangen dividenden verloopt tussen het moment van ontvangst door de STAK en het moment van dooruitkering aan de certificaathouder. Hiervoor gelden mijns inziens dezelfde overwegingen als voor de vervreemdingsvoordelen, waarvoor verwezen zij naar paragraaf 13.4.1.5.1.

Ter afsluiting merk ik op dat het niet steeds zo hoeft te zijn dan de certificaathouder geen enkele zeggenschap heeft ter zake van door de STAK ontvangen dividenden. Een denkbare variant is dat de STAK deze dividenden mag herinvesteren, maar slechts indien de certificaathouder hiermee instemt. In dat geval heeft de certificaathouder kunnen beschikken over het dividend,⁹³⁵ zodat het als genoten aangemerkt dient te worden.

13.4.2.6 Waardering van certificaten in box 2

Ten slotte ga ik in op de waardering van certificaten van aanmerkelijkbelangaandelen. In paragraaf 13.2.2 is reeds ingegaan op waardering in het algemeen en op de rol die beperkende factoren, zoals het ontbreken van zeggenschap, daarbij spelen. De vraag is echter of het effect van dergelijke beperkende factoren wel steeds tot uitdrukking zou moeten komen bij de waardering van de certificaten voor toepassing van de aanmerkelijkbelangheffing, ook al zijn dit factoren die er bij een daadwerkelijke verkoop toe zouden kunnen leiden dat een lagere prijs tot stand komt. Het antwoord op deze vraag hangt er mijns inziens vanaf wat men waardeert, het certificaat of het onderliggende aandeel zelf.

Indien de certificaathouder economisch eigenaar van de aandelen is, waarbij ook voldaan kan zijn aan de voorwaarden voor vereenzelviging van de certificaten met de aandelen, maar dat niet het geval hoeft te zijn, wordt hij gezien als fiscale eigenaar van deze aandelen.⁹³⁶ Het gevolg daarvan is dat men naar mijn mening niet het certificaat moet waarderen, maar het aandeel, en daarmee ook de beperkingen die verbonden zijn aan (uitsluitend) het certificaat daarbij moet negeren. Slechts de aan de aandelen verbonden eventuele waardedrukkende factoren, zoals de omstandigheid dat het een minderheidspakket betreft of dat aan de aandelen geen stemrecht is verbonden, kunnen van invloed zijn op de waardering voor de aanmerkelijkbelangregeling. De certificaten kunnen dan geen lagere waarde hebben dan de aandelen.

Dit ligt anders indien de certificaten de houder hiervan niet de economische eigendom

⁹³⁵ Aannemend dat sprake is geweest van doorslaggevende zeggenschap. Een situatie waarin wel een instemmingsrecht aanwezig is, maar doorslaggevende zeggenschap ontbreekt, is die waarin niet de individuele, maar de gezamenlijke, certificaathouders hun instemming moeten geven en de certificaathouder zelfstandig niet in staat is om het geven van die instemming tegen te houden.

⁹³⁶ De certificaathouder is naar mijn mening in dit geval ook onmiddellijk aandeelhouder, zie paragraaf 13.4.1.1.

van de aandelen verschaffen. In dit geval wordt diens aanmerkelijk belang niet gevormd door de aandelen, maar door hiervan afgeleide rechten die met aandelen gelijkgesteld worden⁹³⁷: de certificaten. Nu de certificaten worden gewaardeerd, en niet de aandelen, kan wel rekening gehouden worden met aan de certificaten verbonden beperkende voorwaarden, zoals het ontbreken van zeggenschap. Aangezien de certificaathouder bovendien in dit geval niet het volledige economische belang bij de aandelen heeft, zal de waarde van de certificaten logischerwijs lager zijn dan de waarde van de gecertificeerde aandelen.

Het voorgaande brengt naar mijn mening met zich, dat als men als certificaathouder een waardedrukkend effect van de certificering wil bepleiten, tevens onderbouwd zal moeten worden waarom in het geval van die specifieke certificering geen sprake is van economische eigendom, aangezien dan de certificaten gewaardeerd worden en met daaraan verbonden beperkende voorwaarden rekening gehouden kan worden. Volledigheidshalve merk ik echter op, dat in de mij bekende jurisprudentie inzake de waardering van certificaten de focus een andere is: dit betreft met name de vraag in hoeverre sprake kan zijn van een waardedrukkend effect en de toe te passen waarderingmethode, maar niet economische eigendom en de vraag in hoeverre de aanwezigheid hiervan van invloed kan zijn op de waardering van de certificaten. In paragraaf 15.2 ga ik in op de vraag in hoeverre bij de wijze waarop certificaten gewaardeerd worden sprake is van een knelpunt, dat de certificering kan belemmeren.

13.4.1.7 Conclusie

Certificering van aanmerkelijkbelangaandelen kan op verschillende momenten fiscale gevolgen hebben: bij het ontstaan van de certificering, bij een tussentijdse wijziging van de administratievoorwaarden en bij decertificering. Ook rijst de vraag of certificering van invloed kan zijn op het genietingsstijdstip en de aard van voordelen uit aanmerkelijk belang, alsmede of sprake kan zijn van invloed op de waardering.

De mate van fiscale invloed van certificering van aanmerkelijkbelangaandelen hangt er vanaf of de certificaathouder als economisch eigenaar van de onderliggende aandelen beschouwd moet worden of niet. Indien voldaan is aan de voorwaarden voor vereenzelviging van de onderliggende aandelen, zoals (thans) neergelegd in het besluit van 9 maart 2018⁹³⁸, dan zijn de administratievoorwaarden van zodanige aard dat steeds sprake is van economische eigendom van de aandelen. In tegenstelling tot hiervoor in deze paragraaf zal ik nu dus slechts onderscheid maken tussen het wel en niet zijn van economisch eigenaar, maar in principe niet meer apart ingaan op het al dan niet voldoen aan deze voorwaarden voor vereenzelviging.

937 Zie artikel 4.3 sub a Wet IB 2001.

938 Zie besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Staatscourant nr. 15751, punt 4.4

Indien de certificaathouder economisch eigenaar is, heeft hij te gelden als fiscale eigenaar van de gecertificeerde aandelen. Dit brengt naar mijn mening met zich dat hij in de context van de aanmerkelijkbelangregeling als onmiddellijk aandeelhouder gezien moet worden. Voorts is het gevolg dat het in het leven roepen van de certificering niet leidt tot een vervreemding bij de certificerende aanmerkelijkbelanghouder. Dit vloeit mijns inziens reeds voort uit de omstandigheid dat de aanmerkelijkbelanghouder fiscaal eigenaar van de aandelen is en blijft. Daarnaast zou men deze conclusie kunnen baseren op de in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde ruilgedachte, die er in essentie op neerkomt dat indien datgene, wat voor de aanmerkelijkbelangaandelen in de plaats komt, dezelfde fiscaal-economische betekenis heeft als deze aandelen, vanwege het ontbreken van winstrealisatie geen sprake is van een vervreemding van (een deel van) het aanmerkelijk belang. Indien de certificaathouder economisch eigenaar is, is sprake van een dergelijke gelijke fiscaal-economische betekenis van de certificaten vergeleken met de aandelen. Wijziging van de administratievoorwaarden leidt in dit geval evenmin tot een vervreemding, mits de certificaathouder economisch eigenaar blijft. Voorts is decertificering geen vervreemding. Daarnaast valt het genietingstijdstip voor de certificaathouder naar mijn mening samen met dat van de STAK, zowel in geval van reguliere voordelen, als in geval van vervreemdingsvoordelen. Ten slotte zou mijns inziens de waarde van de certificaten gelijk moeten zijn aan de waarde van de gecertificeerde aandelen, omdat men niet de certificaten waardeert, maar de aandelen zelf. In essentie komt het voorgaande erop neer dat, zolang de certificaten de houder hiervan de economische eigendom van de gecertificeerde aandelen verschaffen, de certificering geen fiscale gevolgen heeft binnen de context van de aanmerkelijkbelangregeling.

Het voorgaande ligt evenwel anders indien de certificaathouder geen economisch eigenaar van de gecertificeerde aandelen is. In dat geval leidt de certificering naar mijn mening tot een belastbare vervreemding, maar slechts voor zover de certificerende aandeelhouder rechten kwijtraakt. Ook kan een wijziging van de administratievoorwaarden tot een (verdere) vervreemding leiden, althans indien deze wijziging de rechten van de certificaathouder beperkt. Decertificering vormt daarentegen geen vervreemding, omdat de rechten van de certificaathouder daardoor juist toenemen. Voor wat het genietingstijdstip betreft merk ik op dat dit voor de certificaathouder bij vervreemdingsvoordelen veelal zal samenvallen met het genietingstijdstip van de STAK, althans indien de STAK al haar aandelen vervreemdt, (in ieder geval) als gevolg van de toepassing van de fictie van artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001. Onder omstandigheden is evenwel mogelijk dat zich de situatie voordoet dat de vervreemdingshandeling van de STAK niet toegerekend kan worden aan de certificaathouder, hetgeen aanleiding geeft tot vragen over het moment waarop belastingheffing bij de certificaathouder plaatsvindt en de belastingheffing tussen het moment van de vervreemding en het moment van heffing bij de certificaathouder. Op deze punten zijn meerdere interpretaties mogelijk.

Voor de reguliere voordelen lijkt mij doorslaggevend of de certificaathouder, ondanks het niet zijn van economisch eigenaar, het volledige economische belang bij de aandelen heeft. Is dat het geval, dan valt het genietingsstijdstip van de certificaathouder alsnog samen met dat van de STAK. Indien dit echter niet het geval is, geniet de certificaathouder het voordeel naar mijn mening pas op het moment dat zich ten aanzien van hemzelf een genietingsstijdstip voordoet, zoals de dooruitkering van een door de STAK genoten dividend op een later moment. Mijn uitgangspunt zou daarbij zijn dat de uitkering door de STAK het karakter van in box 2 te belasten regulier voordeel behoudt, hoewel men daar ook anders over kan denken indien de STAK het dividend in de tussentijd heeft geherinvesteerd in vermogen dat niet in box 2 valt. Ook hier rijst bovendien de vraag naar de belastingheffing tussen het moment van ontvangst en het moment van uitkering door de STAK, waarop thans geen eenduidig antwoord te geven is. De vraag of deze onduidelijkheid ter zake van het vervreemdingsmoment c.q. genietingsmoment een knelpunt kan zijn wordt besproken in paragraaf 15.3.

Ten slotte merk ik op dat het bij het ontbreken van economische eigendom niet de aandelen zijn die gewaardeerd worden, maar de certificaten. Gezien de aan de laatste verbonden beperkingen, leidt dit logischerwijs tot een lagere waarde van de certificaten in vergelijking met de gecertificeerde aandelen. Kortom, certificaten die geen economische eigendom verschaffen kunnen verschillende fiscale gevolgen hebben in relatie tot een aanmerkelijk belang.

13.4.2 Certificering van box 1-vermogen

In deze paragraaf bespreek ik certificering in het kader van box 1. Ik ga daarbij slechts op bepaalde onderdelen van box 1 in, aangezien sommige vormen van box 1-inkomen primair of zelfs uitsluitend aanknopen bij inkomen en niet (indirect) bij de gerechtigdheid tot vermogen, zoals loon of periodieke uitkeringen en zich derhalve niet lenen voor certificering. Men kan bijvoorbeeld wel een loonvordering certificeren, maar niet het loon als zodanig. Ik beperk mij derhalve tot de IB-onderneming, in het kader van het resultaat uit overige werkzaamheden tot de terbeschikkingstellingsregeling en tot de eigen woning.

13.4.2.1 De IB-onderneming

Het certificering van een IB-onderneming als zodanig is uiteraard niet mogelijk, in aanmerking nemend dat deze vermogensrechtelijk geen eenheid is. Wel is, althans theoretisch, denkbaar dat de individuele tot de onderneming behorende vermogensbestanddelen en verplichtingen worden overgedragen aan c.q. overgenomen door de STAK. Ook is denkbaar dat een participatie in een personenvennootschap wordt ondergebracht in de STAK.

Indien de voorwaarden waaronder certificering plaatsvindt van zodanige aard zijn dat de certificaathouder als economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen beschouwd kan worden, en daarmee ook als fiscaal eigenaar hiervan,⁹³⁹ hoeft de certificering naar mijn mening niet tot de staking van de onderneming te leiden. Een aandachtspunt is echter dat men slechts IB-ondernemer kan zijn, indien men rechtstreeks verbonden wordt voor de verbintenissen van die onderneming.⁹⁴⁰ Aan dit vereiste wordt voldaan in geval van een eenmanszaak of bij een deelname in een personenvennootschap anders dan als commanditair vennoot. Van winst uit onderneming kan bovendien sprake zijn bij een medegerechtigdheid⁹⁴¹, oftewel (in elk geval) bij een deelname als commandiet in een commanditaire vennootschap; in dit geval is rechtstreekse verbondenheid voor verbintenissen niet nodig en doet deze zich, gezien de aard van het commanditaire belang, in principe ook niet voor.

Voor zover men winst uit onderneming geniet als ondernemer en een rechtstreekse verbondenheid voor de verbintenissen van die onderneming vereist is, zal certificering leiden tot staking van de onderneming, ook als men economisch eigenaar blijft van de gecertificeerde goederen, indien de administratievoorwaarden niet tevens in een dergelijke verbondenheid voorzien. Een voor de hand liggende juridische vormgeving is dit naar mijn mening niet. Bij certificering van een medegerechtigdheid zou het behouden van de economische eigendom wel volstaan. Indien de certificaathouder echter geen economisch eigenaar is, leidt de certificering in ieder geval tot staking en daarmee in beginsel tot belastingheffing.⁹⁴²

13.4.2.2 De terbeschikkingstellingsregeling

De terbeschikkingstellingsregeling is primair van toepassing op het, kort gezegd, rendabel maken van vermogensbestanddelen door deze ter beschikking te stellen aan (een samenwerkingsverband van) een verbonden persoon, althans indien bij die persoon sprake is van belastbare winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheden⁹⁴³, of aan (een samenwerkingsverband van) een vennootschap waarin de terbeschikkingsteller of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft.⁹⁴⁴

939 In het bijzonder wijs ik in dit verband nog op de mogelijkheid dat de vermogenspositie van de STAK zodanig is dat het negatief worden van dat vermogen een mogelijkheid is. De context van een onderneming lijkt mij een situatie waarin zich dit voor kan doen. Indien de certificaathouder dan geen plicht tot aanvulling van een eventueel tekort heeft, kan hij naar mijn mening niet als economisch eigenaar beschouwd worden (zie nader paragraaf 13.3.1).

940 Zie artikel 3.4 Wet IB 2001.

941 In de zin van artikel 3.3 lid 1 sub a Wet IB 2001.

942 Vergelijk artikel 3.61 Wet IB 2001.

943 Artikel 3.91 lid 1 sub a en b Wet IB 2001.

944 Zie artikel 3.92 lid 1 Wet IB 2001. Een meegetrokken aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.10 Wet IB 2001 of een fictief aanmerkelijk belang op grond van artikel 4.11 Wet IB 2001 wordt niet in aanmerking genomen.

Indien ter beschikking gesteld vermogen gecertificeerd wordt, rijst de vraag of sprake blijft van ter beschikking gesteld vermogen, of dat de certificering leidt tot staking van de terbeschikkingstelling. Of, anders benaderd, men kan zich afvragen of certificering tot gevolg kan hebben dat vermogen, dat aan een in voornoemde zin aan de certificaathouder gelieerde persoon ter beschikking wordt gesteld, buiten het bereik van de terbeschikkingstellingsregeling blijft. Gezien de ruime formulering van de definitie van ter beschikking stellen, “al dan niet tegen vergoeding rechtens dan wel in feite direct of indirect”, valt het ter beschikking stellen van vermogen aan een gelieerde partij via de STAK ook binnen het bereik van de terbeschikkingstellingsregeling. Dit is mijns inziens niet slechts het geval indien de certificaathouder economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is, maar ook indien zijn economische belang bij dit vermogen geringer is dan het volledige economische belang. De terbeschikkingstellingsregeling is dermate ruim, dat ook de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen, waarvan men niet het gehele economisch belang heeft, daar onder kan vallen.

13.4.2.3 De eigen woning

Een woning kan slechts een eigen woning zijn in twee gevallen.⁹⁴⁵

- (a) De belastingplichtige heeft (een deel van) de eigendom van de woning, waaronder begrepen economische eigendom, terwijl met betrekking tot deze woning de belastingplichtige of zijn partner de voordelen geniet, de kosten en lasten op de belastingplichtige of zijn partner drukken en de waardeverandering de belastingplichtige of zijn partner grotendeels, dat wil zeggen voor meer dan 50%, aangaat.
- (b) De belastingplichtige heeft een krachtens erfrecht verkregen recht van vruchtgebruik, recht van bewoning of recht van gebruik ter zake van de woning, terwijl hij met betrekking tot die woning de voordelen geniet en de kosten en lasten op hem drukken.

De tweede categorie kan in ieder geval niet van toepassing zijn in geval van certificaten. In het kader van de eerste wordt economische eigendom echter expliciet genoemd. In de parlementaire geschiedenis is hierover onder meer gezegd:

Het begrip economisch eigendom dient hierbij volgens de gangbare juridische definitie te worden geïnterpreteerd. Doel van deze gelijkstelling is om ook gevallen waarin de belastingplichtige alle risico's loopt en kosten voor zijn rekening neemt doch niet de juridische eigendom heeft, onder de eigenwoningregeling te

945 Artikel 3.111 lid 1 Wet IB 2001.

brengen. Hierbij kan gedacht worden aan een woning op erfpachtgrond of een appartementsrecht van een woning.⁹⁴⁶

en

Economische eigendom is in dit kader eigenlijk niets anders dan de juridische eigendom zonder levering van de onroerende zaak. Het betreft alleen de situatie dat de belastingplichtige het volledige gebruiksrecht heeft.⁹⁴⁷

Mede gezien de formulering van de desbetreffende passages ligt voor de hand dat de wetgever hierbij gedacht heeft aan de situatie waarin om overdrachtsbelasting te besparen⁹⁴⁸ slechts de economische eigendom van een woning werd overgedragen en de economisch eigenaar overigens zo veel mogelijk in de positie van juridische eigenaar werd gebracht. Certificering zal vermoedelijk minder in beeld geweest zijn in het kader van de kwalificatie van de woning als eigen woning.

Het lijkt mij ook de vraag of in geval van certificering nog sprake kan zijn van een eigen woning. Indien de certificaten niet de economische eigendom verschaffen aan de houder, is dit in ieder geval niet zo, aangezien dan niet voldaan is aan het vereiste dat men de (economische) eigendom van de woning moet bezitten. Ook indien de certificaathouder wel economisch eigenaar is, blijft evenwel de vraag of aan alle voorwaarden voldaan kan worden, in aanmerking nemend dat naast de (economische) eigendom van de woning tevens vereist is dat men (i) de voordelen heeft, (ii) de lasten en kosten draagt en (iii) meer dan 50% van de waardemutatie voor rekening van de economisch eigenaar komt. Aangezien men slechts economisch eigenaar kan zijn indien men het volledige economische belang heeft, is echter mijns inziens voldaan aan deze drie vereisten. Voor de kwalificatie als eigen woning geldt evenwel als aanvullende eis nog dat de woning de belastingplichtige of personen behorend tot zijn huishouding anders dan tijdelijk als hoofdverblijf ter beschikking moet staan. Dit impliceert dat voor de certificaathouder/economisch eigenaar van een woning deze woning slechts als eigen woning kan kwalificeren, indien de administratievoorwaarden voorzien in een recht om de woning te mogen gebruiken. Dit is uiteraard niet ondenkbaar. Wel kan men zich afvragen waarom men de eigen woning zou willen certificeren. Indien sprake is van een reeds aanwezige eigen woning, leidt dit bovendien tot de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting.

In het kader van de eigen woning kan men zich ten slotte de vraag stellen in hoeverre,

946 Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 7, pagina 191.

947 Besluit van 27 januari 2006, nr. CPP2005/2547M, V-N 2006/11.11, punt 1.1.

948 Tot 31 maart 1995 18.00u was de overdracht van economische eigendom geen belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting.

indien de woning gefinancierd is met een lening,⁹⁴⁹ de rente op deze lening aftrekbaar kan zijn bij de certificaathouder. Voor renteaftrek is vereist dat sprake is van een eigenwoningschuld,⁹⁵⁰ hetgeen onder meer vereist dat sprake is van een schuld van de belastingplichtige, die is aangegaan in verband met een eigen woning.⁹⁵¹ Het is daarbij uiteraard het aspect dat het een schuld van de belastingplichtige dient te betreffen, dat in dit kader de meeste vragen op roept. Duidelijk is dat dit in juridische zin in ieder geval niet zo is. Wel is denkbaar dat de certificaathouder in economische zin de schuldenaar is, met dien verstande dat men zich kan afvragen in hoeverre het voor de hand ligt om de zaken op die manier te regelen en wat de certificering dan nog toevoegt. Ten slotte is het mogelijk dat de certificaathouder weliswaar formeel geen verplichting heeft (jegens de STAK) om de schuld op zich te nemen, maar dat dit de facto wel het geval is. Daarbij denk ik aan de situatie waarin de STAK zodanig veel vermogen heeft (al dan niet in de vorm van de woning), dat op voorhand volstrekt duidelijk is dat de schuld hieruit voldaan zal kunnen worden. Formeel heeft de certificaathouder dan weliswaar geen verplichting, maar de facto zal de schuld altijd voldaan worden uit vermogen waarvan hij het volledige economische belang heeft.⁹⁵² In dat geval kan men naar mijn mening verdedigen dat de certificaathouder in economische zin de schuldenaar is en dat renteaftrek mogelijk is, aannemend dat aan alle overige voorwaarden voldaan is.

13.4.2.4 Genietingstijdstip van inkomsten

Net als bij aanmerkelijk belang, komt in het kader van box 1 de vraag op, op welk moment de certificaathouder geacht wordt een bepaald voordeel te genieten en ter zake daarvan belasting verschuldigd te zijn. Voor winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden, waaronder het ter beschikking stelling van vermogen, geldt het principe van totaalwinst, alsmede jaarwinst die bepaald wordt op grond van goedkoopmansgebruik.⁹⁵³ Artikel 3.146 Wet IB 2001 bepaalt daarnaast het genietingsmoment in geval van onder meer voordelen uit de eigen woning, te weten het moment waarop deze (i) ontvangen, (ii) verrekend, (iii) ter beschikking gesteld, (iv) rentedragend of (v) vorderbaar en inbaar geworden zijn.

Voor zover de certificaathouder economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen, hetgeen zich gezien ter zake geldende voorwaarden in ieder geval voordoet

949 Daarbij ga ik er vanuit dat de STAK de debiteur van deze lening is.

950 Vergelijk artikel 3.120 lid 1 Wet IB 2001.

951 Zie artikel 3.119a lid 1 sub a Wet IB 2001. Op de overige vereisten wil ik in dit verband niet ingaan, aangezien zij van ondergeschikt belang zijn voor de vraag of een schuld bij de STAK überhaupt een eigenwoningschuld kan zijn.

952 Dat is althans het geval bij één certificaathouder. Indien er meerdere certificaathouders zijn, is mogelijk dat, indien niet ieder een evenredig belang heeft bij ieder goed en iedere schuld, de voldoening van een schuld van de één ten koste van een goed van de ander kan gaan. Dan is geen sprake meer van een (volledige) de facto verplichting van de certificaathouder met het belang bij de woning om ook de schuld te dragen.

953 Zie artikelen 3.8 respectievelijk 3.94 en artikel (3.95 jo.) artikel 3.25 Wet IB 2001.

bij winst uit onderneming,⁹⁵⁴ alsmede bij de eigen woning,⁹⁵⁵ valt het winstrealisatie-c.q. genietingsmoment mijns inziens samen met het moment waarop de STAK realiseert dan wel de inkomsten geniet. De economisch eigenaar heeft immers het volledige economische belang bij het gecertificeerde vermogen en daarmee ook bij de winsten of inkomsten daaruit.⁹⁵⁶ Hetzelfde geldt voor certificaten die onder de terbeschikkingstellingsregeling vallen en die de certificaathouder de economische eigendom van het ter beschikking gestelde goed verschaffen.

De certificaathouder kan echter ook binnen het bereik van de terbeschikkingstellingsregeling vallen indien hij niet de economische eigendom van het ter beschikking gestelde goed heeft. De vraag is dan of het moment waarop de STAK volgens de regels van goedkoopmansgebruik een winst realiseert, ook het moment is waarop de certificaathouder resultaat uit overige werkzaamheden geacht wordt te genieten. Daarbij neem ik als uitgangspunt dat de STAK de desbetreffende winst niet in het jaar van haar realisatie dooruitkeert aan de certificaathouder, aangezien in dat geval reeds op die grond in het desbetreffende jaar ook belastingheffing bij de certificaathouder plaatsvindt.

Het komt mij echter voor dat, ook indien geen sprake is van dooruitkering in hetzelfde jaar, de certificaathouder toch resultaat uit overige werkzaamheden in aanmerking moet nemen in het jaar van realisatie door de STAK. De terbeschikkingstellingsregeling is ruim geformuleerd, zodat ook indirecte terbeschikkingstelling, waar in dit geval sprake van is, onder de regeling valt. Dat suggereert⁹⁵⁷ dat de bedoeling van de wetgever is geweest dat ook bij indirecte terbeschikkingstelling de terbeschikkingsteller onmiddellijk geacht wordt het resultaat te genieten. Het alternatief is een impliciete – en naar mijn mening niet steeds terechte – veronderstelling dat de tussenschakel, via welke de terbeschikkingstelling plaatsvindt, steeds in hetzelfde jaar het behaalde resultaat zal doorbetalen aan zijn achterligger. Daarvan uitgaand en aannemend dat doorbetaling in hetzelfde jaar niet plaatsvindt, is er naar mijn mening geen aanknopingspunt voor het in aanmerking nemen van resultaat uit overige werkzaamheden bij de certificaathouder in het jaar van ontvangst door de STAK. De certificaathouder heeft zelf op dat moment nog niets gerealiseerd. In dit geval rijzen voorts dezelfde vragen naar de wijze van heffing van de certificaathouder tussen het moment van realisatie door de STAK en uitkering aan de certificaathouder, alsmede of het inkomen in die periode een transformatie ondergaat, als gesteld kunnen worden bij voordelen uit aanmerkelijk belang. Eenvoudshalve verwijs ik voor mijn overwegingen hierover naar paragraaf 13.4.1.5. De vraag naar transformatie doet zich overigens niet voor indien

954 Zie paragraaf 13.4.2.1.

955 Zie paragraaf 13.4.2.3.

956 Vergelijk paragraaf 13.4.1.5.

957 Parlementaire toelichting die dit punt zou kunnen verduidelijken ontbreekt helaas.

men onmiddellijke heffing bij de certificaathouder aanneemt. Daarna kan men het gecertificeerde vermogen belasten naar de aard die het op dat moment heeft.

Resumerend is er mijns inziens geen duidelijk aanknopingspunt voor de juistheid van een van beide benaderingen; beide zijn te verdedigen. De eerste benadering heeft als nadeel dat de certificaathouder belasting moet betalen, mogelijk zonder dat hij over de daarvoor benodigde middelen beschikt. Dit is echter op te lossen door de STAK dan op grond van de administratievoorwaarden te verplichten tot een uitkering van in ieder geval een bedrag ter grootte van de verschuldigde belasting. Het pas op het moment van daadwerkelijke ontvangst in aanmerking nemen van een belastbaar resultaat heeft evenwel als nadeel dat het de complexiteit vergroot, omdat het ook vragen oproept naar de belastingheffing in de periode tussen ontvangst door de STAK en dooruitkering aan de certificaathouder. Vanuit het perspectief van een werkbaar systeem heb ik enige voorkeur voor de eerste benadering, maar in feite is dit punt nog onduidelijk. In paragraaf 15.3 bespreek ik in hoeverre deze onduidelijkheid tot een knelpunt leidt.

13.4.2.5 Waardering van certificaten in box 1

Evenals bij box 2, komt ook in de context van box 1 de vraag op hoe het gecertificeerde vermogen gewaardeerd moet worden. Ik bespreek deze vraag puntsgewijs voor de elementen van box 1 die ik hiervoor behandeld heb:

- (a) Certificaten kunnen slechts binnen het bereik van winst uit onderneming vallen, indien de certificaathouder economisch eigenaar en daarmee fiscaal eigenaar van het gecertificeerde vermogen is. Daaruit volgt mijns inziens dat met de certificering geen rekening gehouden hoeft te worden bij de waardering. De gecertificeerde goederen en schulden dienen derhalve in aanmerking genomen te worden naar de waarde in het economische verkeer.
- (b) Ook voor de eigenwoningregeling geldt dat toepassing hiervan op certificaten slechts mogelijk kan zijn indien de certificaathouder economisch eigenaar is (en tevens een gebruiksrecht heeft). Ook in dit geval dient voor de waardering daarom niet aangesloten te worden bij de certificaten, maar bij de gecertificeerde onroerende zaak. De (positieve) voordelen uit eigen woning beperken zich evenwel tot het eigenwoningforfait, dat gebaseerd is op de WOZ-waarde van de woning.⁹⁵⁸ Bij dit waarderingsvoorschrift kan dan uiteraard worden aangesloten.
- (c) De terbeschikkingstellingsregeling kan ten slotte wel van toepassing zijn op zowel de situatie dat de certificaathouder economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen, als de situatie waarin dat niet zo is. Indien wel

958 Artikel 3.112 Wet IB 2001.

sprake is van economische eigendom, dient naar mijn mening ook voor de terbeschikkingstellingsregeling geabstraheerd te worden van de omstandigheid dat gecertificeerd is en dient de waarde in het economische verkeer van de gecertificeerde goederen in aanmerking genomen te worden. Als daarentegen geen sprake is van economische eigendom, is de vraag of nog steeds de gecertificeerde goederen gewaardeerd moeten worden, of de certificaten met de daaraan verbonden beperkingen, zoals die voortvloeien uit de administratievoorwaarden. Dit hangt mijns inziens af van de benadering die men kiest. Enerzijds valt ook in deze context te betogen dat de terbeschikkingstellingsregeling dermate ruim is dat ook indirecte terbeschikkingstelling hier onder valt en dat daarmee dan aangesloten dient te worden bij de waarde van het indirect ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel, waarbij de tussenschakel en daaruit voortvloeiende beperkingen genegeerd worden. Anderzijds kan men betogen dat de certificaathouder nu eenmaal slechts het certificaat heeft en dat dit met beperkingen gepaard gaat, die ook in de waardering meegenomen dienen te worden. Ook in deze context valt voor beide benaderingen wat te zeggen. Welke men ook aanhangt, men dient daarbij in ieder geval zo consistent te zijn dat als hier wordt uitgegaan van waardering naar de waarde in het economische verkeer van het gecertificeerde vermogen, daarmee ook samenhangt dat voor de realisatie van resultaat uit overige werkzaamheden wordt aangesloten bij het realisatiemoment van de STAK.⁹⁵⁹ Als echter slechts gekeken wordt naar de waarde van het certificaat, moet dit gepaard gaan met het uitstel van heffing van de certificaathouder tot het moment dat deze daadwerkelijk een uitkering van de STAK ontvangt.

De vraag in hoeverre de waardering van certificaten een knelpunt kan vormen, dat aan certificering in de weg kan staan, wordt in het algemeen besproken in paragraaf 15.2.

13.4.3 Certificering van box 3-vermogen

In deze paragraaf ga ik in op de heffing ter zake van certificaten die in box 3 vallen. Het hangt af van hoe men de certificaten beschouwt, op welke grond deze belastbaar zijn in box 3. Indien men kijkt naar het certificaat zelf, het vorderingsrecht, kunnen de certificaten, afhankelijk van de aard van het gecertificeerde vermogen, belastbaar zijn in box 3 op grond van artikel 5.3 lid 2 sub b, sub d of sub e Wet IB 2001.⁹⁶⁰ Indien de certificaathouder economisch eigenaar en daarmee fiscaal eigenaar is, zou naar mijn mening echter niet het certificaat in de heffing betrokken moeten worden, maar het

⁹⁵⁹ Zie nader paragraaf 13.4.2.2 hiervoor.

⁹⁶⁰ In aanmerking nemend dat de certificaten hebben op betrekking onroerende zaken, roerende zaken of vermogensrechten, en deze varianten reeds gedekt zijn door de genoemde subonderdelen, kunnen certificaten die onder sub f vallen zich naar mijn mening niet voordoen.

gecertificeerde goed.⁹⁶¹ In dat geval zou heffing kunnen plaatsvinden op grond van artikel 5.3 lid 2 sub a, c of e Wet IB 2001. Op de vraag of in geval van economische eigendom aangesloten zou moeten worden bij het certificaat, of juist het gecertificeerde vermogen, ga ik nader in in paragraaf 13.4.3.1 in samenhang met de box 3-vrijstellingen.

Gezien de forfaitaire heffingssystematiek van box 3 leiden mutaties in het box 3-vermogen niet als zodanig tot belastingheffing. De vraag of certificering of decertificering een belaste vervreemding kan vormen, speelt derhalve in deze context niet. In deze paragraaf wordt daarom, naast op de fiscale aard van certificaten in box 3, ingegaan op twee gebieden waarop certificering wel van invloed kan zijn op de box 3-heffing, te weten de gevolgen van certificering voor de vrijstellingen in box 3 en de gevolgen voor de waardering van box 3-vermogen.

13.4.3.1 Behandeling certificaat in box 3 en gevolgen voor vrijstellingen

De wijze waarop het certificaat voor toepassing van box 3 beschouwd wordt heeft niet alleen invloed op het subonderdeel waaronder het als onderdeel van de rendementsgrondslag begrepen wordt, maar mogelijk ook op de toepassing van eventuele vrijstellingen. Omdat aan beide aspecten dezelfde vraag ten grondslag ligt, te weten of het certificaat in aanmerking genomen wordt of het gecertificeerde vermogen, zal ik deze in samenhang bespreken.

Box 3 kent een aantal vrijstellingen, die de desbetreffende goederen uitzonderen van de tot de heffingsgrondslag te rekenen bezittingen. Zo is er de vrijstelling voor bos- en natuurterreinen en landgoederen⁹⁶², de vrijstelling voor voorwerpen van kunst en wetenschap⁹⁶³ en de vrijstelling voor groene beleggingen⁹⁶⁴. Van deze vrijstellingen is in het kader van certificering de vrijstelling voor voorwerpen van kunst en wetenschap vermoedelijk van het grootste belang, aangezien het bijeenhouden van een kunstcollectie een motief voor certificering kan zijn. Een vergelijkbaar motief kan spelen bij een landgoed, maar bij de overige goederen waarvoor vrijstellingen bestaan, ligt certificering niet voor de hand of is dit zelfs niet goed denkbaar. Ik zal daarom niet ingaan op alle afzonderlijke vrijstellingen, maar mij beperken tot het bespreken van de algemene systematiek aan de hand van met name de vrijstelling voor voorwerpen van kunst en wetenschap en in enige mate de vrijstelling voor bos- en natuurterreinen en landgoederen.

Kunstvoorwerpen worden tot de heffingsgrondslag van box 3 gerekend, indien deze niet voor persoonlijke doeleinden worden gebruikt en/of hoofdzakelijk ter belegging

961 In vergelijkbare zin Hofman en Singh, WFR 2017/7174, paragraaf 4.3.1.

962 Artikel 5.7 Wet IB 2001.

963 Artikel 5.8 Wet IB 2001.

964 Artikel 5.13 jo. 5.14 Wet IB 2001.

dienen.⁹⁶⁵ Dan kan de vrijstelling voor voorwerpen van kunst en wetenschap nog van toepassing zijn. Deze vrijstelling ziet op voorwerpen van kunst en wetenschap, die niet hoofdzakelijk ter belegging dienen. Effectief dekt de vrijstelling daarmee die kunstvoorwerpen die niet persoonlijk gebruikt worden, maar ook niet hoofdzakelijk een belegging zijn. Het ter beschikking stellen van kunstvoorwerpen aan derden voor culturele en wetenschappelijke doeleinden, zoals het uitlenen van kunst aan een museum, staat expliciet niet in de weg aan de toepassing van de vrijstelling.⁹⁶⁶

De parlementaire geschiedenis gaat op een aantal punten in op de box 3-vrijstellingen, waaronder de kunstvrijstelling. Zo wordt in de Memorie van Toelichting opgemerkt:

In het overgrote gedeelte van de gevallen zal de belastingplichtige het volledige gebruiks- en genotsrecht van bezittingen hebben en zal het risico van waardemutatie en tenietgaan (het belang) hem volledig aangaan. Reeds vanuit die optiek is het verdedigbaar dat met het fiscale begrip «zaak» slechts een dergelijke situatie bedoeld is. Ook vanuit de bedoeling om in de sfeer van de vrijstellingen enkel de waarde van bepaalde zaken zelf vrij te stellen, is verdedigbaar dat het begrip «zaak» enkel ziet op de situatie dat het volledige belang en het volledige gebruik/genot hem aangaan. De vrijstellingen dienen immers beperkt te blijven tot de waarde van de desbetreffende zaak en niet tot allerlei rechten die (geheel of gedeeltelijk) op (het gebruik of de waardemutatie van) die zaak betrekking hebben. Zo is het zeker niet de bedoeling dat een optie tot koop van een waardevol kunstwerk, waarbij niet de intentie bestaat om het kunstwerk te leveren maar enkel om het verschil tussen de uitoefenprijs en de waarde van de zaak te verrekenen, vrij te stellen. Met het begrip «zaak» is dus enkel bedoeld de situatie dat de belastingplichtige het volledige gebruiks- en genotsrecht én het gehele belang bij de waardemutatie van een goed heeft. Met «rechten» zijn bedoeld al die situaties die niet onder het begrip «zaak» vallen. [Onderstreping AEdL]⁹⁶⁷

Voorts gaat de staatssecretaris in een brief inzake de evaluatie van de Belastingherziening 2001 expliciet in op certificaten van kunstvoorwerpen:

965 Vergelijk artikel 5.3 lid 2 sub c Wet IB 2001.

966 Zie artikel 5.8 lid 2 Wet IB 2001.

967 Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, pagina 229. Zie voorts Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 7, pagina 244, waar wordt aangegeven dat het uitgangspunt van de vrijstellingen is geweest dat slechts de waarde van een object vrijgesteld dient te worden en niet een te ver daarvan afgeleide gerechtigdheid, alsmede pagina 251, waar in relatie tot de vrijstelling voor bos- en natuurterreinen en landgoederen wordt herhaald dat volle eigendom vereist is.

Certificaten die betrekking hebben op kunstcollecties

De vrijstelling voor voorwerpen van kunst en wetenschap is alleen van toepassing wanneer een belastingplichtige de volle eigendom heeft van het voorwerp van kunst of wetenschap. Van volle eigendom is sprake als men het volledige gebruiks- en genotsrecht en het gehele belang bij de waardemutatie van het voorwerp van kunst of wetenschap heeft. Wanneer een belastingplichtige bijvoorbeeld alleen het vruchtgebruik heeft van een schilderij dat bij hem in eigen gebruik is, behoort de waarde van het vruchtgebruik tot de grondslag in box 3 en is de vrijstelling voor voorwerpen van kunst en wetenschap niet van toepassing. Het vereiste van “volledige eigendom” geldt overigens ook voor de andere vrijstellingen in box 3. Om de bestaande praktijk waarbij kunst vaak in bruikleen wordt gegeven aan musea niet te frustreren, is toegestaan dat de vrijstelling ook in dergelijke gevallen van toepassing is. Daarmee is echter geenszins beoogd de vrijstelling uit te breiden tot juridische constructies waarbij de bezitting van een individuele belastingplichtige bestaat uit een certificaat dat alleen een vorderingsrecht op de juridische eigenaar (een stichting) van het voorwerp van kunst of wetenschap is. Het is mij bekend dat voor dergelijke juridische structuren ook andere dan fiscale motieven bestaan. Dat is naar mijn oordeel echter geen reden om af te wijken van het oorspronkelijke uitgangspunt dat de vrijstelling niet is opgenomen voor vorderingsrechten. [Onderstrepingen AEdL]⁹⁶⁸

In de ogen van de staatssecretaris is voor de toepassing van de kunstvrijstelling, maar ook voor andere vrijstellingen, derhalve vereist dat men zowel het volledige belang bij de waardemutaties van een goed heeft, als het volledige gebruiks- en genotsrecht. Bij certificering is daaraan niet voldaan, althans niet noodzakelijkerwijs. Hoewel de certificaathouder doorgaans het gehele economische belang bij de gecertificeerde kunst zal hebben, is goed denkbaar dat hij geen gebruiksrecht heeft.⁹⁶⁹ Daarmee zou de vrijstelling niet van toepassing zijn.⁹⁷⁰ De staatssecretaris onderkent en accepteert deze uitkomst expliciet.

Deze lijn komt men ook tegen in de literatuur, met dien verstande dat een ruimere

968 Brief Staatssecretaris van Financiën 7 april 2006, nr. AFP2006/190U.

969 Het lijkt mij overigens denkbaar dat in de administratievoorwaarden tevens een gebruiksrecht aan de certificaathouder wordt toegekend, als gevolg waarvan hij niet alleen het gehele economische belang heeft, maar ook het gebruiksrecht. Het is de vraag of daarmee sprake is van “volle eigendom” zoals de staatssecretaris voor ogen heeft gestaan. Ik ga daarop hieronder nader in.

970 Dit kan evenzeer gelden voor de uitzondering die artikel 5.3 lid 2 sub c Wet IB 2001 geeft voor roerende zaken in eigen gebruik. Kunstvoorwerpen waarvan men juridisch eigenaar is kunnen hieronder vallen, maar certificaten hiervan als zodanig niet. Een certificaat is immers een vorderingsrecht en geen roerende zaak, zodat dit onder subonderdeel d valt, dat niet een vergelijkbare uitzondering kent. Het voorgaande wordt evenwel anders indien het certificaat de economische eigendom van het gecertificeerde goed verschafft en men daarmee naar het goed zelf zou moeten kijken en niet naar het certificaat, zie verderop in deze paragraaf.

toepassing van de vrijstelling wenselijk wordt geacht. Zo constateert Kavelaars⁹⁷¹, in dit geval in relatie tot de vrijstelling voor bos- en natuurterreinen en landgoederen, dat de volle eigendom vereist is. Hij is evenwel van mening dat de vrijstelling ook van toepassing zou dienen te zijn ten aanzien van de vruchtgebruiker, erfpachter, bloot eigenaar en economisch eigenaar, waarbij instandhouding als voorwaarde gesteld zou kunnen worden. Dusarduijn⁹⁷² geeft aan dat de wetgever de vrijstellingen van box 3 wil voorbehouden aan degene die volle eigendom bezit; blijkbaar is de wetgever van mening dat een certificaathouder die niet volledig beschikkingsbevoegd⁹⁷³ is verstoken moet blijven van de vrijstellingen in box 3. Naar de mening van Dusarduijn is echter sprake van overkill en dient onderzocht te worden onder welke voorwaarden een certificaat fiscaalrechtelijk vereenzelvigd kan worden met het daaraan ten grondslag liggende vermogen, hetgeen zij vervolgens onderzoekt voor onder meer de kunstvrijstelling, op basis van de ratio van de desbetreffende vrijstelling. In geval van kunst kan bijvoorbeeld naar haar mening slechts sprake zijn van fiscale vereenzelviging indien de kunst zich in de directe omgeving van de certificaathouder bevindt, of indien de gecertificeerde kunstcollectie ter beschikking wordt gesteld aan bijvoorbeeld een museum. Zij bepleit bovendien een (nog) ruimere toepassing van de kunstvrijstelling, zodat die niet alleen ziet op genoemde situaties, maar ook op de situatie waarin de certificering wordt benut om een kunstcollectie in stand te houden of te vergroten.⁹⁷⁴ Hofman en Singh staan in het kader van box 3 aanknoping bij het gecertificeerde vermogen voor, althans indien sprake is van economische eigendom, ook voor toepassing van de vrijstellingen.⁹⁷⁵

Jurisprudentie op dit punt is beperkt. In zijn uitspraak van 17 juni 2016⁹⁷⁶ heeft de Hoge Raad zich over de reikwijdte van box 3-vrijstellingen uitgesproken, in relatie tot de vrijstelling voor bos- en natuurterreinen en landgoederen. De gehanteerde uitgangspunten lijken mij echter ruimer binnen de context van de box 3-vrijstellingen toepasbaar. Het arrest betreft een situatie die in zekere zin tegengesteld is aan certificering: de zaak gaat over een NSW-landgoed dat deels verhuurd was, oftewel een juridische eigenaar zonder (eigen) gebruiksrecht. Dit laatste staat in de ogen van de inspecteur in de weg aan de toepassing van de vrijstelling van artikel 5.7 Wet IB 2001. De Hoge Raad bevestigt dat de vrijstelling slechts van toepassing kan zijn indien sprake is van de volle eigendom van een zaak, gezien de systematiek van artikel 5.3 Wet IB 2001 waarbij zaken onder een ander subonderdeel vallen dan rechten daarop, alsmede de

971 P. Kavelaars, *Natuurschoon en rijksmonumenten*, Sdu Den Haag 2006, paragraaf 3.2.5.

972 Dusarduijn, WPNR 2007/6737, paragraaf 5.1.

973 Gezien de parlementaire geschiedenis zou ik overigens menen dat het niet zozeer gaat om het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid, als wel om het niet hebben van het volledige economische belang.

974 Ter vergelijking: in het geval van de vrijstelling voor bos- en natuurterreinen en landgoederen meent zij dat deze, omdat de vrijstelling zich richt op het behoud van deze goederen en dit een bepaalde machtspositie veronderstelt, open zou moeten staan voor de certificaathouder die hier ook over beschikt, bijvoorbeeld via het bestuur van de STAK. Voorts meent zij dat de houder van een (volledig) royerbaar certificaat fiscaal gelijkgesteld moet worden met een volle eigenaar. Dit laatste argument gaat naar mijn mening evenzeer op voor andere goederen dan landgoederen, zoals kunstwerken.

975 Hofman en Singh, WFR 2017/7174, paragraaf 4.3.1.

976 HR 17 juni 2016, BNB 2016/181.

parlementaire toelichting. Voor de invulling van het begrip “volle eigendom” sluit de Hoge Raad aan bij de gangbare civielrechtelijke definitie, hetgeen met zich brengt dat een persoonlijk recht zoals het huurrecht daar geen inbreuk op maakt.

Het voorgaande betekent naar mijn mening het volgende voor fiscale behandeling van certificaten in box 3, zowel voor de bepaling van de grond waarop zij in de rendementsgrondslag begrepen worden, als voor de toepassing van eventuele vrijstelling. Allereerst kan daarbij weer een onderscheid gemaakt worden tussen certificaten die de houder hiervan de economische eigendom van de onderliggende goederen verschaffen en certificaten die dit niet doen. Zoals reeds opgemerkt is de economische eigenaar in fiscale zin eigenaar van het gecertificeerde vermogen. Dit is mijns inziens een sterk argument voor het standpunt dat box 3-vrijstellingen ook van toepassing zouden moeten zijn op certificaten die de economische eigendom verschaffen. Indien overigens binnen de Wet IB 2001 een dergelijk certificaathouder als fiscaal eigenaar behandeld wordt,⁹⁷⁷ is het consistent om dit ook voor de toepassing van box 3, inclusief de daarvoor geldende vrijstellingen, toe te passen. Men beschouwt dan niet het certificaat maar het onderliggende vermogen als het in box 3 te belasten vermogensbestanddeel.

Hier is echter tegenover te stellen dat de parlementaire geschiedenis expliciet is in het uitgangspunt dat voor de toepassing van vrijstellingen volle eigendom vereist is. Dit is herhaald in de latere uitlating van de staatsecretaris, waarbij tevens is opgemerkt dat met het houden van certificaten geen sprake is van een dergelijke volle eigendom. De staatssecretaris kijkt daarbij voor de toepassing van de vrijstellingen naar het certificaat en niet naar het gecertificeerde vermogen, waarbij hij ook geen onderscheid maakt tussen certificaten die de economische eigendom verschaffen en certificaten die dit niet doen. Sterker, het onderliggende onderscheid tussen zaken en rechten dat de staatssecretaris ten grondslag legt aan zijn interpretatie van de box 3-vrijstellingen, lijkt een ruimere reikwijdte te hebben dan slechts de grondslag van de vrijstellingen. Algemeen wordt in de parlementaire geschiedenis een onderscheid gemaakt tussen zaken en rechten, waarbij zaken worden omschreven als de situatie waarin de belastingplichtige het volledige gebruiks- en genotsrecht heeft én het gehele belang bij de waardemutatie van een goed⁹⁷⁸ en waarbij met rechten alles wordt bedoeld wat geen (aldus gedefinieerde) zaak is.⁹⁷⁹ Voorts is opgemerkt dat de begrippen “zaken” en “rechten” in de Wet IB 2001 in een andere context gebruikt worden dan in het burgerlijk wetboek het geval is en dat deze begrippen daardoor een enigszins andere betekenis hebben.⁹⁸⁰

Deze enge omschrijving van het begrip “zaak” suggereert dat een certificaat niet tot

977 Zie nader paragraaf 13.3.2.

978 Deze door de wetgever gebruikte term is als juridisch minder zuiver te beschouwen.

979 Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, pagina 229 (de desbetreffende passage is eerder in deze paragraaf aangehaald).

980 Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, pagina 228.

heffing in box 3 kan leiden onder artikel 5.3 lid 2 sub a of c Wet IB, ook al verschaft het certificaat de houder de economische eigendom van de gecertificeerde zaak. Deze certificaathouder heeft weliswaar het volledige belang bij de waardemutaties en het genot, anders zou geen sprake kunnen zijn van economische eigendom,⁹⁸¹ maar niet noodzakelijkerwijs ook het (volledige) gebruiksrecht. Dit laatste is voor het zijn van economisch eigenaar niet vereist. Denkbaar is wel, dat de administratievoorwaarden zodanig luiden, dat de certificaathouder tevens het gebruiksrecht heeft, zodat het certificaat hem in een positie brengt die de positie van een juridisch eigenaar zeer dicht nadert, mogelijk zelfs zo dicht dat de certificaathouder slechts de beschikkingsbevoegdheid ontbeert. In dat geval kan men betogen dat voldaan is aan de door de staatssecretaris geformuleerde criteria; hoewel voor de hand ligt dat hij daarbij gedacht heeft aan een juridisch eigenaar die deze criteria vervult, is dat laatste vereiste niet met zoveel woorden gesteld. De certificaathouder zonder gebruiksrecht voldoet evenwel niet aan deze criteria, althans niet indien men gebruiksrecht als een ander recht dan het genotsrecht.⁹⁸² Voorts heeft de staatssecretaris in zijn evaluatie van de belastingherziening 2001 expliciet opgemerkt dat niet beoogd is om de kunstvrijstelling in box 3 uit te breiden tot juridische constructies waarbij de bezitting van een individuele belastingplichtige bestaat uit een certificaat dat alleen een vorderingsrecht op de juridische eigenaar van het kunstvoorwerp is.⁹⁸³ Hieruit volgt dat het in elk geval expliciet niet de bedoeling is geweest om de kunstvrijstelling (of andere box 3-vrijstellingen) van toepassing te laten zijn op certificaten.

Het is evenwel de vraag hoe deze conclusie zich verhoudt tot de lijn in de jurisprudentie. Vooropgesteld zij dat voor zover mij bekend geen sprake is van jurisprudentie die zich expliciet over dit punt uitlaat. Wel volgt naar mijn mening uit verschillende uitspraken dat het concept van de economisch eigenaar als eigenaar in fiscale zin van het desbetreffende goed ook in het kader van box 3 te gelden heeft, zie hiervoor de uitspraken aangehaald in paragraaf 13.3.2. Dit suggereert dat de economische eigendom van een zaak weldegelijk belast wordt als zaak in box 3 en niet als (vorderings)recht.

Voorts zij gewezen op het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad van 17 juni 2016, BNB 2016/181, waarin de Hoge Raad voor toepassing van de vrijstelling voor box- en natuurterreinen en landgoederen expliciet aanknoop bij de op het civiele recht gebaseerde uitleg van het begrip “volle eigendom”, waar persoonlijke rechten zoals een huurrecht geen inbreuk op maken. Dit laatste brengt naar mijn mening met zich dat het ontbreken van het (feitelijk) gebruik in de ogen van de Hoge Raad in elk geval geen probleem is indien men in juridische zin de volle eigendom heeft. Slechts een zakelijk beperkt recht doet hieraan af; men kan het gebruiksrecht wel

981 Zie voor de vereisten gesteld aan economische eigendom nader paragraaf 13.3.1.

982 Mijns inziens is het gebruiksrecht overigens onderdeel van het genot, zie verderop in deze paragraaf. Men kan de parlementaire geschiedenis evenwel zo lezen, dat het twee separate rechten zouden zijn.

983 Brief Staatssecretaris van Financiën 7 april 2006, nr. AFP2006/190U.

op grond van een persoonlijk recht aan een ander geven. Vraag is of dit iets zegt in de context van economische eigendom. In de laatste situatie is in principe geen sprake van een situatie die vergelijkbaar is met een juridisch eigenaar die als gevolg van een zakelijk beperkt recht het gebruik van de zaak ontbeert. Gelijktijdig kunnen de administratievoorwaarden zodanig zijn, dat de certificaathouder/economisch eigenaar weliswaar het volledige genot heeft, maar dat zich dit uit in een recht op c.q. het economisch belang bij de vruchten van de zaak en niet in een recht op het gebruik daarvan. (Eigen) gebruik is evenwel, althans in de context van economische eigendom, naar mijn mening te zien als een specifieke vorm van genot: het genot kan zich zowel uiten in een recht op de vruchten van een zaak, als in de mogelijkheid om deze te gebruiken.⁹⁸⁴ Hoewel gezegd kan worden dat de certificaathouder die geen feitelijk gebruik heeft dit nooit gehad heeft en daarmee in een bepaald opzicht verschilt van de juridische eigenaar die zijn zaak verhuurt, lijkt mij verdedigbaar dat men de economische eigenaar vanwege zijn recht op het genot van de zaak toch als vergelijkbaar met een volle eigenaar beschouwt. Dat zou mijns inziens ook recht doen aan het concept van economische eigendom.

Resumerend zijn er dan meerdere lijnen van argumentatie met betrekking tot de fiscale behandeling van het certificaat in box 3, die niet tot dezelfde uitkomst leiden:

- (a) De visie van de staatssecretaris op wat een “zaak” is in de context van box 3 kan leiden tot de conclusie dat ook bij een certificaat dat economische eigendom verschaft het certificaat als zodanig tot de rendementsgrondslag gerekend moet worden en niet de gecertificeerde zaak. In ieder geval acht hij de box 3-vrijstellingen niet van toepassing op certificaten.
- (b) Het concept van economische eigendom en de jurisprudentie die dit concept ook toepast in de context van box 3 leiden echter tot de conclusie dat de gecertificeerde zaak deel uitmaakt van de rendementsgrondslag en niet het certificaat, althans aannemend dat de certificaathouder economisch eigenaar is van deze zaak.
- (c) Het arrest HR BNB 2016/181 geeft mijns inziens, gezien het aansluiten door de Hoge Raad bij volle eigendom in civielrechtelijke zin, verdere aanknopingspunten dat de certificaathouder die het genot van de gecertificeerde zaak heeft als volle eigenaar beschouwd kan worden. Dit wijst dan in de richting dat men bij box 3-heffing zou moeten kijken naar de gecertificeerde zaak in plaats van

984 Daarbij kan voor economische eigendom één van beide voldoende zijn, zie De Leeuw 2018, paragraaf 2.3. In het algemeen is bovendien denkbaar dat van een goed feitelijk gebruik niet mogelijk is, maar dat dit slechts vruchten oplevert (zoals bij aandelen), of dat het genieten van vruchten het eigen gebruik uitsluit (zoals bij een verhuurd pand).

het certificaat. Meer dan een indicatie verschaft het arrest naar mijn mening evenwel niet.

Gezien deze verschillende mogelijke benaderingen is de fiscale behandeling van het economische eigendom verschaffende certificaat onduidelijk; enerzijds is mogelijk dat men dient te kijken naar de gecertificeerde zaak en anderzijds naar het certificaat als zodanig. Het onderscheid is met name van belang voor (i) roerende zaken in eigen gebruik, die dan gezien artikel 5.3 lid 2 sub c Wet IB 2001 niet tot de rendementsgrondslag gerekend zouden worden, en (ii) de box 3-vrijstellingen.⁹⁸⁵ Daarnaast is het onderscheid relevant voor de waardering.⁹⁸⁶ Beleid dat duidelijkheid verschaft zou wenselijk zijn, maar gezien de reeds door de staatssecretaris ingenomen standpunten inzake certificaten van kunstvoorwerpen valt een nader standpunt ter zake niet te verwachten.

Mijn voorkeur gaat uit naar het in aanmerking nemen van het gecertificeerde vermogen zelf, in plaats van de certificaten. Dit doet het meeste recht aan het concept van economische eigendom en de parallel die in fiscale context getrokken wordt tussen de economische en de juridische eigenaar. Bovendien komt het mij als redelijk voor om degene die het volledige economische belang heeft bij een goed dezelfde fiscale behandeling te gunnen als degene die ditzelfde economische belang heeft in de hoedanigheid van juridische eigenaar. Waar ik het onderscheid dat de staatssecretaris maakt tussen zaken en rechten op deze zaken begrijpelijk acht indien het desbetreffende recht slechts betrekking heeft op een deel van het economische belang bij de zaak, gaat dit argument mijns inziens niet langer op indien het recht zo veel omvattend is, dat de rechthebbende het volledige economische belang heeft. Een argument voor het standpunt, dat het volledige economische belang behandeld zou moeten worden als de zaak zelf, is bovendien toch ook te ontleen aan de parlementaire geschiedenis zelf. Hieruit volgt dat de achterliggende reden van het maken van het onderscheid tussen zaken en rechten is, dat beoogd werd om de fiscale behandeling verbonden aan het begrip “zaak” slechts voor te behouden aan diegene die volledig gerechtigd is tot hetgeen waarde vertegenwoordigt.⁹⁸⁷ De economisch eigenaar

985 Voor vermogensrechten lijkt het onderscheid op het eerste gezicht wellicht van ondergeschikte betekenis: zowel het certificaat als het vermogensrecht is in beginsel belast op grond van artikel 5.3 lid 2 sub e Wet IB 2001 en eigen gebruik speelt bij vermogensrechten geen rol. Voorts zullen ter zake van gecertificeerde vermogensrechten veelal geen vrijstellingen spelen (eventueel kan gedacht worden aan de vrijstelling voor groene beleggingen van artikel 5.13 Wet IB 2001). Daarnaast kan men zich afvragen of een onderscheid tussen zaken en rechten nog een rol kan spelen bij vermogensrechten. Een derivaat van een vermogensrecht, vergelijkbaar met de rechten ter zake van goederen waaraan in de parlementaire geschiedenis gerefereerd wordt, lijkt mij echter goed denkbaar, zodat een vergelijkbaar onderscheid te maken valt.

Voor de waardering kan het bovendien nog wel uitmaken of het certificaat gewaardeerd moet worden, met de daaraan verbonden beperkingen, of het gecertificeerde vermogen, zie de paragraaf hierna.

986 Zie paragraaf 13.4.3.2.

987 Zie de reeds aangehaalde passage Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, pagina 229. Hier wordt onder meer opgemerkt dat met de vrijstellingen beoogd is om vrijstellingen te beperken

is evenzeer in die positie, zodat er vanuit dit perspectief ook geen reden is om hem anders te behandelen dan de juridische eigenaar.

Dit in aanmerking nemend, zou mijns inziens uitgegaan moeten worden van het gecertificeerde goed als deel van de rendementsgrondslag en niet van het certificaat, ongeacht of de administratievoorwaarden voorzien in een gebruiksrecht voor de certificaathouder of niet. In het verlengde daarvan zou logischerwijs hetzelfde uitgangspunt moeten gelden voor toepassing van de vrijstellingen. In het kader van de kunstvrijstelling heeft de staatssecretaris echter expliciet aangegeven dat niet beoogd is om deze vrijstelling ook betrekking te laten hebben op certificaten, zonder overigens een onderscheid te maken tussen certificaten die economische eigendom verschaffen en certificaten die dat niet doen. Of een rechter bereid zou zijn om in het eerste geval toch de vrijstelling toe te passen, lijkt mij derhalve geen zekerheid.

Een en ander ligt ten slotte uiteraard anders indien het certificaat de houder hiervan níet de economische eigendom van het gecertificeerde vermogen verschaft. Dan is het in aanmerking nemen van de gecertificeerde goederen niet aan de orde en kan slechts het certificaat deel uitmaken van de rendementsgrondslag. Ook dienen eventuele vrijstellingen toegepast te worden ter zake van het certificaat. Gezien de parlementaire geschiedenis en evaluatie van de staatssecretaris zullen deze vrijstellingen dan niet van toepassing zijn. In paragraaf 15.4 bespreek ik of de hiervoor beschreven onduidelijkheid inzake de behandeling van certificaten in box 3 een knelpunt kan zijn.

13.4.3.2 Waardering van certificaten in box 3

Ook in het kader van box 3 komt de vraag op hoe certificaten gewaardeerd moeten worden. Het algemene uitgangspunt is dat bezittingen en schulden in aanmerking worden genomen voor hun waarde in het economische verkeer.⁹⁸⁸ Daarbij gelden specifieke waarderingsvoorschriften voor bepaalde goederen, zoals woningen⁹⁸⁹ en beursgenoteerde effecten⁹⁹⁰.

De waarde waartegen het certificaat in aanmerking genomen wordt, hangt mijns inziens weer samen met de wijze waarop het certificaat als zodanig in box 3 wordt

tot de waarde van bepaalde zaken en niet om deze betrekking te laten hebben op allerhande rechten die (geheel of gedeeltelijk) zien op (het gebruik of de waardemutatie van) die zaken. Het hebben van het volledige economische belang is derhalve doorslaggevend. Voorts zij gewezen op Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 7, pagina 244, waar wordt opgemerkt dat het civielrechtelijke onderscheid tussen zaken en rechten in het stelsel van inkomen uit sparen en beleggen van ondergeschikt belang is en dat voor de rendementsgrondslag slecht van belang is in welke mate de belastingplichtige gerechtigd is tot hetgeen waarde vertegenwoordigt. Voorts is in deze context aangegeven dat het uitgangspunt is geweest om slechts de waarde van een object vrij te stellen en niet een te ver daarvan afgeleide gerechtigtheid.

988 Artikel 5.19 lid 1 Wet IB 2001.

989 Artikel 5.20 Wet IB 2001.

990 Artikel 5.21 Wet IB 2001.

behandeld. In geval van certificaten die geen economische eigendom verschaffen, is slechts één benadering mogelijk: heffing ter zake van het vorderingsrecht als zodanig. De waardering dient dan ook betrekking te hebben op het vorderingsrecht, waarbij rekening gehouden moet worden met relevante beperkingen die voortvloeien uit de administratievoorwaarden.⁹⁹¹ Aan de waarderingsvoorschriften voor specifieke goederen komt men dan in principe ook niet toe, omdat certificaten niet onder deze bepalingen vallen.⁹⁹² Uit praktisch oogpunt zou men hier natuurlijk bij kunnen aansluiten of de waardering van de certificaten mede op deze waarderingsvoorschriften kunnen baseren, maar dit is mijns inziens niet verplicht. Het enige voorschrift dat dan geldt is dat de waarde in het economische verkeer gehanteerd dient te worden.

Indien de certificaten wel de economische eigendom verschaffen, kan men enerzijds, zoals ik, betogen dat niet het certificaat in aanmerking genomen dient te worden, maar het gecertificeerde vermogen zelf, omdat de certificaathouder in fiscale zin eigenaar van dit vermogen is. De consequentie hiervan voor de waardering is dat hiervoor ook slechts gekeken wordt naar de waarde in het economische verkeer van de gecertificeerde goederen, zonder dat rekening gehouden wordt met aan het certificaat verbonden beperkingen uit de administratievoorwaarden.⁹⁹³ Ook dient naar mijn mening dan in voorkomend geval een waarderingsvoorschrift toegepast te worden, bijvoorbeeld indien beursgenoteerde aandelen gecertificeerd zijn.

Het alternatief is dat men, zoals de staatssecretaris voor lijkt te staan,⁹⁹⁴ ook in geval van economische eigendom kijkt naar het certificaat als zodanig en niet naar het gecertificeerde vermogen. Hoewel dit niet de interpretatie is die ik zou voorstaan, is deze benadering denkbaar. Deze brengt dan mijns inziens met zich dat voor de waardering gekeken wordt naar het certificaat met alle daaraan verbonden beperkingen, evenals bij certificaten die niet de economische eigendom verschaffen, alsmede dat de specifieke waarderingsvoorschriften in beginsel niet van toepassing zijn. In paragraaf 15.2 wordt in het algemeen besproken in hoeverre de waardering van certificaten kan leiden tot een (certificering belemmerend) knelpunt.

991 Zie hiervoor paragraaf 13.2.2.

992 Met dien verstande dat uiteraard sprake kan zijn van beursgenoteerde certificaten, maar dat hiervan bij certificaten als beschermingsfiguur geen sprake van zal zijn.

993 Hofman en Singh (WFR 2017/7174, paragraaf 4.3.2) zijn van mening dat voor de waardering van certificaten in box 3 rekening gehouden dient te worden met de beperkingen die voortvloeien uit de administratievoorwaarden, zoals het ontbreken van zeggenschap, aangezien een gegadigde als gevolg van deze beperkingen een lagere prijs over zal hebben voor de certificaten, dan voor het gecertificeerde vermogen. Hoewel deze constatering mij in zijn algemeenheid juist lijkt (vergelijk paragraaf 13.2), is deze benadering mijns inziens niet consistent met het (ook door Hofman en Singh gepropageerde standpunt) dat in geval van economische eigendom de onderliggende goederen in aanmerking genomen dienen te worden in box 3 en niet het in het certificaat belichaamde vorderingsrecht. Op het moment dat men het gecertificeerde goed als uitgangspunt neemt, verliezen de aan het certificaat verbonden beperkingen hun (fiscale) relevantie.

994 Zie paragraaf 13.4.3.1.

13.5 Schenk- en erfbelasting

In deze paragraaf ga ik in op enkele schenk- en erfbelastingaspecten van certificering. In het algemeen merk ik op dat de verkrijging van certificaten krachtens schenking of erfrecht uiteraard een belastbaar feit voor de Successiewet kan zijn, dat op de reguliere wijze belast wordt. Aangezien voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt aangeknoopt bij definities uit de Wet IB 2001,⁹⁹⁵ zoals de definitie van aanmerkelijk belang, kan deze faciliteit van toepassing zijn op de verkrijging van certificaten.

Omdat de behandeling van certificaten onder de Successiewet grotendeels de gebaande paden volgt, zal ik in deze paragraaf slechts ingaan op een aantal situaties waarin het al dan niet gecertificeerd zijn van vermogen tot een fiscaal gevolg kan leiden. Dit betreft allereerst de vraag in hoeverre certificering een (belastbare) schenking kan vormen. Daarnaast bespreek ik de waardering van certificaten voor de toepassing van de Successiewet. Ten slotte heeft de staatssecretaris in het verleden het standpunt ingenomen dat certificering zou kunnen leiden tot de toepassing van artikel 10 SW. Ook op dit aspect ga ik kort in.

13.5.1 Certificering als schenking

Een eerste vraag met betrekking tot certificering in relatie tot de schenkbelasting, is of het tot stand brengen van de certificering een schenking kan vormen, ter zake waarvan schenkbelasting verschuldigd is. In artikel 1 lid 7 SW wordt voor het schenkingsbegrip voor de Successiewet aangesloten bij het civielrechtelijke begrip gift, zoals gedefinieerd in artikel 7:186 lid 2 BW. Aan de gift worden een aantal eisen gesteld: (i) verarming van de schenker, (ii) verrijking van de begiftigde en (iii) een bevoordelingsbedoeling. Dit laatste omvat niet alleen een bedoeling tot bevoordeling bij de schenker, maar ook een bevoordelingsbewustzijn bij de begiftigde. De bevoordelingsbedoeling van de schenker is door de Hoge Raad in hoge mate geobjectiveerd.⁹⁹⁶

In paragraaf 7.14.4 ben ik in het kader van de legitieme portie reeds ingegaan op de vraag of het certificeren van vermogen aangemerkt kan worden als een gift (aan de STAK). Mijn conclusie is dat dit niet zo is, samengevat om de volgende redenen:

- (a) De STAK heeft zelf geen economisch belang bij het gecertificeerde vermogen, maar beheert dit slechts voor de certificaathouder. Van een verrijking van de STAK is derhalve geen sprake.
- (b) In civielrechtelijke context kan, mede op grond van jurisprudentie worden

⁹⁹⁵ Zie artikel 35c lid 1 SW.

⁹⁹⁶ Zie HR 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687, BNB 1994/261, en HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7272, BNB 2002/317.

aangenomen dat certificering in beginsel een waardedrukkend effect heeft; als gevolg van beperkende voorwaarden, zoals het ontbreken van zeggenschap, is de waarde van de certificaten lager dan die van het gecertificeerde vermogen. Dit impliceert een verarming van de persoon die de certificering in het leven roept, hetgeen evenwel anders kan zijn indien de certificaathouder via controle over de STAK zijn zeggenschap behoudt. Tenzij deze controle verbonden is aan de hoedanigheid van certificaathouder, is deze voor de bepaling van de (fiscale) waarde in het economische verkeer niet relevant,⁹⁹⁷ maar de beoordeling of sprake is van een verarming is primair een civielrechtelijke⁹⁹⁸.

Zelfs als men zou moeten concluderen dat degene die het vermogen certificeert wel degelijk verarmt, is nog geen sprake van een corresponderende verrijking bij de STAK.

- (c) Met het ontbreken van een verrijking kan uiteraard ook geen sprake zijn van een bevoordelingsbedoeling. Gezien de mate waarin de Hoge Raad de bevoordelingsbedoeling geobjectiveerd heeft, kan deze snel worden aangenomen en zal hier vermoedelijk veelal sprake van zijn, indien men zowel een verrijking van de STAK en een corresponderende verarming van de certificaathouder zou kunnen constateren.

Certificering leidt derhalve niet tot de verschuldigdheid van schenkbelasting.⁹⁹⁹

13.5.2 Waardering

Zowel in algemene termen als in het kader van de inkomstenbelasting ben ik reeds ingegaan op de waardering van certificaten en meer in het bijzonder de vraag of certificering in fiscale context een waardedrukkend effect heeft. Heel algemeen gezegd zullen de beperkingen die voortvloeien uit de administratievoorwaarden doorgaans tot gevolg hebben, dat de prijs die een eventuele gegadigde voor de certificaten over zal hebben, lager is dan de prijs voor het gecertificeerde vermogen zelf.¹⁰⁰⁰ In de inkomstenbelasting komt dit verschil echter niet steeds tot uitdrukking in de fiscale waardering; indien de certificaathouder economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen, wordt hij beschouwd als de fiscale eigenaar hiervan en knoopt de waardering naar mijn mening dus ook aan bij dit vermogen en niet bij de certificaten. Slechts indien de certificaathouder geen economisch eigenaar is, komt het certificaat in beeld als

997 Zie paragraaf 13.2.2.3. Een gegadigde voor de certificaten kan slechts in dat geval de zeggenschap verkrijgen, los van toevallige omstandigheden.

998 Artikel 1 lid 7 SW verwijst naar artikel 7:186 lid 2 BW.

999 In vergelijkbare zin Dusarduijn WPNR 2007/6737, paragraaf 2.2.

1000 Zie hiervoor nader paragraaf 13.2.

het te waarderen goed en kunnen uit de certificering voortvloeiende beperkingen tot uitdrukking komen in de waarde in het economische verkeer.¹⁰⁰¹

Een vergelijkbare vraag kan in de context van de Successiewet gesteld worden: speelt economische eigendom een rol bij de heffing van schenk- en erfbelasting en, zo ja, is dit dan slechts voor het bepalen van het moment waarop de verkrijging plaatsvindt, of ook voor het waarderen van de verkrijging. Indien het laatste het geval is, brengt dit met zich dat ingeval van economische eigendom niet het certificaat, maar het gecertificeerde vermogen beschouwd moet worden als het verkregene en gewaardeerd dient te worden. Het gevolg hiervan is mijns inziens tweeledig; (i) net als bij de inkomstenbelasting spelen beperkingen die verbonden zijn aan de certificaten geen rol bij de waardering en (ii) indien een specifiek waarderingsvoorschrift van artikel 21 SW van toepassing is op het gecertificeerde vermogen, bijvoorbeeld omdat courante effecten gewaardeerd zijn, dient dit bij de verkrijging van de certificaten eveneens toegepast te worden.¹⁰⁰²

Dat het concept economische eigendom ook betekenis heeft in de context van de Successiewet volgt naar mijn mening uit het arrest HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3392, BNB 2008/203. Deze zaak betrof de verkoop door vader van zijn woning aan zijn zoon. Overeengekomen was dat levering en betaling van de koopsom werden uitgesteld tot zes maanden na het overlijden van vader. De waarde in het economische verkeer van de woning bedroeg f 850.000, terwijl de overeengekomen koopsom slechts f 150.000 was. De inspecteur heeft het verschil van f 700.000 willen belasten op grond van artikel 10 SW. De Hoge Raad overweegt onder meer het volgende:

-3.2.3. In onderdeel 5.3 van zijn uitspraak heeft het Hof vastgesteld dat met de verkoop slechts werd beoogd dat de eigendom van de woning van erflater na diens overlijden zou worden overgedragen tegen het alsdan betalen van de koopsom. Deze vaststelling is in cassatie niet bestreden. Daarvan uitgaande heeft het Hof met juistheid geoordeeld dat de juridische eigendom van de woning bleef behoren tot het vermogen van erflater, zodat in juridische zin geen sprake was van omzetting van die eigendom in een genotsrecht.

-3.2.4. In onderdeel 5.4 van zijn uitspraak heeft het Hof vastgesteld dat de verkoop niet tot gevolg had dat de lasten van het verkochte of het risico van tenietgaan daarvan reeds voor de levering voor rekening van belanghebbende zijn gekomen. Daarmee heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat de woning ook in economische

1001 Zie hiervoor paragrafen 13.4.1.6 (box 2), 13.4.2.5 (box 1) en 13.4.3.2 (box 3).

1002 In paragraaf 11 is geconstateerd dat er kleine nuanceverschillen kunnen zijn in de interpretatie van de maatstaf waar onder meer artikel 21 SW als hoofdregel vanuit gaat: de waarde in het economische verkeer. Dergelijke nuanceverschillen spelen in mijn ogen in deze context geen rol: het gaat er hier om, om te bepalen wát er gewaardeerd wordt en niet om welke specifieke omstandigheden van het geval vervolgens bij die waardering een rol spelen.

zin tot het vermogen van erflater bleef behoren. Ook die vaststelling is in cassatie niet bestreden. Daarvan uitgaande is ook in economische zin geen sprake van omzetting van eigendom in een genotsrecht, wat het Hof tot uitdrukking heeft gebracht met zijn overweging dat in economische zin geen aanleiding bestond voor een door erflater aan belanghebbende te betalen vergoeding voor de voortzetting van het woongenot, tussen verkoop en levering.

-3.2.5. Het hiervoor in 3.2.2 tot en met 3.2.4 overwogene leidt tot de slotsom dat 's Hofs hiervoor in 3.2.1 weergegeven oordeel juist is.

-3.2.6. Anders dan het middel betoogt, is 's Hofs oordeel niet onverenigbaar met de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot schuldigeringen zonder (feitelijke) rentebetaling tijdens erflaters leven (onder meer HR 17 juni 1959, nr. 14 000, BNB 1959/306). Immers, blijktens het hiervoor in 3.2.4 overwogene bestond in het onderhavige geval in economische zin geen aanleiding voor een vergoeding voor het voortgezet genot van de verkochte woning nu de erflater in zowel juridisch als economisch opzicht eigenaar bleef van de woning, terwijl in geval van een schuldigering (onvoorwaardelijk en zonder opschortende tijdsbepaling) in economische zin wel aanleiding bestaat voor een vergoeding voor het voortgezet genot van het schuldig erkende. [Onderstrepingen AEdL]

Uit deze overwegingen volgt naar mijn mening dat de Hoge Raad ook voor de toepassing van de Successiewet uitgaat van economische eigendom, aangezien naast de juridische positie ook getoetst wordt of in economische zin sprake is van de overdracht van vermogen onder voorbehoud van een genotsrecht. Daaruit volgt dat in ieder geval voor de beoordeling of sprake is van een verkrijging de economische eigendom bepalend is.

Dit zegt echter nog niets over de maatstaf die aan de waardering ten grondslag wordt gelegd. Ik ben ook niet bekend met andere jurisprudentie, die wel expliciet dit punt adresseert. Enerzijds kan men overwegen dat de Successiewet een wet is die relatief sterk leunt op het civiele recht, dat uitgaat van de formele juridische situatie en niet van de economische belangen. Dit uitgangspunt impliceert dat de verkrijging van economische eigendom weliswaar ook een verkrijging in de zin van artikel 1 SW kan vormen, maar dat voor de waardering toch wordt aangeknoopt bij hetgeen in juridische zin verkregen wordt: het vorderingsrecht dat belichaamd is in het certificaat en niet de gecertificeerde goederen, ook al heeft men daar het volledige economische belang bij. Deze formeel-juridische benadering wordt echter mijns inziens weersproken door voornoemd arrest van de Hoge Raad, aangezien die benadering impliceert dat ook voor de beoordeling of sprake is van een verkrijging slechts de juridische situatie maatgevend is. Met de door de Hoge Raad gekozen benadering is eerder consistent om ook de economische positie in aanmerking te nemen. Voor een harde conclusie dat de economische eigenaar ook voor alle facetten van de Successiewet als fiscaal eigenaar wordt beschouwd zijn mijns

inziens evenwel te weinig concrete aanwijzingen. Tot het moment dat de Hoge Raad zich hierover uitsprekt, dan wel een concrete regeling getroffen wordt door de wetgever, is dit derhalve niet duidelijk.¹⁰⁰³ Wel zou het naar mijn mening consistent zijn om ook voor de toepassing van de Successiewet in het geval van economische eigendom te kijken naar het gecertificeerde vermogen in plaats van het certificaat.

Bij certificaten die geen economische eigendom verschaffen speelt de voorgaande discussie mijns inziens niet en dient voor zowel het bepalen van de waarde, als bij het bepalen van de te hanteren waarderingsmaatstaf, slechts gekeken te worden naar het certificaat als zodanig.

In paragraaf 15.2 bespreek ik of de waardering van certificaten een knelpunt kan vormen. Voorts wordt in paragraaf 15.3.3 in gegaan op een mogelijkheid voor de certificaathouder voor het verhaal van de verschuldigde schenk- of erfbelasting op de STAK.

13.5.3 Certificering en artikel 10 SW

In het, overigens inmiddels ingetrokken¹⁰⁰⁴, besluit van 19 december 2002¹⁰⁰⁵ heeft de staatssecretaris het standpunt ingenomen dat certificering kan leiden tot de toepassing van artikel 10 SW. Daarbij baseert de staatssecretaris zich op de volgende “grondvorm” van certificering:

- De ouders dragen beleggingen over aan een stichting, die daartegenover certificaten uitreikt, welke een evenredig deel van het belang bij het vermogen en het inkomen van de stichting vertegenwoordigen.
- Vervolgens worden de certificaten ineens of in delen overgedragen aan de kinderen, door schenking of door verkoop, waarbij de koopsom schuldig wordt gebleven aan de ouders in de vorm van een direct opeisbare renteloze lening.¹⁰⁰⁶

1003 Jurisprudentie inzake de waardering van certificaten voor de toepassing van de Successiewet betreft bijvoorbeeld hof 's-Hertogenbosch 27 juni 1975, PW 18434, Hoge Raad 19 mei 1976, PW 18480, hof Den Haag 22 mei 1985, FED 1986/1047, HR 3 april 1996, BNB 1996/181 en rechtbank Leeuwarden 22 oktober 2009, NTFR 2010/1501. Deze uitspraken betreffen echter met name de vraag in hoeverre als gevolg van het ontbreken van zeggenschap certificaten een lagere waarde zouden hebben dan de gecertificeerde aandelen, alsmede welke waarderingsmethode moet worden toegepast. De vraag of sprake is van economische eigendom en welke betekenis dit dan heeft, komt in genoemde uitspraken niet aan de orde (ook niet indirect, aangezien zeggenschap niet noodzakelijk is voor het zijn van economisch eigenaar (zie paragraaf 13.3.2), noch ben ik bekend met uitspraken waarin dit wel het geval is.

1004 Zie het besluit van 20 april 2010, nr. DGB2010/1572M.

1005 Besluit van 19 december 2002, nr. CPP2002/3210M, V-N 2003/5.24.

1006 Hierover merkt de staatssecretaris op dat met de lening een hefboomeffect wordt bereikt. Dit vloeide voort uit de omstandigheid dat gezien het arrest HR 26 februari 1986, BNB 1986/162, de renteloosheid van een (ook feitelijk) direct opeisbare lening niet als een schenking werd aangemerkt. De debiteur kon dus rendement maken op het geleende bedrag zonder rente te betalen. Inmiddels valt deze situatie echter onder de (hiervoor geschreven) fictie van artikel 15 SW en wordt wel een schenking in aanmerking genomen.

- De certificaten zijn vaak niet of zeer beperkt royeerbaar en voorzien van zeer vergaande blokkeringsclausules, zodat het verzilveren of vervreemden daarvan door de kinderen praktisch onmogelijk is.
- Aangezien de ouders doorgaans het bestuur van de stichting vormen, hebben zij tot het overlijden van de langstlevende ouder de doorslaggevende zeggenschap en kunnen zij als zodanig bepalen of en wanneer de stichting uitkeringen doet aan de certificaathouders.
- Nadat de langstlevende ouder overleden is, en doorgaans nadat het jongste kind een bepaalde leeftijd heeft bereikt, keert de stichting haar vermogen en geaccumuleerde inkomsten uit aan de certificaathouders.

In relatie tot artikel 10 SW merkt de staatssecretaris op dat hij de stelling, dat bij schenking van de certificaten sprake is van schenking van (evenredige delen van) de in de stichting ondergebrachte vermogensbestanddelen voor betwisting vatbaar acht, aangezien de certificeringsvoorwaarden doorgaans verhinderen dat de certificaathouder het genot deelachtig wordt. In zijn ogen dient derhalve van geval tot geval beoordeeld te worden of er een genot in de zin van artikel 10 SW ontstaat en in hoeverre de verkrijgers van de certificaten zijn bevoordeeld.

Het kan inderdaad zo zijn dat de voorwaarden waaronder certificering heeft plaatsgevonden, zodanig restrictief zijn dat de certificaathouder niet geacht kan worden het (volledige) genot van het gecertificeerde vermogen te hebben.¹⁰⁰⁷ Mijns inziens zal men aan de toepassing van de fictie van artikel 10 SW bij certificering niet of nauwelijks toekomen. Deze bepaling vereist immers dat de erflater, in dit geval de ouder, tot aan diens overlijden een genotsrecht heeft gehad. Zolang daarvan geen sprake is, is niet relevant in hoeverre verkrijger als gevolg van de certificering beperkt is in het genot van het gecertificeerde vermogen.

Hoewel niet ondenkbaar is dat de administratievoorwaarden zo worden ingericht, dat een deel van de vruchten toekomen aan een ander dan de certificaathouder, is dit geen gebruikelijke benadering. Doorgaans is de certificaathouder slechts in die zin beperkt in zijn genot, dat hij inkomsten uit het gecertificeerde vermogen niet direct uitgekeerd krijgt, maar niet in de zin dat het certificaat in het algemeen geen aanspraak op die inkomsten verschaft. Genot bij een ander dan de certificaathouder laat zich iets beter denken als dit de vorm heeft van (en recht op) het feitelijke gebruik. Hierbij kan gedacht worden aan een kunstcollectie die gecertificeerd is en de certificaten reeds aan de kinderen zijn geschonken, maar de kunstwerken nog bij de ouders aan de

¹⁰⁰⁷ De certificaathouder is dan ook geen economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen. Ik verwijs in dit verband naar paragraaf 13.3.1.

muur hangen.¹⁰⁰⁸ In dergelijke gevallen zou toepassing van artikel 10 SW aan de orde kunnen komen. Voor zover ik kan inschatten betreft dit echter specifieke en weinig voorkomende situaties, zodat toepassing van artikel 10 SW bij certificering geen rol van betekenis speelt.¹⁰⁰⁹

13.6 Vennootschapsbelasting

De vennootschapsbelasting valt in beginsel buiten het bestek van mijn onderzoek. Ik wil dan ook niet uitgebreid op dit onderwerp ingaan, maar slechts enkele onderwerpen aanstippen, met name onderwerpen die (kunnen) raken aan de fiscale positie van de certificaathouder. In deze paragraaf zal ik derhalve kort ingaan op de mogelijkheid dat de STAK vennootschapsbelastingplichtig is. Daarnaast bespreek ik de vraag of de STAK fiscaal transparant kan zijn en ten slotte de eventuele kwalificatie van een STAK als fonds voor gemene rekening.

13.6.1 Vennootschapsbelastingplicht van het administratiekantoor

In deze paragraaf zal ik kort ingaan op de eventuele belastingplicht van het administratiekantoor zelf. Het is daarbij niet mijn bedoeling om dit onderwerp uitputtend te behandelen, maar slechts om de aspecten te schetsen die een rol spelen bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van belastingplicht. Hoewel het administratiekantoor meerdere rechtsvormen kan hebben, is thans verreweg de meest gebruikte variant de stichting. In het navolgende zal daarom met name worden ingegaan op de vennootschapsbelastingplicht van stichtingen. Ik neem daarbij als uitgangspunt certificering als beschermingsfiguur, met een STAK die slechts voor een beperkt aantal personen, die doorgaans familie van elkaar zullen zijn, vermogen beheert.

In het algemeen is een stichting slechts vennootschapsbelastingplichtig indien en voor zover zij een onderneming drijft.¹⁰¹⁰ Van een onderneming is sprake indien met behulp van een duurzame organisatie van arbeid een kapitaal wordt deelgenomen aan het economische verkeer, met het oogmerk om winst te behalen. Zonder al te diep in te willen gaan op wat de grens is van ondernemingsactiviteiten, zal hier naar mijn mening bij een STAK doorgaans geen sprake van zijn, om een aantal redenen:

(a) Men kan zich afvragen of de STAK wel deelneemt aan het economische

¹⁰⁰⁸ In vergelijkbare zin bijvoorbeeld de redactionele aantekening onder het besluit van de staatssecretaris in V-N 2003/5.24, A.M. Vrenegoor, Certificering van kunstvoorwerpen en box 3 Wet IB 2001, KWEP 2005/3, pagina 21 – 22 en I.A. Koele, Over de familiestichting, de charitatieve 'private foundation' en de trust in de toekomstige Successiewet, WPNR 2004/6576, paragraaf 3.2.

¹⁰⁰⁹ Dit kan vanzelfsprekend anders worden door de vormgeving van de schenking, zoals bij de schenking van certificaten onder het voorbehoud van een vruchtgebruik, maar toepassing van de fictie is dan niet gerelateerd aan het feit dat het object van de schenking toevallig certificaten zijn.

¹⁰¹⁰ Artikel 2 lid 1 sub e Wet Vpb.

verkeer. Indien slechts activiteiten worden verricht binnen een besloten kring, is daarvan geen sprake.¹⁰¹¹ Mijs inziens neemt een STAK, althans bij certificering in familiecontext, in beginsel niet deel aan het economische verkeer. De certificaathouders vormen een beperkte groep en zijn doorgaans ook familie van elkaar. Voorts is toetreding tot de groep van certificaathouders in principe slechts beperkt mogelijk, veelal zal geregeld zijn dat alleen (bepaalde) familieleden certificaathouder kunnen zijn.¹⁰¹² Derhalve is sprake van een besloten, nauwelijks aan wijziging onderhevige, groep.

- (b) Ook dient sprake te zijn van een winststreven, met dien verstande dat dit criterium in hoge mate geobjectiveerd is. Het structureel behalen van winst is voldoende om tot de aanwezigheid van een winststreven te concluderen.¹⁰¹³ Bij een STAK is een winststreven echter niet aanwezig en gezien de aard van haar activiteiten wordt ook in beginsel een resultaat van nihil behaald: alle (netto) inkomsten komen toe aan de certificaathouders en de STAK krijgt de door haar gemaakte kosten vergoed, behoudens indien hiervoor onverhoopt onvoldoende vermogen aanwezig zou zijn.^{1014 1015}

Wel kan men zich de vraag stellen of de STAK en de certificaathouder zakelijk met elkaar moeten handelen, hetgeen met zich brengt dat de STAK een vergoeding in rekening zou moeten brengen, die voor haar belastbare winst vormt. Indien niet als onafhankelijke partijen met elkaar gehandeld wordt, dient een correctie plaats te vinden. Dit vloeit algemeen voort uit het totaalwinstbegrip¹⁰¹⁶ en is voorts geregeld in artikel 8b Wet Vpb¹⁰¹⁷. Het totaalwinstbegrip en artikel 8b Wet Vpb maken echter deel uit van de regels inzake de bepaling van de omvang van de winst van vennootschapsbelastingplichtige lichamen. Hier komt men dus slechts aan toe nadat vastgesteld is dat de STAK subjectief vennootschapsbelastingplichtig is. De omgekeerde benadering, men moet een zakelijke vergoeding berekenen en dit leidt tot een onderneming ter zake waarvan subjectieve belastingplicht bestaat, past mijs inziens niet binnen het systeem van de Wet Vpb.

1011 Zie bijvoorbeeld hof Amsterdam 1 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI1802, V-N 2009/26.1.4 en hof Amsterdam 1 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ7012, V-N 2009/40.12. Bij deze laatste uitspraak geeft de staatssecretaris in zijn toelichting op het afzien van een cassatieberoep een interpretatie aan de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria aan deelname in het economische verkeer, die overigens niet tot een andere dan de hier weergegeven conclusie inzake de STAK aanleiding geeft, maar juist eerder bevestigt dat een STAK, althans in familiale context, niet deelneemt aan het economische verkeer.

1012 Zie paragraaf 7.7.3.2.2 inzake het stellen van kwaliteitseisen aan certificaathouders.

1013 J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.4.d3.1* en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

1014 Zie paragraaf 7.8.2.3 inzake het faillissement van de STAK.

1015 Dit zou anders zijn indien de STAK optreedt als beleggingsvehikel, waarbij de certificaten worden uitgegeven aan een grotere groep niet aan elkaar gelieerde beleggers. De STAK treedt in dit geval naar mijn mening wel ondernemingsmatig op en zij zal dan ook een vergoeding ontvangen die belastbare winst voor haar vormt.

1016 Van toepassing op grond van artikel 3.8 Wet IB 2001 jo. 8 lid 1 Wet Vpb.

1017 Vergelijk bijvoorbeeld H. Vermeulen, *Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.4.A*.

- (c) Ten slotte dient sprake te zijn van een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal. Activiteiten die slechts bestaan uit normaal actief vermogensbeheer of het enkele doorbetalen van gelden voldoen hier niet aan.¹⁰¹⁸ De activiteiten van de STAK zijn naar hun aard in principe slechts gericht op het beheer van het gecertificeerde vermogen en niet op de exploitatie daarvan met oog op het behalen van een zodanig rendement, dat dit een met normaal vermogensbeheer te behalen rendement overstijgt. Ook betrokkenheid van de STAK bij de vennootschap waarvan de aandelen gecertificeerd zijn leidt in beginsel niet tot een onderneming, vergelijk HR 1 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4001, BNB 1989/156. In deze zaak was sprake van een STAK die alle prioriteitsaandelen hield in een besloten vennootschap, alsmede de meerderheid van de gewone aandelen, en daarnaast commissaris was van zowel de vennootschap als haar dochtermaatschappij (doch daarnaast geen activiteiten had).

Hoewel het mij niet ondenkbaar lijkt dat de activiteiten van de STAK dermate uitgebreid zijn dat sprake is van een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal, zal zich dit naar verwachting niet snel voordoen. Voorts moet dan ook nog voldaan zijn aan de criteria van deelname aan het economische verkeer en een winststreven, althans structureel behalen van winst. Dergelijke situaties zullen, hoewel niet uitgesloten, naar verwachting zeldzaam zijn.

Afgezien van deze hoofdregel regelt artikel 4 sub a Wet Vpb¹⁰¹⁹ dat de STAK een onderneming kan drijven indien deze een uiterlijk met een onderneming overeenkomende werkzaamheid verricht, waarmee in concurrentie getreden wordt met een onderneming gedreven door (onder meer) natuurlijke personen en kapitaalvennootschappen. Deze bepaling repareert slechts het ontbreken van een winsttoogmerk en niet het ontbreken van andere factoren. Het winsttoogmerk is bovendien dermate geobjectiveerd in de jurisprudentie, dat de rol van artikel 4 sub a Wet Vpb beperkt is geworden en ziet op de situatie dat incidenteel, in plaats van stelselmatig, een exploitatieoverschot wordt behaald.¹⁰²⁰ Aangezien een STAK geen winst beoogt, noch behaalt, bij certificering in de familiesfeer in beginsel niet deelneemt aan het economische verkeer en bovendien doorgaans geen sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal, zal zij naar mijn mening ook niet op grond van deze gelijkstelling vennootschapsbelastingplichtig zijn.

Ten slotte zij in dit verband gewezen op de regeling van artikel 6 Wet Vpb. Hierin is

1018 Van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vpb*.1.0.4.d2.

1019 De gelijkstellingen onder sub b en sub c zijn mijns inziens niet van toepassing. De STAK treedt naar haar aard niet op als pensioenlichaam en zij is als zodanig ook niet zelf medegerechtigde in de zin van sub c.

1020 Van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vpb*.1.0.4.e.I.

geregeld dat (onder meer) stichtingen met een lage jaarlijkse winst¹⁰²¹ subjectief is vrijgesteld van belastingplicht.¹⁰²² Zelfs indien de STAK een daadwerkelijke of een gelijkgestelde onderneming als bedoeld in artikel 4 sub a Wet Vpb zou drijven en op grond daarvan vennootschapsbelastingplichtig zou zijn, dan kan een gering winstniveau alsnog met zich brengen dat geen belastingplicht ontstaat. Tot slot is denkbaar dat de certificering gekwalificeerd kan worden als fonds voor gemene rekening. Indien sprake is van een open fonds, is dat als zodanig vennootschapsbelastingplichtig, zie hiervoor paragraaf 13.6.2 hierna.

Voor wat betreft andere mogelijke rechtsvormen merk ik slechts op dat bepaalde entiteiten, zoals de besloten vennootschap en naamloze vennootschap geacht worden met hun gehele vermogen een onderneming te drijven en dus per definitie volledig onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting.¹⁰²³ Ook in dit geval is echter de vraag in hoeverre dit daadwerkelijk tot belastingheffing leidt: aangezien een administratiekantoor verplicht is alle inkomsten door te betalen (indien niet onmiddellijk dan toch op enig moment) en het hoogstens een vergoeding voor de gemaakte kosten ontvangt, is de winst van het administratiekantoor in principe altijd nihil. Wel zou een correctie naar de tussen onafhankelijk handelende partijen op grond van artikel 8b Wet Vpb dan aan de orde komen, omdat de subjectieve belastingplicht van het administratiekantoor in dit geval een gegeven is. In zoverre lijkt mij dit overigens een vrij theoretische discussie, dat het administratiekantoor bij certificering met het oog op vermogensbescherming in principe een stichting zal zijn.

13.6.2 Certificering als fonds voor gemene rekening

Bij certificering zal doorgaans, althans na opvolging van degene die de certificering in het leven geroepen heeft, sprake zijn van meerdere certificaathouders. Onder omstandigheden kan de certificering mogelijk kwalificeren als fonds voor gemene rekening, met de certificaathouders als participanten van het fonds en de STAK als beheerder/bewaarder. Indien sprake is van een open fonds, is het fonds als zodanig vennootschapsbelastingplichtig,¹⁰²⁴ terwijl de certificaathouders/participanten een aanmerkelijk belang hebben in het fonds indien zij een participatie hebben van 5% of meer¹⁰²⁵. Indien sprake is van een open fonds voor gemene rekening, maar participaties van minder dan 5% (en geen aanmerkelijk belang uit anderen hoofde) dan worden deze participaties als zodanig belast in box 3. Als daarentegen sprake is van een besloten

1021 Niet meer dan € 15.000 per jaar en € 75.000 per vijf jaren, waarbij geen rekening wordt gehouden met verliezen.

1022 Tenzij men zou opteren voor belastingplicht, zie artikel 6 lid 3 Wet Vpb.

1023 Artikel 2 lid 5 Wet Vpb.

1024 Artikel 2 lid 1 sub f Wet Vpb.

1025 Artikel 4.5 jo. 4.6 Wet IB 2001. Aangezien sprake is van een gelijkstelling van de participatiebewijzen/certificaten met aandelen, kan ook sprake zijn van een aanmerkelijk belang op grond van de artikelen 4.7, 4.9, 4.10 of 4.11 Wet IB 2001.

fonds voor gemene rekening, wordt het vermogen van het fonds pro rata toegerekend aan de participanten en als zodanig belast. In vergelijking met een certificaathouder die economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen zal deze laatste situatie niet tot een wezenlijk ander resultaat leiden, maar ten opzichte van een certificaathouder zonder economische eigendom zullen er wel verschillen kunnen zijn.¹⁰²⁶ Daarnaast is de fiscale behandeling van een certificaathouder als participant in een open fonds voor gemene rekening wezenlijk anders dan in de situatie waarin van een fonds geen sprake is. De kwalificatie van de certificering als fonds of niet is derhalve van groot belang.

Een civielrechtelijke definitie van het fonds voor gemene rekening ontbreekt. Een fiscale definitie is neergelegd in artikel 2 lid 3 Wet Vpb, welke bepaling een fonds voor gemene rekening definieert als een fonds ter verkrijging van voordelen voor de deelgerechtigden door het voor gemene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden. Aangezien vanuit civielrechtelijk perspectief geen eisen worden gesteld, kunnen civielrechtelijk verschillende figuren (mogelijk) aan deze criteria voldoen.¹⁰²⁷ In zijn besluit inzake het fonds voor gemene rekening geeft de staatssecretaris nog de volgende omschrijving van een fonds voor gemene rekening.¹⁰²⁸

De activiteiten van een fonds voor gemene rekening zijn gericht op het bijeenbrengen van vermogen door meerdere personen met een (of meerdere) gemeenschappelijke beleggingsdoel(en). Deelname vindt plaats via participatiebewijzen (bewijzen van deelgerechtigdheid). Het fonds voor gemene rekening heeft geen specifieke rechtsvorm, maar is een samenwerkingsverband met doorgaans een (zelfstandige) bewaarder en een (zelfstandige) beheerder.

Het fonds is open indien sprake is van verhandelbare participaties. De participaties worden als niet-verhandelbaar aangemerkt onder twee omstandigheden:

- (a) Voor de vervreemding van participaties is de toestemming van alle participanten vereist;¹⁰²⁹ er zijn in dit geval geen beperkingen ter zake van de personen waaraan vervreemd kan worden (de toestemmingsvariant).
- (b) Toestemming van de overige participanten is niet noodzakelijk, maar de kring van personen waaraan vervreemd kan worden is beperkt (de inkoopvariant):

1026 Ik verwijs naar paragraaf 13.4, waarin voor de verschillende boxen wordt ingegaan op zowel certificaten die economische eigendom verschaffen en certificaten die dat niet doen.

1027 Zie Stevens, WPNR 2017/7139, voor een gedetailleerde beschrijving van de civielrechtelijke duiding van fondsen voor gemene rekening.

1028 Zie het besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1870M, Staatscourant 2007, nr. 15, punt 2. Dit besluit is (niet op dit punt) deels gewijzigd bij het besluit van 15 december 2015, nr. BLKB 2015/1511, Staatscourant 46505.

1029 Deze toestemming hoeft niet actief verleend te worden. Voldoende is dat schriftelijk om de toestemming verzocht wordt. Indien deze niet binnen vier weken geweigerd is, mag ervan worden uitgegaan dat de toestemming is verleend. Zie hiervoor voornoemd besluit van 11 januari 2007, punt 3.

- (i) vervreemding kan uitsluitend plaatsvinden aan het fonds zelf; of
- (ii) vervreemding kan uitsluitend plaatsvinden aan bloed- en aanverwanten in de rechte lijn van de participant.

Bij (b) rijst de vraag of deze uitzonderingen alternatieven zijn, of dat het fonds voor gemene rekening nog steeds als besloten kwalificeert indien beide uitzonderingen samen in de fondsvoorwaarden zijn opgenomen. De staatssecretaris heeft hierover in ieder geval een duidelijke visie: het betreft alternatieven, die niet gecombineerd kunnen worden.¹⁰³⁰

Daarmee zijn de vormen die een besloten fonds voor gemene rekening kan aannemen relatief beperkt. De toestemmingsvariant kan werkbaar zijn bij een kleine groep participanten, maar herbergt het risico dat één dwarsligger relatief veel invloed heeft. De variant waarbij uitsluitend vervreemd kan worden aan bloed- en aanverwanten in de rechte lijn is mijns inziens te restrictief om goed werkbaar te zijn. Vervreemding aan broers of zussen is bij deze variant al niet mogelijk, hetgeen mij gemiddeld genomen toch wenselijk lijkt. De variant waarbij uitsluitend aan het fonds zelf vervreemd kan worden biedt dan meer flexibiliteit. De staatssecretaris heeft althans aangegeven dat het fonds de ingekochte participaties in portefeuille mag houden en weer mag uitgeven aan een ander,¹⁰³¹ hetgeen impliceert dat bij deze variant de facto aan iedere willekeurige derde vervreemd kan worden, mits deze vervreemding maar via het fonds loopt.

De vraag is of certificering kan leiden tot een fonds voor gemene rekening. Dit is in ieder geval niet zo zolang de participaties in handen zijn van één persoon, aangezien een fonds vereist dat er ten minste twee participanten zijn.¹⁰³² Men kan zich evenwel afvragen of dit anders wordt, indien de certificaten vervolgens in handen komen van meerdere personen, bijvoorbeeld de kinderen van de oorspronkelijke certificaathouder. Daarnaast kan vanaf het begin reeds sprake zijn van meerdere certificaathouders.

De staatssecretaris somt in een beantwoording van Kamervragen¹⁰³³ de criteria gesteld aan een fonds voor gemene rekening, zoals voortvloeiend uit artikel 2 lid 3 Wet Vpb als volgt op:

- Er moet sprake zijn van een fonds (in beginsel een afgescheiden¹⁰³⁴ vermogen zonder rechtspersoonlijkheid).

1030 Zie Kamerstukken II, 1979/1980, 15 975, nr.1, vraag 81, waar dit expliciet wordt aangegeven, alsmede het besluit van 29 augustus 1988, nr. DB88/5113, BNB 1988/329.

1031 Zie het besluit van 11 januari 2007, punt 3.

1032 Vergelijk hof Arnhem 6 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT1707, V-N 2011/60.18.

1033 Brief van 18 september 2017, kenmerk 2017-0000182622, zie het antwoord op vraag 7.

1034 "Afgescheiden vermogen" moet men hier naar mijn mening niet zo verstaan, dat sprake moet zijn van een vermogen dat is afgescheiden van het eigen vermogen van de bewaarder en niet vatbaar is voor

- Het doel moet zijn het verkrijgen van voordelen voor de deelgerechtigden.
- Het moet voor gemene rekening zijn. Dit brengt een collectiviteit tot uitdrukking, dat wil zeggen dat er minimaal twee participanten zijn, die gelden of andere activa bijeenbrengen.
- Het bezit van het vermogen is gericht op het verkrijgen van rendementen, via beleggen of het anderszins aanwenden van gelden.¹⁰³⁵

Aan het eerste van deze criteria is naar mijn mening bij certificering voldaan. Of ook aan de andere criteria voldaan is, zal per geval verschillen en afhangen van de omstandigheden en voorwaarden die gelden voor de desbetreffende certificering. De volgende factoren kunnen daarbij van invloed zijn op de kwalificatie van certificering als fonds voor gemene rekening.¹⁰³⁶

- De aard van het gecertificeerde vermogen en de verhouding van de certificaten hiertoe. Indien bijvoorbeeld sprake is van de certificering van aandelen, wordt doorgaans per aandeel één certificaat uitgegeven, dat direct betrekking heeft op dat specifieke aandeel en niet op de andere aandelen.¹⁰³⁷ In dit geval ontbreekt het element “voor gemene rekening” aangezien ieder certificaat betrekking heeft op een specifiek goed. Dit element kan echter wel aanwezig geacht worden indien bijvoorbeeld een beleggingsrekening gecertificeerd is en ieder certificaat een aanspraak geeft op een evenredig deel van de waarde daarvan. In dat geval gaat een mutatie van de waarde van de rekening iedere certificaathouder in gelijke mate aan.¹⁰³⁸ Een mogelijkheid voor de STAK om inkomsten of vermogenswinsten te herinvesteren in plaats van direct uit te keren, draagt daarbij mogelijk bij aan het beeld dat sprake is van een beleggingskarakter.
- Het doel van de certificering: het primaire doel van de certificering, althans in familiecontext, is veelal de bescherming van en/of het bijhouden van het gecertificeerde vermogen.¹⁰³⁹ Dit kan uiteraard gecombineerd zijn met de

verhaal door diens crediteuren, maar meer een vermogen dat feitelijk is gesepareerd.

1035 Het anderszins aanwenden van gelden is bedoeld als uitbreiding van het begrip “beleggen”. Het is niet de bedoeling om ondernemingsactiviteiten binnen het bereik van het fonds voor gemene rekening te brengen (zie het besluit van 11 januari 2007, punt 2).

1036 Deze factoren lopen (deels) parallel met de factoren die van invloed kunnen zijn op de kwalificatie van de certificering als overeenkomst van maatschap, hetgeen mij onder specifieke omstandigheden denkbaar lijkt. Zie hiervoor nader paragraaf 7.5.5.1.

1037 Ook om te voldoen aan de voorwaarden die de staatssecretaris stelt voor de geruisloze certificering aan aanmerkelijkbelangaandelen, zie paragraaf 13.4.1.4.1.

1038 In vergelijkbare zin Stevens, WPNR 2017/7139, paragraaf 10.4.

1039 Vergelijk Hofman en Singh, WFR 2017/7174, paragraaf 3.2, die van mening zijn dat een STAK in essentie niet voldoet aan het wettelijk criterium gesteld aan een fonds voor gemene rekening “het verkrijgen van voordelen voor de deelgerechtigden”, aangezien het doel van de STAK primair het beheren van goederen ten behoeve van de certificaathouders is, zodat een STAK niet zal kwalificeren als fonds voor

intentie om de STAK rendement te laten behalen voor de certificaathouders, zodat tevens sprake kan zijn van een bepaald beleggingskarakter. In hoeverre dit laatste zich voordoet, zal naar mijn mening mede afhangen van de aard van het gecertificeerde vermogen. De aard kan met zich brengen dat geen sprake kan zijn van een beleggingsdoel, omdat dit vermogen zich daar niet voor leent. Zo zou ik althans verwachten dat bij certificering van het familielandgoed het behalen van beleggingsrendement geen rol speelt. Ook impliceert bepaald vermogen naar zijn aard een sterkere beschermingsintentie: bij een kunstcollectie ligt bescherming althans meer voor de hand, dan bij de gecertificeerde beleggingsportefeuille. In het laatste geval zal de insteller wellicht het vermogen willen beschermen tegen een ongebreideld bestedingspatroon van zijn erfgenamen, maar zal het behoud van de specifieke beleggingen geen doel zijn. In hoeverre bescherming het enige of prevalerende doel van de certificering is, wordt uiteraard ook ingevuld door de voorwaarden waaronder de certificering heeft plaatsgevonden.

- Ten slotte kan een argument voor de stelling dat geen sprake is van beleggen, althans niet voor gemene rekening, zijn dat de certificering in het leven is geroepen door één insteller, terwijl de certificaten zich later verspreid hebben over meerdere personen. De insteller kan op het moment van het in het leven roepen van de certificering moeilijk de intentie hebben gehad om het resultaat van het gecertificeerde vermogen te delen. Daar kan evenwel tegenin gebracht worden, dat één persoon weldegelijk beleggingsvermogen kan certificeren met de bedoeling dat anderen op een later moment de certificaten zullen bezitten en het resultaat van het gecertificeerde vermogen zullen delen. Dat maakt deze intentie echter nog niet de intentie van de opvolgende certificaathouders, zij het dat zij die intentie ook zelfstandig zouden kunnen ontwikkelen. Aangezien het voor gemene rekening beleggen toch ten minste een bepaalde mate van samenwerking impliceert, kan de omstandigheid dat sprake is van slechts één initiële certificaathouder, die wordt opgevolgd door meerdere anderen zonder dat zich overigens enige wijziging voordoet, mede een reden zijn waarom de certificering niet kan kwalificeren als fonds voor gemene rekening. Ook kan deze gang van zaken mijns inziens benadrukken dat het behalen van beleggingsrendement niet het (voornaamste) doel van de certificering is.

Uiteindelijk is de beoordeling of sprake kan zijn van een fonds voor gemene rekening

gemene rekening. Ook Stevens merkt op dat bij een STAK in het algemeen het beheer voorop zal staan, terwijl bij een fonds voor gemene rekening de nadruk ligt op het voor gemene rekening beleggen (zie WPNR 2017/7139, paragraaf 3).

Hoewel ik onderschrijf dat een STAK als primair doel het beheer van vermogen heeft, zou ik niet zo ver willen gaan om te stellen dat een certificering nooit kan kwalificeren als fonds voor gemene rekening, zie ook hierna. Artikel 2 lid 3 Wet Vpb stelt ook niet als eis dat het verkrijgen van voordelen voor de deelgerechtigden het enige doel is.

een hele feitelijke. Het lijkt mij echter denkbaar dat onder omstandigheden certificering inderdaad als fonds voor gemene rekening kwalificeert, zeker als het gecertificeerde vermogen bestaat uit portfoliobeleggingen¹⁰⁴⁰ en indien vanaf het begin sprake is van meerdere certificaathouders.

Indien men deze kwalificatie zou willen voorkomen of althans de fiscale gevolgen daarvan beperken, zijn een aantal benaderingen denkbaar:

- (a) Het beschermingskarakter van de certificering benadrukken en in de statuten van de STAK en de administratievoorwaarden tot uitdrukking laten komen.
- (b) De certificering zelfstandig in het leven roepen, zonder dat sprake is van medecertificaathouders.
- (c) Een duidelijke koppeling aanbrengen tussen een certificaat en een specifiek vermogensbestanddeel, zodat het element van gemene rekening ontbreekt. Dit is moeilijker bij een vermogen dat naar zijn aard wel een beleggingskarakter heeft. Eventueel is denkbaar, maar wellicht niet praktisch, om per (opvolgende) certificaathouder een eigen belegd vermogen te creëren met een aparte soort certificaten, zodat alle vermogen wel door één STAK beheerd wordt, maar ieder zijn eigen “potje” heeft ter zake waarvan hij de risico's loopt. Zolang de waarde van ieder belegd vermogen niet negatief kan worden (hetgeen met name een risico is indien met geleend geld wordt gefinancierd), beïnvloeden de resultaten van één belegd vermogen die van het andere niet.
- (d) Indien de omstandigheden van een geval zodanig zijn, dat kwalificatie als fonds voor gemene rekening een reëel risico lijkt, kan men ten slotte aanvaarden dat (mogelijk) sprake is van een fonds voor gemene rekening en maatregelen treffen om te bewerkstelligen dat dan sprake is van een besloten fonds, zodat de fiscale gevolgen van de kwalificatie als fonds afwezig of beperkt blijven. De meest flexibele wijze om dit te realiseren is mijns inziens om te bepalen dat certificaten slechts overgedragen kunnen worden aan de STAK, die deze vervolgens kan uitgeven aan een ander, de beoogde verkrijger van de certificaten. Dit is echter wel enigszins bewerkelijk, omdat de STAK de overdragende certificaathouder pas voor zijn certificaten kan betalen, op het moment dat zij de koopsom van de verkrijgende certificaathouder ontvangen heeft. De variant waarbij uitsluitend kan worden overgedragen aan familieleden in de rechte lijn is echter te rigide, omdat die de overdracht aan broers en zussen niet toestaat. Bij een groep certificaathouders met een goede onderlinge relatie is de toestemmingsvariant

1040 Vergelijk in dit verband ook E. Bos, Gecertificeerd onroerend goed met een winsttoogmerk, WFR 1988/5806, paragraaf 5, die de kwalificatie als fonds voor gemene rekening bij een directe certificering van onroerend goed (buiten de familiesfeer) goed mogelijk acht.

dan wellicht de meest voor de hand liggende benadering, maar het zal per geval verschillen welke variant het meest geschikt is.

13.6.3 Transparence fiscale van de Stichting Administratiekantoor

Onder omstandigheden kan zich de situatie voordoen dat iemand, in beginsel de (enige) bestuurder, over het vermogen van een stichting kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Het vermogen en de inkomsten van de stichting kunnen dan worden toegerekend aan de persoon die deze beschikkingsmacht heeft en bij hem worden belast. Een dergelijke fiscale transparantie¹⁰⁴¹ lijkt mij bij een STAK in beginsel niet aan de orde. Het is zeer wel denkbaar dat sprake is van een STAK met slechts één bestuurder, die niet of nauwelijks beperkt is in zijn mogelijkheden om over het vermogen van de STAK te kunnen beschikken. In economische termen komt het gecertificeerde vermogen echter niet de STAK toe, maar de certificaathouders. Als de bestuurder van de STAK in de positie komt dat hij kan beschikken over het vermogen van de STAK als ware het zijn eigen vermogen, impliceert dit dus een handelen in strijd met de statuten van de STAK, waaronder haar doel, alsmede een schending van de verplichtingen die voortvloeien uit de beheersovereenkomst met de certificaathouders, met andere woorden: onrechtmatige en wederrechtelijke toe-eigening van het gecertificeerde vermogen door deze bestuurder.¹⁰⁴² Hoewel dit niet ondenkbaar is, lijkt deze situatie mij niet veel voorkomend. Ik zal derhalve in de context van certificering niet nader ingaan op fiscale transparantie van stichtingen. Ik bespreek dit onderwerp echter in meer detail in de context van het APV, waar op grond van de wettelijke regeling sprake is van de toerekening van vermogen¹⁰⁴³ en de vraag rijst of er daarnaast nog ruimte is voor fiscale transparantie van het APV op grond van beschikkingsmacht.¹⁰⁴⁴

13.7 Conclusie

In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op de fiscale gevolgen van certificering, met een nadruk op de inkomstenbelastingaspecten. Resumerend is het voor deze gevolgen met name van belang of de certificaathouder economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen of niet. Indien sprake is van economische eigendom, zou naar mijn mening voor de belastingheffing niet zozeer gekeken moeten worden naar het certificaat, maar daarentegen naar het gecertificeerde vermogen zelf. Dit betekent dat de certificering kan plaatsvinden zonder dat sprake is van een belastbare vervreemding van bijvoorbeeld aanmerkelijkbelangaandelen. Daar staat tegenover dat het moment waarop inkomsten genoten worden, winsten gerealiseerd worden of een vervreemding plaatsvindt, gelijk loopt met het moment waarop de STAK geniet, realiseert of vervreemdt. Ook dient

1041 In paragraaf 14.3.10 komt aan de orde in hoeverre "fiscale transparantie" een zuivere term is.

1042 In vergelijkbare zin Hofman en Singh, WFR 2017/7174, paragraaf 3.3.

1043 Zie voor een analyse of sprake is van toerekening van vermogen of fiscale transparantie paragraaf 14.3.9.

1044 Zie paragraaf 14.3.10.

naar mijn mening voor de waardering te worden aangesloten bij het gecertificeerde vermogen, zodat geen waardedrukkend effect van de certificering in aanmerking genomen kan worden. In zoverre kan men dus zeggen dat de fiscale gevolgen van de certificering relatief beperkt zijn, zij het dat een probleem voor de certificaathouder kan zijn dat hij in de heffing van inkomstenbelasting betrokken wordt, terwijl hij zelf geen middelen in handen krijgt om de belasting te betalen, omdat de STAK geen doorstootverplichting heeft en ook niet zelfstandig tot uitkering besluit.

Indien echter geen sprake is van economische eigendom, wordt de positie van de certificaathouder een hele andere dan die van degene, die juridische eigenaar van het gecertificeerde vermogen is. In dit geval moet wel het certificaat in aanmerking genomen worden, in plaats van het gecertificeerde vermogen. Dit betekent dat certificering een belastbare vervreemding kan zijn, maar ook zich een waardedrukkend effect van certificering kan voordoen, of dat het genietings-, realisatie- of vervreemdingsmoment van de certificaathouder niet hetzelfde hoeft te zijn als het desbetreffende moment bezien vanuit de STAK. Dat laatste aspect geeft bovendien aanleiding tot vragen over hoe de belastingheffing ter zake precies verloopt, die naar mijn mening op dit moment nog niet eenduidig te beantwoorden zijn.

Het concept economische eigendom strekt zich naar mijn mening voorts uit tot de Successiewet, met dien verstande dat mijns inziens nog niet duidelijk is of dit ook van invloed is op de waardering van de verkrijging. In het kader van de Successiewet is daarnaast de vraag besproken of certificering een gift kan zijn, welke ontkennend is beantwoord.

Tot slot is kort ingegaan op enkele vennootschapsbelastingaspecten van certificering. Dit betreft allereerst de vraag of de STAK vennootschapsbelastingplichtig kan zijn. Dit is naar mijn mening in principe niet het geval, aangezien de STAK geen onderneming drijft. Voorts is naar de aard van certificering geen sprake van winst. Daarnaast heb ik bekeken of certificering kan kwalificeren als fonds voor gemene rekening. Dit lijkt mij denkbaar, maar minder vaak voorkomend, omdat geen sprake is van handelen voor gemene rekening en/of het beleggingsoogmerk niet (in voldoende mate) aanwezig is.

Samenvattend werkt certificering onder omstandigheden niet fiscaal neutraal uit. Zo kan sprake zijn van een belastbare vervreemding of kan de waardering van de certificaten anders zijn dan de waardering van het onderliggende vermogen of zijn de box 3-vrijstellingen na certificering niet langer beschikbaar, althans inde ogen van de staatssecretaris. Ook zijn de fiscale gevolgen van certificering in meerdere situaties onduidelijk. Deze fiscaal niet-neutrale behandeling of onduidelijkheid over de fiscale behandeling leidt tot knelpunten die een belemmering kunnen vormen voor de toepassing van certificering. Dit hoeft overigens niet steeds het gevolg te zijn van onvolkomenheden in de desbetreffende fiscale wetgeving. De vraag in hoeverre

sprake is van onvolkomenheden wordt besproken in hoofdstuk 15. Ik ga daarbij ook in op oplossingen voor gesignaleerde onvolkomenheden.¹⁰⁴⁵

1045 Zowel knelpunten als onvolkomenheden in de wetgeving zijn beschreven in hoofdstuk 2.



14

De APV-regeling

14 De APV-regeling

14.1 Inleiding

Een APV kan, zoals beschreven in hoofdstuk 8, gebruikt worden om vermogen zodanig te structureren dat het op termijn ten goede kan komen aan de beoogde ontvangers hiervan, zonder dat deze enige zeggenschap (of economisch belang bij) ter zake van dit vermogen verkrijgen. Bij de keuze voor een bepaalde vormgeving van de vermogensbescherming is echter uiteraard ook van belang of deze geen of niet te zeer nadelige fiscale gevolgen met zich brengt. Daarom zal in dit hoofdstuk ook voor entiteiten die kwalificeren als APV, zoals de Anglo-Amerikaanse trust, geanalyseerd worden hoe deze in Nederland fiscaal behandeld worden. Hiertoe zullen eerst kort de achtergrond en aanleiding voor de invoering van de APV-regeling worden geschetst, waarna de regeling zelf wordt beschreven en geanalyseerd. Hierbij ga ik er, tenzij anders vermeld, vanuit dat de inbrenger, diens erfgenamen en de begunstigten van het APV alle in Nederland woonachtig zijn, alsmede dat het vermogen zich hier bevindt. Ik zal dan ook niet ingaan op de eventuele voorkoming van dubbele belasting in situaties met een APV.

14.2 Achtergrond van de APV-regeling

De APV-regeling is ingevoerd per 1 januari 2010. Tot die tijd was er geen wettelijke regeling met betrekking tot de fiscale behandeling van trusts¹⁰⁴⁶, maar slechts van een beperkte hoeveelheid jurisprudentie met betrekking tot de fiscale kwalificatie hiervan.¹⁰⁴⁷ Hetzelfde geldt voor met de trust vergelijkbare rechtsfiguren, maar ik beperk mij in deze inleidende paragraaf eenvoudshalve tot de trust. De fiscale kwalificatie hing uiteraard af van de kenmerken van de trust, alsmede de feitelijke omstandigheden op het moment van instelling, tijdens het bestaan van de trust en in voorkomend geval op het moment van beëindiging van de trust. Ik zal hieronder kort ingaan op de hoofdlijnen van de voor 2010 gehanteerde benaderingen. Ik beperk mij hier tot de algemene systematiek, zonder in te gaan op de kwalificatie van rechten binnen het Nederlandse fiscale recht of op de problematiek die kan spelen bij de waardering hiervan.¹⁰⁴⁸

1046 Het onderstaande is in beginsel ook toepasbaar op met trusts vergelijkbare rechtsfiguren. Voor deze inleiding neem ik echter de trust als uitgangspunt.

1047 Daarnaast was er het besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, V-N 2006, 15.1 (en de voorlopers hiervan), waarin de Staatssecretaris zijn visie op de fiscale behandeling van trusts, SPF's en dergelijke entiteiten geeft. In dit besluit is ook de mogelijkheid tot het sluiten van een zogenoemde transparantieovereenkomst opgenomen, op grond waarvan het trustvermogen wordt toegerekend (aan doorgaans de settlor of de beneficiaries van de trust), met de belastingdienst. Het besluit heeft zijn functie verloren als gevolg van invoering van de APV-regeling en is ingetrokken bij het besluit van 16 december 2009, nr. CPP2009/2357M, V-N 2010/3.6.

1048 Voor een nadere beschouwing zij bijvoorbeeld verwezen naar M.B. Lucas Luijckx, S.C.J. Hemels en F. Sonneveldt, *Estate Planning*, SDU Fiscale & Financiële Uitgevers Amersfoort 2010, paragrafen 10.2 en 10.3.

Daarbij merk ik op dat er vele verschillende trustvormen en -varianten denkbaar zijn, waarbij het te ver voert om deze in de onderhavige context te bespreken. Belangrijke onderverdelingen betreffen echter in elk geval die tussen revocable en irrevocable trusts, alsmede tussen fixed en discretionary trusts. In het geval van een fixed trust hebben de beneficiaries afdwingbare aanspraken met betrekking tot het trustvermogen, met dien verstande dat deze aanspraken niet absoluut zijn in de zin, dat bijvoorbeeld sprake kan zijn van een voorwaarde of een tijdsbepaling. Bij discretionary trusts ontbreken deze afdwingbare aanspraken juist en heeft de trustee discretionaire bevoegdheden met betrekking tot het doen van uitkeringen uit het trustvermogen.¹⁰⁴⁹

14.2.1 Inkomstenbelasting

Vooropgesteld zij dat de trustee, aannemend dat deze gezien zijn overige omstandigheden al belastingplichtig zou kunnen zijn voor de Nederlandse inkomstenbelasting, zelf in zijn hoedanigheid van trustee geen enkel economisch belang heeft bij het trustvermogen. Hij houdt dit slechts ten behoeve van de beneficiaries. Het was derhalve niet mogelijk om de trustee, althans in die hoedanigheid, in de heffing van inkomstenbelasting te betrekken. De vraag is vervolgens in hoeverre belastingheffing bij de settlor of bij de beneficiaries mogelijk was.

Voor 2010 waren er mijns inziens twee aanknopingspunten voor het heffen van inkomstenbelasting in geval van betrokkenheid van een trust: een afdwingbare aanspraak met betrekking tot het trustvermogen of een zodanig feitelijke beschikkingsmacht dat het trustvermogen en/of de inkomsten aan de persoon in kwestie toegerekend konden worden.

Voor wat betreft het eerste aanknopingspunt wordt ook wel gesproken van het al dan niet hebben van (meer dan) een blote verwachting. In dat verband kan men zich de vraag stellen of er een categorie, de “meer dan een blote verwachting”, is tussen het slechts hebben van een blote verwachting en het hebben van een afdwingbaar recht. Deze tussencategorie zou er dan op neer komen dat men nog geen daadwerkelijke recht heeft, maar wel iets dat als vermogensrecht kan kwalificeren en als zodanig tot de rendementsgrondslag behoren. Boer onderzoekt deze vraag en concludeert, mijns inziens terecht, dat van een dergelijke tussencategorie geen sprake is. Men heeft een recht en kan ter zake daarvan in de heffing betrokken worden,¹⁰⁵⁰ of men heeft dat niet.

Een rechtens afdwingbare aanspraak kan zich daarbij mijns inziens slechts voordoen

1049 Zie voor een beschrijving van verschillende trustvormen en voorwaarden die aan (potentiële) aanspraken verbonden kunnen zijn bijvoorbeeld Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.5.3.

1050 Vervolgens moet beoordeeld worden hoe de aanspraak gekwalificeerd moet worden voor de inkomstenbelasting. Aangezien dit aspect met invoering van de APV-regeling in essentie niet gewijzigd is, zij hiervoor verwezen naar paragraaf 14.3.7.3.

voor zover een trust fixed is. Bij een discretionary trust zijn er naar de aard van de trust juist geen afdwingbare aanspraken. Uiteraard kan er een moment komen dat de trustee gebruik maakt van zijn discretionaire bevoegdheid en een afdwingbaar recht toekent aan een beneficiary. In zoverre zijn de discretionaire bevoegdheden van de trustee dan echter uitgewerkt en houdt de trust op om discretionair te zijn.

In geval van een discretionary trust kan zich echter wel de situatie voordoen dat iemand, veelal de settlor, een verregaande feitelijke beschikkingsmacht heeft met betrekking tot het trustvermogen. Met betrekking tot stichtingen is in de jurisprudentie het vermogen en/of de inkomsten van de stichting toegerekend aan iemand die over dit vermogen kon beschikken als ware het zijn eigen vermogen.¹⁰⁵¹ Op basis van dit criterium kon ook voor trusts betoogd worden dat het vermogen diende te worden toegerekend aan degene die kon beschikken over dit vermogen als ware het zijn eigen vermogen. In de recente jurisprudentie zijn genoeg voorbeelden te vinden van uitspraken waarin op deze basis trustvermogen al dan niet wordt toegerekend, aan de settlor, maar soms ook aan een beneficiary.¹⁰⁵² Bij toetsing van de beschikkingsmacht kan men zich ook de vraag stellen welke rol de eventuele revocability van de trust speelt; de mogelijkheid voor de settlor om de trust te herroepen, betekent immers dat hij zich in de positie bevindt dat hij het trustvermogen desgewenst kan terugkrijgen, althans uitgaande van een zuiver potestatieve herroepingsmogelijkheid. Op dit aspect wordt in de context van de APV-regeling nader ingegaan, in paragraaf 14.3.8. Een dergelijke bevoegdheid kan wellicht een indicatie zijn dat inderdaad sprake is van een bepaalde feitelijke beschikkingsmacht van degene die de bevoegdheid heeft.

Tot slot merk ik op dat dit beschikkingsmachtcriterium zich naar zijn aard niet goed leent voor toepassing op fixed trusts. Het bestaan van de aanspraak verdraagt zich slecht met beschikkingsmacht van een ander die het trustvermogen te eigen bate aanwendt. In beginsel zou men althans verwachten dat de rechthebbende van het afdwingbare recht optreedt tegen een wederrechtelijke uitholling van zijn aanspraken.

14.2.2 Schenkings- en successierecht

Net als bij de inkomstenbelasting kon voor 2010 voor de heffing van schenkings- en

¹⁰⁵¹ Zie hiervoor nader paragraaf 14.3.10.

¹⁰⁵² Zie bijvoorbeeld rechtbank Haarlem 19 januari 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH2091, FED 2009/37 (Boer constateert dat dit de eerste maal is dat het begrip “meer dan een blote verwachting” in de jurisprudentie gehanteerd wordt (zie Boer 2010, paragraaf 5.5.2.1)); rechtbank Den Haag 16 december 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL3688, NTFR 2010-658, hoger beroep hof Den Haag 3 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO6298, V-N 2011/14.11; rechtbank Haarlem 17 december 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK8106, NTFR 2010-659; hof Amsterdam 31 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0226, V-N 2012/42.1.3, cassatie HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4218, BNB 2013/119; hof Amsterdam 24 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3994, V-N 2014/17.9; hof Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2188 en rechtbank Den Haag 6 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:239. Overigens wordt niet in iedere uitspraak het onderscheid tussen het hebben van een afdwingbaar recht en het hebben van feitelijke beschikkingsmacht heel zuiver gemaakt.

successierecht een onderscheid gemaakt worden tussen fixed en discretionary trusts. Ten aanzien van een fixed trust kon betoogd worden dat de inbreng van vermogen in de trust een schenking was aan de beneficiaries die een afdwingbaar recht jegens de trust verkregen. Voor een schenking zijn drie elementen nodig: (i) verarming van de schenker, (ii) verrijking van de begiftigde en (iii) een bevoordelingsbedoeling bij de schenker. In geval van een fixed trust doet zich een verarming van de settlor voor (in ieder geval bij een irrevocable trust) en wordt de beneficiary verrijkt doordat hij een afdwingbaar recht verkrijgt. In beginsel zal de settlor de verrijking van de beneficiary bovendien beoogd hebben, nog los van de omstandigheid dat de bevoordelingsbedoeling in de jurisprudentie in hoge mate geobjectiveerd is.¹⁰⁵³ In sommige situaties lag een parallel met de erfrechtelijke verkrijging overigens meer voor de hand, indien de toekenning van de rechtens afdwingbare aanspraak van de beneficiary zijn oorzaak vond in het overlijden van de settlor. Hierbij kan gedacht worden aan een settlor die per testament een irrevocable fixed trust instelt, waarbij de langstlevende echtgenoot het life interest van het trustvermogen krijgt en de kinderen remaindermen zijn.

Bij een fixed trust zou ik in principe geen onderscheid willen maken tussen revocable en irrevocable trusts: ook bij een revocable trust wordt de beneficiary bevoordeeld, met dien verstande dat hieraan een (al dan niet zuiver potestatieve) voorwaarde van herroeping verbonden is. Ook een voorwaardelijke of herroepelijke schenking wordt als geldig beschouwd tot het moment van vervulling van de voorwaarde c.q. de ontbinding en de begiftigde is direct belasting verschuldigd, met dien verstande dat (gedeeltelijke) restitutie kan plaatsvinden op grond van artikel 53 SW indien de schenking op een later moment ontbonden wordt. Het lijkt mij redelijk om voor rechten jegens een fixed trust een vergelijkbare benadering te hanteren.¹⁰⁵⁴ Bovendien zullen deze rechten in voorkomend geval in de heffing van inkomstenbelasting betrokken worden bij de beneficiaries en het zou daarmee niet consistent zijn om deze rechten dan voor de toepassing van de Successiewet niet in aanmerking te nemen. Uitkeringen door de trustee aan de beneficiaries die een rechtens afdwingbare aanspraak hebben waren niet belast met schenkingsrecht. Deze waren dan immers gebaseerd op een verplichting jegens de beneficiaries, waarbij bij het ontstaan van de aanspraak reeds schenkings- of successierecht geheven is, althans als de settlor (al dan niet fictief) in Nederland woonde.

Bij een (irrevocable) discretionary trust werd de inbreng van vermogen door de settlor op grond van de zogenoemde trustarresten¹⁰⁵⁵ gezien als een schenking door de settlor aan de trust als doelvermogen. Kort gezegd overweegt de Hoge Raad in deze arresten

1053 Zie nader paragraaf 8.6.1.

1054 Vergelijk evenwel Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 6.5, die bij een life interest in geval van een revocable trust ook mogelijkheden ziet tot een parallel met een herroepelijke aanwijzing als begunstigde bij een sommenverzekering.

1055 HR 18 november 1998, BNB 1999/35 tot en met 37. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze arresten Sonneveldt, dissertatie 2000, paragraaf 7.12.

dat geen van de bij de trust betrokken personen in de positie is dat hij enig recht met vermogenswaarde aan de trust kan ontlelen. Desalniettemin is sprake van een verarming van de settlor, die zijn oorzaak vindt in vrijgevigheid. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het niet binnen het stelsel van de Successiewet past dat iemand zich zonder belastingheffing van zijn vermogen ontdoet en komt hij met de trust als doelvermogen als verkrijger.

De inbreng van vermogen door een (al dan niet fictief) in Nederland woonachtige settlor leidde derhalve tot de verschuldigdheid van schenkingsrecht. Een uitkering door de trustee aan een beneficiary leidde daarentegen in principe niet tot de verschuldigdheid van belasting. Dit zou dan een schenking van de trust aan de beneficiary zijn, maar dit leidde doorgaans niet tot een in Nederland belastbare schenking, aangezien de trustee, en daarmee de trust, in principe altijd buiten Nederland gevestigd was.

Zeker bij een revocable discretionary trust, maar onder omstandigheden ook bij een irrevocable trust, kan men zich weer de vraag stellen of het vermogen aan de settlor toegerekend dient te worden. Hiervoor kan naar mijn mening teruggevallen worden op het in paragraaf 14.2.1 hiervoor genoemde beschikkingsmachtcriterium: indien het trustvermogen voor inkomstenbelastingdoeleinden geacht wordt het vermogen van de settlor niet verlaten te hebben, omdat hij hierover kan blijven beschikken als ware het zijn eigen vermogen, dan is dat logischerwijs evenzeer het geval voor de toepassing van de Successiewet. De consequentie hiervan zou zijn dat de inbreng van het vermogen in de trust genegeerd moet worden en dat een uitkering door de trust gezien moet worden als een schenking door de settlor.¹⁰⁵⁶

14.2.3 Invoering van de APV-regeling

Vanwege de hierboven genoemde omstandigheid, dat het vermogen van een (irrevocable) discretionary trust of vergelijkbare rechtsfiguur veelal voor inkomstenbelasting bij niemand in de heffing betrokken kon worden als gevolg van het ontbreken van aanspraken hierop, werd dit vermogen door de wetgever beschouwd als “zwevend” vermogen. Daar kwam bij dat, als gevolg van het oordeel van de Hoge Raad in de trustarresten, vermogen zonder heffing van schenkbelasting in een irrevocable discretionary trust kon worden ingebracht als de settlor niet (fictief) in Nederland woonachtig was, of met beperkte heffing van schenkbelasting als een vermogensbestanddeel met een relatief lage waarde maar een groot groeipotentieel werd ingebracht. Op deze wijzen kon vermogen buiten het bereik van de Nederlandse belastingheffing worden gebracht.¹⁰⁵⁷

1056 Hetgeen de benadering is die onder de APV-regeling wordt gevolgd, overigens ongeacht de mate van invloed die de settlor behoudt.

1057 Vergelijk ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 9 – 11.

Na de trustarresten van 1998 heeft de wetgever relatief lang stilgezeten, maar uiteindelijk bij de wijziging van de Successiewet de APV-regeling geïntroduceerd als regime voor de belastingheffing in het geval van trusts en vergelijkbare doelvermogens of entiteiten. De basisgedachte is hierbij om het vermogen, dat is ingebracht in een APV, alsmede het inkomen hieruit fiscaal te behandelen alsof de inbreng niet heeft plaatsgevonden. Dit geschiedt door toerekening¹⁰⁵⁸ van het vermogen voor inkomstenbelastingdoeleinden in combinatie met bepalingen in de Successiewet die een schenking of verkrijging krachtens erfrecht fingeren. Hieronder zal ik de APV-regeling analyseren, waarbij ik focus op de regelingen voor de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting.

14.3 Inkomstenbelasting

In deze paragraaf bespreek ik de inkomstenbelastingaspecten van de APV-regeling, waarbij de inkomstenbelasting als startpunt wordt gehanteerd omdat de definitie van een APV is opgenomen in artikel 2.14a Wet IB 2001. Ik zal hierna ingaan op de definitie van een APV, de toerekening en de gevolgen daarvan, alsmede de gevolgen van het overlijden van de inbrenger. Voorts zal ik de niet-discretionaire entiteit, zoals een fixed trust, bespreken, alsmede enkele specifieke onderwerpen, zoals de vraag of sprake is van toerekening van vermogen of fiscale transparantie van het APV en de vraag of de omstandigheid dat de instelling van het APV of de inbreng van vermogen hierin herroepelijk zijn tot andere fiscale gevolgen leidt.

14.3.1 Definitie van het APV

De basis van de APV-regeling is neergelegd in artikel 2.14a Wet IB 2001. Hierin wordt ook het begrip APV gedefinieerd. Volgens artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001 is een APV (behoudens enige hierna te bespreken uitzonderingen) een afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd. Dit is geen sterke definitie, aangezien de wettekst in wezen niets meer zegt dan “onder X wordt verstaan X”. De afbakening van het begrip APV wordt daardoor met name bepaald door de uitzonderingen van artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001 en de definitie van het begrip afzonderen, die is neergelegd in artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001. Hierbij merk ik op dat toepassing van de APV-regeling rechtsvormneutraal is: het APV hoeft geen rechtspersoonlijkheid te hebben. Voorbeelden van APV's zijn de trust, SPF, Stiftung en Anstalt, maar ook de (al dan niet Nederlandse) stichting.¹⁰⁵⁹

1058 De wettekst spreekt van het toerekenen van vermogen, maar in de parlementaire geschiedenis worden toerekening van vermogen en fiscale transparantie van het APV door elkaar heen gehanteerd. In paragraaf 14.3.9 ga ik in op de vraag of sprake is van toerekening of van fiscale transparantie. Overigens blijf ik eenvoudshalve in de tekst de term “toerekening” hanteren.

1059 Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 9.

De APV-definitie kent de volgende uitzonderingen, in welke gevallen van afgezonderd vermogen gericht op een particulier belang geen sprake is van een APV:

- (a) Als het afgezonderde vermogen kwalificeert als sociaal belang behartigende instelling.
- (b) Indien tegenover de afzondering van vermogen de uitreiking van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten heeft plaatsgevonden.¹⁰⁶⁰ Door middel van deze uitzondering wordt voorkomen dat bijvoorbeeld een kapitaalvennootschap, die eigenlijk altijd een particulier belang nastreeft, kan kwalificeren als APV.¹⁰⁶¹ Een kwalificatie van een entiteit die dergelijke rechten toekent tegenover de inbreng als APV is ook volstrekt overbodig: in de gevallen waarin aandelen of dergelijke rechten worden uitgereikt blijft immers een band tussen de inbrenger van het vermogen en de entiteit bestaan, waar de heffing van inkomstenbelasting bij de inbrenger op kan worden gebaseerd.

Overigens valt de certificering van vermogen vanwege deze uitzondering niet onder de APV-regeling. De certificaten die tegenover de inbreng van vermogen door de STAK worden uitgereikt zijn in essentie vorderingsrechten die het economische belang bij dit vermogen blijven vertegenwoordigen. De certificaathouder kan en zal op grond van de rechten die het certificaat hem verschaft in de heffing van inkomstenbelasting worden betrokken.

- (c) Als tegenover de afzondering van het vermogen een economische deelgerechtigdheid is ontstaan. Als gevolg hiervan valt bijvoorbeeld een personenvennootschap buiten de APV-regeling.¹⁰⁶² Over de inhoud van het begrip economische deelgerechtigdheid kan men discussiëren. In de literatuur is betoogd dat een fixed trust niet kan kwalificeren als APV, omdat tegenover de afzondering van vermogen een economische deelgerechtigdheid ontstaat.¹⁰⁶³ De Hoge Raad heeft echter in HR 10 april 2015, BNB 2015/152, geoordeeld dat het begrip economische deelgerechtigdheid in het kader van de APV-

¹⁰⁶⁰ In de parlementaire geschiedenis is overigens opgemerkt dat de oprichtersbewijzen of oprichtersrechten, die optioneel toegekend kunnen worden door een SPF, in de ogen van de wetgever geen met aandelen en dergelijke te vergelijken rechten zijn (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 54).

¹⁰⁶¹ Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 54. Overigens ben ik van mening dat, hoewel (bijvoorbeeld) een besloten vennootschap als zodanig geen APV kan zijn, een APV binnen het vermogen van de besloten vennootschap wel mogelijk is (zie A.E. de Leeuw, De BV als APV, WPNR 2015/7067).

¹⁰⁶² Vergelijk bijvoorbeeld ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 54.

¹⁰⁶³ J.P. Boer en R.M. Freudenthal, 'De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust: afgezonderd of niet?', WPNR 2009/6802; T.N. Peters van Neijenhof, De voorgestelde regeling voor trusts en aanverwante rechtsfiguren, Forfaitair 2009/198, en E.R. Roelofs, Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de fixed trust niet', WFR 2010/6887.

regeling beperkt moet worden uitgelegd en dat hiervan slechts sprake is bij samenwerkingsverbanden zoals personenvennootschappen. Desalniettemin is de Hoge Raad van mening dat bij een niet-discretionaire entiteit geen toerekening op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 plaatsvindt, waarbij echter in het midden gelaten wordt of de entiteit als APV kwalificeert of niet. Ik zal in paragraaf 14.3.7 nader op niet-discretionaire entiteiten ingaan.

Afgezien van de voornoemde uitzonderingen wordt het begrip APV ook beperkt door het vereiste dat meer dan bijkomstig een particulier¹⁰⁶⁴ belang wordt beoogd. Het is echter weinig concreet wat wordt bedoeld met “meer dan bijkomstig”. Blijkens de parlementaire geschiedenis kan dit zien op zowel de intentie van degene die vermogen in het APV heeft ingebracht, de activiteiten van het APV, als de aard en omvang van het vermogen van het APV. Hierbij wordt een voorbeeld gegeven van een stichting die € 5.000.000 aanhoudt voor een niet nader omschreven doel en in een bepaald jaar € 100.000 uitkeert aan een familielid van de inbrenger. Deze stichting is in de ogen van de wetgever een APV, omdat de feitelijke werkzaamheden gericht zijn op een particulier belang. Daarbij is tevens opgemerkt dat, als een entiteit met niet-particuliere activiteiten incidenteel uitkeringen doet aan familieleden van de inbrenger, dit niet per definitie met zich hoeft te brengen dat sprake is van een APV.¹⁰⁶⁵ Het ligt echter in de lijn der verwachting dat dergelijke uitkeringen snel het vermoeden doen rijzen dat sprake is van een APV. Zie voor een interpretatie van het vereiste particuliere belang een recente uitspraak van rechtbank Noord-Nederland.¹⁰⁶⁶

In de parlementaire geschiedenis wordt aan “meer dan bijkomstig” een percentage van 10% tot 15% gekoppeld, afhankelijk van de feiten en omstandigheden van een geval. Hierbij wordt een relatie gelegd met ANBI's, die voor 90% of meer het algemeen nut beogen. De wetgever beschouwt de begrippen ANBI en APV als communicerende vaten, waarbij een uitloop naar 15% particulier belang incidenteel mogelijk is.¹⁰⁶⁷ Dit laatste lijkt dus met name gericht op ANBI's die in een specifiek jaar toevallig relatief veel bezig zijn met een particulier belang en dan kennelijk niet onmiddellijk als APV zouden kwalificeren (los van wat dit betekent voor de ANBI-status).¹⁰⁶⁸ In elk geval is het

1064 Dit is in de ogen van de wetgever een ruim begrip. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat de invulling van het begrip particulier ruimer is dan “ten faveure van de belastingplichtige, zijn partner en zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn en tot en met de vierde graad van de zijlijn”, de familiekring die in artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001 gehanteerd wordt (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, nr. 31 930, nr. 9, pagina 50). Voorts is opgemerkt dat het begrip particulier ruim geïnterpreteerd moet worden en dat bewust gekozen is voor een open norm (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 57).

1065 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 54 – 55.

1066 Rechtbank Noord-Nederland 21 februari 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:603, V-N 2019/27.4, rechtsoverwegingen 6.1 – 6.3.

1067 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 57.

1068 De staatssecretaris merkt ook in zijn brief van 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752, pagina 4, op dat meer dan bijkomstig doorgaans meer dan 10% inhoudt. Een uitloop naar 15% is dus kennelijk een uitzondering.

percentage dermate laag dat een entiteit zeer snel geacht kan worden meer dan bijkomstig een particulier belang na te streven. Als gevolg hiervan, in combinatie met het ontbreken van bijvoorbeeld uitzonderingen voor specifieke activiteiten, kunnen situaties binnen het bereik van de APV-regeling vallen die ver verwijderd zijn van de standaard situatie waar de regeling zich op richt, te weten een natuurlijke persoon die vermogen inbrengt in een trust of vergelijkbare entiteit, met primair het oog op belastingbesparing. Zo kan onder omstandigheden bijvoorbeeld een pensioenstichting, die de particuliere belangen van de aangesloten werknemers nastreeft, als APV kwalificeren.¹⁰⁶⁹

Van belang is op te merken dat denkbaar is dat een entiteit niet als ANBI of SBBI kwalificeert, maar toch ook niet als APV, bijvoorbeeld omdat wel nagenoeg geheel een algemeen belang wordt nagestreefd, maar de entiteit om andere redenen niet de ANBI-status heeft. Ook is denkbaar dat weliswaar geen algemeen belang wordt nagestreefd, maar evenmin sprake is van een particulier belang.¹⁰⁷⁰ De mogelijkheid van het bestaan van een dergelijk “overig doelvermogen” wordt ook erkend in een Kamerbrief van de staatssecretaris uit 2013.¹⁰⁷¹

14.3.2 Afzonderen van vermogen

14.3.2.1 Algemene regeling

Om tot de kwalificatie APV te komen is niet alleen noodzakelijk dat sprake is van een entiteit die meer dan bijkomstig een particulier nastreeft, er moet tevens sprake zijn van het afzonderen van vermogen in de zin van artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001. Het afzonderen van vermogen is bewust ruim geredigeerd en is door de wetgever bedoeld als dynamisch begrip.¹⁰⁷² Er zijn twee handelwijzen die als het afzonderen van vermogen worden beschouwd:

- (a) het om niet of onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke

¹⁰⁶⁹ Mits het aantal aangesloten werknemers beperkt is. Vanwege de verplichting om te zijner tijd pensioenuitkeringen te doen is geen sprake van inbreng om niet of onder zakelijke voorwaarden, zodat storting van de pensioenpremie alleen als inbreng kwalificeert als de pensioenstichting voor 10% of meer het belang van de stortende werknemer of zijn familie nastreeft (zie paragraaf 14.3.2). De meeste pensioenstichtingen zullen om deze reden niet als APV kwalificeren, maar bepaalde gevallen kunnen wel onder de regeling vallen. In vergelijkbare zin A.G. Jimmink en J.C. van Wijmen, De gevolgen van de wijziging van de Successiewet voor pensioen-bv's, Pensioen Actief 2009/06, alsmede W.J. van der Avoird, Doelvermogens in het fiscale recht, Licent Fiscale en Juridische Uitgevers Rijswijk 2012, pagina 159.

Met de wijziging van de toerekeningsstop in 2016 (zie paragraaf 14.3.4.1) wordt het vermogen van een als APV kwalificerende pensioenstichting echter niet meer toegerekend voor inkomstenbelastingdoeleinden. Wel kunnen er schenk- en erfbelastinggevolgen zijn, omdat de toerekeningsstop in de Successiewet geen effect heeft (zie artikelen 16 lid 1 en 17 lid 1 SW).

¹⁰⁷⁰ Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 20.

¹⁰⁷¹ Zie Kamerbrief Staatssecretaris van Financiën d.d. 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752, pagina 4.

¹⁰⁷² Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 55.

voorwaarden rechtens dan wel in feite, direct of indirect afzonderen van vermogensbestanddelen in een APV; of

- (b) het rechtens dan wel in feite, direct of indirect vervreemden van vermogensbestanddelen aan een APV waarmee meer dan bijkomstig het particuliere belang wordt beoogd van de vervreemder, zijn partner of van een of meer van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tot en met de vierde graad van de zijlijn. De beperking, dat de vervreemding van vermogen aan een APV onder zakelijke voorwaarden alleen wordt aangemerkt als het afzonderen van vermogen indien het APV het belang van de vervreemder of een bepaalde familiegroep dient, is bedoeld om normale zakelijke transacties buiten de werking van de APV-regeling te houden.¹⁰⁷³

In artikel 4a lid 4 Uitvoeringsregeling IB 2001 is vervolgens nader uitgewerkt wat mede verstaan moet worden onder het onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden afzonderen van vermogen. Dit betreft (niet-limitatief) de volgende algemene situaties:

- (i) het vervreemden van vermogensbestanddelen aan een APV tegen een prijs die afwijkt van de waarde in het economische verkeer hiervan;
- (ii) het bij vervreemding van vermogensbestanddelen aan een APV bedingen van voorwaarden die niet overeenkomen met voorwaarden die in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk zijn; of
- (iii) het inbrengen van vermogensbestanddelen in een APV, waarbij de inbreng en de daarmee samenhangende rechtshandelingen gericht zijn op, of direct of indirect verband houden met, het ontgaan of uitstellen van de toerekening van vermogen op grond van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001.

In de toelichting bij deze bepaling is opgemerkt dat ervaringen uit de praktijk met bijvoorbeeld de terbeschikkingstellingsregeling, waarin ook de terminologie “maatschappelijk ongebruikelijk” wordt gebruikt, richting kan geven aan de inhoud van het begrip afzonderen van vermogen.¹⁰⁷⁴

De parlementaire toelichting geeft voorts aan dat ook indien het APV op instigatie van de inbrenger een vermogensbestanddeel koopt, dit vermogensbestanddeel wordt toegerekend. Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat ook door het APV zelf verworven vermogensbestanddelen onder de toerekening vallen.¹⁰⁷⁵ Deze passage is een reactie op

1073 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 55 – 56.

1074 Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009.

1075 Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 30.

de stelling van Auerbach¹⁰⁷⁶ dat met een lening gefinancierde vermogensbestanddelen buiten de toerekening zouden blijven. De tekst van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 spreekt van toerekening van de bezittingen en schulden, etc., aan “degene die dat vermogen [...] heeft afgezonderd” en biedt daarmee een basis voor het argument dat vermogen dat niet van de inbrenger zelf verkregen is buiten de toerekening blijft. Een redelijke wetsinterpretatie brengt mijns inziens echter inderdaad met zich dat ook met geleend geld door het APV verworven vermogen onder de toerekening valt. Indien dit niet toegerekend zou worden, wordt het wel erg eenvoudig om de werking van de APV-regeling grotendeels te omzeilen, door het APV beperkt van een inbreng te voorzien en overigens van een lening, desnoods van de inbrenger zelf.¹⁰⁷⁷

Wel vereist het kunnen toerekenen van het vermogen van een entiteit uiteraard dat sprake is van enige vorm van inbreng/afzondering van vermogen, aangezien de entiteit anders niet als APV kwalificeert. De enkele omstandigheid dat de entiteit op instigatie van een ander overgaat tot de aanschaf van een vermogensbestanddeel is daartoe naar mijn mening niet voldoende. In paragraaf 14.3.2.3 ga ik nader in op de fiscale gevolgen van de situatie waarin niet of slechts gedeeltelijk vermogen wordt ingebracht in een entiteit, maar deze entiteit de benodigde middelen (deels) leent en daarmee het beoogde vermogen aankoopt.

Volledigheidshalve merk ik op dat ik er in dit hoofdstuk verder van uitga dat indien vermogen wordt ingebracht, hiervoor geen tegenprestatie bedongen wordt van het APV, anders dan het op discretionaire basis doen van uitkeringen aan de begunstigden, tenzij anders aangegeven. Eenvoudshalve zal ik dit in voorkomend geval ook aanduiden als een inbreng om niet, hoewel afhankelijk van de rechtsvorm en aard van het APV weldegelijk sprake kan zijn van een tegenprestatie, in de vorm van een verplichting voor het APV tot het doen van uitkeringen.¹⁰⁷⁸

14.3.2.2 Is afzondering een vervreemding?

Civilrechtelijk houdt de afzondering van vermogen een vervreemding in, al dan niet om baat. Indien het vermogen betreft waarbij een vervreemdingswinst belast is, zoals aanmerkelijkbelangaandelen, rijst de vraag of deze vervreemding voor inkomstenbelastingdoeleinden in aanmerking genomen kan worden. Weliswaar worden, om bij het aanmerkelijk belang te blijven, de aandelen na de afzondering toegerekend aan de inbrenger en wordt hij in principe geacht voor

1076 Zie X.G.R Auerbach, Afgezonderd Particulier Vermogen, naar een duaal stelsel, WPNR 2009/6802, paragraaf 4.1.

1077 Vergelijk ook het voorbeeld gegeven in X.G.R. Auerbach, Afgezonderd Particulier Vermogen: constructiefouten, WFR 2010/6874, paragraaf 3.3.

1078 Vergelijk de Nederlandse stichting die als APV fungeert, beschreven in paragraaf 8.2.2.

inkomstenbelastingdoeleinden rechthebbende tot deze aandelen te zijn,¹⁰⁷⁹ maar in hoeverre doet dit af aan de vervreemding die daarvoor heeft plaatsgevonden en de eventuele fiscale gevolgen daarvan?

Er kan derhalve gezegd worden dat in civielrechtelijke zin sprake is van een vervreemding, welke, om bij de aandelen te blijven,¹⁰⁸⁰ onder artikel 4.12 sub b Wet IB 2001 valt. De consequentie van deze redenering is dat de inbreng in beginsel tot afrekening van de eventuele aanmerkelijkbelangclaim leidt. Hiertegen zijn echter een aantal argumenten aan te voeren:

- (a) Het APV is fiscaal transparant. In dat geval is de inbreng civielrechtelijk weliswaar een vervreemding, maar wordt deze vervreemding voor inkomstenbelastingdoeleinden genegeerd. Overigens ben ik van mening dat geen sprake is van transparantie,¹⁰⁸¹ maar daarentegen van toerekening, maar indien men transparantie tot uitgangspunt neemt, kan ook geen sprake zijn van een belastbare vervreemding op het moment van inbreng.
- (b) Uitgaande van toerekening kan de omstandigheid dat de inbrenger voor én na de inbreng belastingplichtig blijft ter zake van dezelfde aandelen een argument bieden dat geen sprake zou moeten zijn van een belastbare vervreemding. Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad¹⁰⁸² wordt een aanmerkelijkbelanghouder kort gezegd geacht zijn aanmerkelijk belang (gedeeltelijk) te vervreemden indien sprake is van een aan hem toerekenbare rechtshandeling, die tot het aanmerkelijk belang behorende vermogensbestanddelen of een deel van de daarin besloten liggende rechten in het vermogen van een ander doet overgaan, tenzij daarvoor rechten in de plaats komen die dezelfde fiscale en economische positie innemen in het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder.¹⁰⁸³ Indien men de positie voor en na de inbreng van vermogen vergelijkt, kan vastgesteld worden dat de fiscale situatie vergelijkbaar is (althans zou moeten zijn, gezien het doel van de APV-regeling).

Economisch is er wel een verschil, aangezien de inbrenger niet langer gerechtigd is tot de ingebrachte aandelen. Vraag is of de vergelijkbaarheid in de fiscale positie voldoende is om aan te nemen dat geen sprake is van een inbreng. De Hoge Raad heeft tevens tot uitgangspunt genomen dat een verschil in fiscale positie tot

1079 Op grond van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001, zie hierover verder paragraaf 14.3.3. Vermogen wordt niet toegerekend als het APV, kort gezegd, een onderneming drijft waarvan de winst onderworpen is aan belastingheffing (artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001, zie nader paragraaf 14.3.4).

1080 Een vergelijkbare redenering geldt uiteraard voor box 1-vermogen waarbij een eventuele vermogenswinst belast wordt, zoals ter beschikking gesteld vermogen.

1081 Zie paragraaf 14.3.9.

1082 O.a. HR 10 februari 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY0698, BNB 1960/123.

1083 Zie nader paragraaf 13.4.1.2.2.

gevolg heeft dat de economische positie niet gelijk is en dat dus sprake is van een vervreemding, hetgeen overigens niet direct betekent dat omgekeerd een gelijkblijvende fiscale positie ook het ontbreken van een vervreemding impliceert.¹⁰⁸⁴ Een redelijke wetstoepassing brengt evenwel naar mijn mening met zich dat, indien de fiscale positie na de inbreng gelijk is aan die voor de inbreng, ook al is dat als gevolg van een fictie, er geen reden is om een vervreemding in aanmerking te nemen.¹⁰⁸⁵ Er treedt ook geen claimverlies op, aangezien een later optredende wijziging alsnog tot de (belaste) vervreemding leidt.

- (c) Ten slotte is heel duidelijk niet beoogd dat de inbreng tot heffing van inkomstenbelasting leidt; de wetgever gaat er althans zelf vanuit dat de inbreng in een APV onbelast plaatsvindt:

Uitgaande van de grondvorm dat iemand de enige inbrenger is in een door hem ingesteld afgezonderd particulier vermogen, vormt deze afzondering van vermogensbestanddelen in de voorgestelde wetssystematiek geen belaste handeling. Voor inkomstenbelasting noch schenkbelasting is er sprake van een heffingsmoment. De inbrenger wordt geacht gedurende zijn leven de afgezonderde vermogensbestanddelen onverkort te bezitten, ongeacht de discretionaire bevoegdheden van de beheerder of het afgezonderde vermogen zelf. [Onderstreping AEdL]¹⁰⁸⁶

Onbelaste inbreng is mijns inziens ook noodzakelijk bij het uitgangspunt dat de inbreng in het APV fiscaal genegeerd wordt en de inbrenger fiscaal behandeld wordt alsof de inbreng niet heeft plaatsgevonden. De inbreng leidt derhalve mijns inziens niet tot heffingen, voor zover men er aan mocht twijfelen dat dit gebaseerd kan worden op het systeem van de Wet IB 2001, dan in elk geval op grond van de expliciete bedoeling van de wetgever met de APV-regeling, zoals ook volgt uit de parlementaire geschiedenis.

1084 Vergelijk tevens Hoogwout, die van mening is dat de toerekeningsfictie van artikel 2.14a Wet IB 2001 de inbrenger in fiscale zin in een positie brengt die vergelijkbaar is met die van economisch eigenaar, omdat de inbrenger geacht wordt niet te verarmen. Dat impliceert dat de inbreng niet leidt tot een vervreemding (T.C. Hoogwout, Toerekening of fiscale transparantie van het Afgezonderd Particulier Vermogen?, FTV 2012/10, paragraaf 2.3).

1085 Zie o.a. HR 28 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4069, BNB 1990/147.

1086 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 11. Zie voorts Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 20. Voor de schenkbelasting is expliciet geregeld dat geen sprake is van een heffingsmoment, maar een vergelijkbare regeling in de Wet IB 2001 ontbreekt.

14.3.2.3 Leningen aan het APV

14.3.2.3.1 Algemeen

Het APV kan uiteraard aan zijn vermogen komen doordat dit door de inbrenger om niet¹⁰⁸⁷ wordt ingebracht. Daarnaast is mogelijk dat het APV de aanschaf van het gewenste vermogen (van een derde) geheel of gedeeltelijk financiert door middel van een lening, van de inbrenger zelf of van een derde. Gezien de formulering van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 wordt al het vermogen van het APV toegerekend aan de inbrenger¹⁰⁸⁸, ook het vermogen dat op een later moment door de bestuurder van het APV is aangekocht uit (de opbrengsten van) het ingebrachte vermogen.¹⁰⁸⁹ Dit brengt mijns inziens met zich dat, op het moment dat een inbrenger aan te wijzen is, al het vermogen van het APV aan hem wordt toegerekend¹⁰⁹⁰ ook al is sprake van de inbreng van slechts € 1 en de aanschaf van het APV-vermogen voor het overige gefinancierd wordt door middel van een lening van € 10 miljoen.¹⁰⁹¹

De toerekening doet zich slechts dan niet voor als geen inbrenger is aan te wijzen. Deze situatie is mijns inziens echter (vrijwel) uitgesloten. Het APV moet immers op enige wijze aan middelen komen en als dit niet door middel van de inbreng van vermogen geschiedt dan zal het APV de benodigde middelen moeten lenen. Het zal echter niet of nauwelijks mogelijk zijn om een onafhankelijke partij te vinden die bereid is de volledige aanschaf van het APV-vermogen te financieren. Dan zal een zekerheid (van een ander) vereist zijn, of het APV zal al eigen vermogen moeten hebben dat mede als onderpand kan dienen.¹⁰⁹² Het alternatief is uiteraard dat degene wiens belang door het APV nagestreefd wordt de lening verstrekt, maar als dat gebeurt onder voorwaarden waaronder een derde de lening niet zou verstrekken dient het APV-vermogen mijns inziens alsnog toegerekend te worden. Dan leidt het verstrekken van de lening tot het in aanmerking nemen van een inbreng, op grond van een vergelijkbare redenering als die op basis waarvan een lening met een te lage rente aan een vennootschap een informele kapitaalstorting vormt: door het berekenen van een te lage vergoeding wordt de debiteur

1087 Althans zonder dat sprake is van een tegenprestatie anders dan dat het APV de verplichting op zich neemt om op discretionaire basis uitkeringen te doen aan de begunstigten.

1088 Eenvoudshalve spreek ik in principe alleen van toerekening aan de inbrenger, maar hetgeen wordt gezegd in deze en de hierna volgende paragrafen is evenzeer van toepassing aan de erfgenamen van de inbrenger aan wie het vermogen van het APV na het overlijden van de inbrenger toegerekend wordt.

1089 Zie ook Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 30, waar wordt opgemerkt dat ook door het APV zelf verworven vermogensbestanddelen worden toegerekend. Dit geldt ook in geval van aankoop van goederen door het APV met een lening, op basis van de veronderstelling dat het APV deze aankoop op instigatie van de inbrenger zal doen.

1090 Het is ook mogelijk dat er meerdere inbrengers zijn. Dit wordt besproken in paragraaf 14.3.2.5.

1091 Men zou kunnen betogen dat een dergelijk geringe inbreng geen materiële betekenis heeft. Zie voor die situatie evenwel hierna.

1092 Waarbij het laatste zich niet voor kan doen, aangezien er dan reeds een grond is voor toerekening van het APV-vermogen.

beoordeeld.¹⁰⁹³ Het is naar mijn mening niet mogelijk om een 100%-financiering te verstrekken aan het APV en gelijktijdig tot vermogensvorming in het APV te komen, aangezien een onafhankelijke crediteur die 100% van het risico draagt ook in principe 100% van de opbrengst zal willen hebben. Iedere andere rente die tussen het APV en de insteller overeen wordt gekomen en die lager is dan 100% van de winst is daarmee te laag, zodat indirect sprake is van een inbreng en daarmee van toerekening. Hetzelfde geldt naar mijn mening indien een derde een 100%-financiering verstrekt op basis van zekerheid van de insteller, omdat een onafhankelijke borg, zo die al te vinden zou zijn, daarvoor een vergoeding zal willen hebben. Deze uitkomst past ook binnen de ruime werking die de wetgever beoogd heeft te geven aan het begrip “afzonderen”, getuige onder meer de zinsnede “rechtens dan wel in feite, direct of indirect” in artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001.¹⁰⁹⁴

Ten slotte zij gewezen op de toelichting op artikel 4a lid 4 Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001, welke bepaling het begrip “het onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden rechtens dan wel in feite, direct of indirect afzonderen” nader invult. In deze toelichting worden een aantal voorbeelden gegeven van een belastingplichtige die (onder zakelijke voorwaarden) geld leent aan een APV dat niet formeel door hem is ingesteld, maar wel de belangen van zijn familie nastreeft. Ook in deze situatie, die nog iets verder gaat dan het hiervoor behandelde geval waarin de crediteur tevens de insteller is, dient volgens de staatssecretaris toerekening van het met het geleende geld aangekochte vermogen aan de desbetreffende belastingplichtige plaats te vinden.^{1095 1096} Indien sprake is van een afgezonderd vermogen dat meer dan bijkomstig een particulier belang dient zal derhalve in principe iemand aan te wijzen zijn die als inbrenger heeft te gelden en aan wie het vermogen toegerekend wordt.

14.3.2.3.2 Verkoop aan APV tegen schuldigerkenning

Een bijzondere situatie waarin een schuldverhouding tussen het APV en de inbrenger ontstaat, is die waarin het APV een vermogensbestanddeel van de inbrenger koopt en vervolgens de koopsom schuldig blijft. Uitgaande van een zakelijke koopsom is

1093 In zoverre deel ik de mening van Auerbach en Peters van Neijenhof dus niet (Auerbach, WPNR 2009/6802, paragraaf 4.1 en WFR 2010/6874, paragraaf 3.3, respectievelijk Peters van Neijenhof, *Forfaitair* 2009, paragraaf 4.2). Zij gaan er mijns inziens aan voorbij dat een 100%-financiering in beginsel niet mogelijk is zonder een vorm van onzakelijk element en daarmee van een inbreng.

1094 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 56. Hier wordt gerefereerd aan het feitelijk zonder overeenkomst afstaan van vermogen, waarbij van een lening onder onzakelijke voorwaarden aan een APV mijns inziens in principe sprake zal zijn.

1095 Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009.

1096 De toerekening lijkt hier derhalve gebaseerd op het doel van het APV en, naar ik veronderstel, de omstandigheid dat dit met zich brengt dat het APV op instigatie van de crediteur over zal zijn gegaan tot het aangaan van de lening en daaropvolgende aankoop van goederen. Men kan zich evenwel afvragen in hoeverre de voorbeelden zuiver zijn: de lening onder zakelijke voorwaarden veronderstelt dat het APV reeds in bepaalde mate over vermogen beschikte en dat roept de vraag op hoe en van wie het dat vermogen verkregen heeft.

sprake van het afzonderen van vermogen in de zin van artikel 2.14a lid 3 sub b Wet IB 2001 en wordt het verkochte vermogensbestanddeel toegerekend aan de inbrenger. Fiscaal wordt geen vervreemding in aanmerking genomen.¹⁰⁹⁷

Daarnaast zijn zowel de vordering van de inbrenger op het APV als de schuld van het APV aan de inbrenger voor inkomstenbelastingdoeleinden in handen van de inbrenger, de schuld op grond van de toerekening. Het is dan de vraag wat het fiscale gevolg van deze situatie is. Het lijkt wellicht logisch om dan uit te gaan van een soort fiscale “vermenging”, als gevolg waarvan zowel vordering als schuld in fiscale zin teniet zijn gegaan. Dit gevolg doet zich evenwel slechts voor in geval van fiscale transparantie, terwijl naar mijn mening bij de APV-regeling sprake is van toerekening. Het effect hiervan wordt onder meer zichtbaar indien het gekochte vermogensbestanddeel in box 2 valt.¹⁰⁹⁸

Als geabstraheerd wordt van de APV-regeling en men kijkt naar een belastingplichtige die met geleend geld een aanmerkelijk belang koopt, dan valt de desbetreffende schuld in box 2 en is de betaalde rente in box 2 aftrekbaar.¹⁰⁹⁹ Ik zie niet in waarom de kwalificatie van deze schuld en rente anders zou worden op het moment dat de inbrenger niet langer civielrechtelijk eigenaar van de aandelen is, maar deze in plaats daarvan in fiscale zin krijgt toegerekend. De APV-regeling beoogt bovendien om ingebracht vermogen op dezelfde wijze te behandelen als niet ingebracht vermogen en dit impliceert dat de kwalificatie van een bezitting of schuld binnen het boxensysteem geen wijziging kan ondergaan (zo kan bijvoorbeeld ook de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in voorkomend geval worden toegepast). Mijns inziens is de fiscale consequentie van de verkoop van de aandelen tegen schuldigerkenning van de koopsom derhalve dat de inbrenger de rente op de schuld kan aftrekken in box 2, terwijl de corresponderende vordering belast is in box 3.¹¹⁰⁰

14.3.2.4 Inbreng door rechtspersoon

Bij het voorgaande ben ik ervan uitgegaan dat de inbrenger een natuurlijke persoon is. Het is echter ook denkbaar dat wordt ingebracht door een rechtspersoon en het is de vraag hoe de APV-regeling in dat geval uitwerkt. Toerekening aan de rechtspersoon voor inkomstenbelastingdoeleinden sorteert geen effect en de APV-regeling werkt

1097 Zie ook paragraaf 14.3.2.2 hiervoor.

1098 Zie nader paragraaf 14.3.9, ook voor aanvullende voorbeelden.

1099 Op grond van artikel 4.15 lid 1 Wet IB 2001. Voor bevestigende beantwoording van de vraag of de financieringskosten in verband met de aankoop van de aanmerkelijkbelangaandelen wel gezien kunnen worden als kosten voor de verwerving van de reguliere voordelen (in plaats van niet aftrekbare kosten voor de verwerving van de bron) zie E. Aardema, Rente vanuit juridisch en economisch opzicht benaderd, MBB 1991/11-12, paragraaf 3, Rijkers en Van Dijck, 2000, pagina 107 en Blokland, 1999, pagina 135 – 136.

1100 In vergelijkbare zin Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.5.3.1.

slechts door in een beperkt aantal bepalingen van de Wet Vpb¹¹⁰¹ en kan niet leiden tot toerekening van het APV-vermogen aan een rechtspersoon.

In de parlementaire geschiedenis is op een tweetal punten aandacht besteed aan dit vraagstuk. In beide gevallen ziet dit op een besloten vennootschap die vermogen inbrengt in een APV. De staatssecretaris is van mening dat de besloten vennootschap dit dan doet ten gunste van haar aandeelhouder, zodat de inbreng fiscaal gezien moet worden als een verkapte dividenduitkering door de BV aan de aandeelhouder, gevolgd door inbreng door de aandeelhouder in het APV. Het ingebrachte vermogen wordt dan aan de aandeelhouder toegerekend.¹¹⁰² Het is mijns inziens echter niet juist om als uitgangspunt te nemen dat een inbrengende vennootschap ten gunste van haar aandeelhouder handelt. Toegegeven zij dat het goed mogelijk is dat een vennootschap, die slechts één aandeelhouder of een zeer beperkt aantal aandeelhouders heeft, geen ander motief voor de inbreng heeft dan een aandeelhoudersmotief. Dit dient echter per geval beoordeeld te worden en het enkele bestaan van de mogelijkheid dat een vennootschap een aandeelhoudersmotief dient is naar mijn mening geen rechtvaardiging om er van uit te gaan dat een inbrengende vennootschap per definitie ten gunste van haar aandeelhouder handelt. Het is zeer wel mogelijk dat de vennootschap een zakelijk motief heeft voor de inbreng en bijvoorbeeld inbrengt om zekerheid te verstrekken door middel van de ingebrachte vermogensbestanddelen. Mijns inziens kan pas toegekomen worden aan het in aanmerking nemen van een verkapte dividenduitkering aan en inbreng door de aandeelhouder indien een dergelijk zakelijk motief bij de vennootschap ontbreekt.

De aanwezigheid van een zakelijk belang aan de zijde van de vennootschap dient daarbij in elk geval erkend te worden als de vennootschap een zodanig groot aantal aandeelhouders heeft dat niet één of meer van hen voldoende invloed op de vennootschap hebben om haar handelingen te laten verrichten die in hun eigen (aandeelhouders) belang zijn. In dit verband kan gedacht worden aan een beursgenoteerde vennootschap die uit beschermingsmotieven de aandelen in haar 100%-deelneming onderbrengt in een trust of stichting. Deze vennootschap heeft vele aandeelhouders en zal van de meeste van hen niet eens de identiteit kennen. Het is derhalve onmogelijk dat de inbreng plaatsvindt om het belang van de aandeelhouders te dienen. In deze situatie is daarom naar mijn mening geen sprake van een inbreng in de zin van artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001, vanwege het ontbreken van een inbrenger-natuurlijke persoon, en kan geen toerekening voor inkomstenbelasting doeleinden plaatsvinden.¹¹⁰³ Dat is mijns inziens overigens ook terecht, aangezien dit geval ver verwijderd is van de situatie waarvoor de

1101 Artikel 8 lid 15 Wet Vpb.

1102 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12 – 13 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 50.

1103 Vergelijk ook A.C.P Bobeldijk en A.E. de Leeuw, Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet Vpb 1969 en enige andere belastingwetten (deel 1), WFR 2011/6914, paragraaf 3.2.2.

APV-regeling geschreven is: een vermogende particulier die belastingheffing probeert te beperken door middel van de inbreng van vermogen in een onbelaste entiteit.¹¹⁰⁴

Afgezien van een vennootschap is het denkbaar dat een andere rechtspersoon, zoals een stichting, inbrengt. Dan zal van geval tot geval beoordeeld moeten worden of een natuurlijke persoon aangewezen kan worden aan wie de inbreng kan worden toegerekend. Dit zal mijns inziens in elk geval zo zijn indien de inbrengende stichting zelf als APV kwalificeert.¹¹⁰⁵

14.3.2.5 De in gemeenschap gehuwde inbrenger

Het is goed denkbaar dat de inbrenger gehuwd is in gemeenschap van goederen en dat het ingebrachte vermogen afkomstig is uit deze huwelijksgemeenschap. De vraag rijst wie in deze situatie als inbrenger aangemerkt dient te worden, slechts de handelende echtgenoot of diens niet-handelende echtgenoot? Daarbij kan tevens een onderscheid gemaakt worden tussen een inbreng onder zakelijke condities, zoals de verkoop van een goed aan het APV tegen de waarde in het economische verkeer, of een onzakelijke inbreng. In het eerste geval heeft de inbreng geen invloed op de omvang van de huwelijksgemeenschap en in het tweede geval uiteraard wel: de gemeenschap neemt dan af, zodat ook de niet-handelende echtgenoot er als gevolg van de inbreng in vermogen op achteruit gaat.

Hierna ga ik nader op dit vraagstuk in. Daarbij merk ik vooraf op dat de parlementaire geschiedenis geen aandacht besteedt aan de positie van de echtgenoot van de in gemeenschap van goederen gehuwde inbrenger. Derhalve zal ik eerst ingaan op de civielrechtelijke en vervolgens op de fiscale positie. Ik ga er hierbij vanuit dat de inbrenger bestuursbevoegd is in de zin van artikel 1:97 BW.

14.3.2.5.1 Civielrechtelijke positie

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een door de ene in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot aangegane rechtshandeling niet als zodanig met zich brengt dat de andere echtgenoot mede partij is bij deze rechtshandeling.¹¹⁰⁶ Dit brengt mijns inziens met zich dat in civielrechtelijke context ook slechts de handelende echtgenoot als inbrenger aangemerkt kan worden.

In dit verband kan voorts, met name voor de onzakelijke inbreng, een parallel

1104 Zie de beschrijving van de "grondvorm van het creëren van een afgezonderd vermogen" in Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 9 – 10.

1105 Zie hiervoor nader paragraaf 14.4.2.3.3.

1106 Zie HR 23 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0937, NJ 1993/373, alsmede (in de context van artikel 10 SW) HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5651, BNB 2012/116.

getrokken worden met jurisprudentie inzake de toepassing van de legitieme portie c.q. de vraag of inbreng van een gift in de nalatenschap moet plaatsvinden: als slechts één echtgenoot een schenking verricht die in strijd komt met de legitieme portie, dient de schenking ook slechts aan deze echtgenoot toegerekend te worden, ook al heeft de schenking economisch ook gevolgen voor de andere echtgenoot. De schenking kan dan ook slechts in de nalatenschap van de schenkende echtgenoot meegenomen worden voor toepassing van de regeling inzake de legitieme portie c.q. een eventuele inbrengverplichting, en niet in beide nalatenschappen voor 50%.¹¹⁰⁷

Er is overigens wel een verschil tussen de niet-schenkende echtgenoot en de niet-inbrengende echtgenoot in termen van bescherming tegen de schenking respectievelijk inbreng: in geval van schenking dient de echtgenoot toestemming te verlenen voor de schenking als bedoeld in artikel 1:88 BW. Indien de toestemming niet verleend is, is de schenking op grond van artikel 1:89 BW vernietigbaar. De inbrenghandeling is echter, ook indien het APV geen andere tegenprestatie verricht dan het op zich nemen van de verplichting tot het doen van uitkeringen, naar mijn mening geen gift,¹¹⁰⁸ hetgeen met zich brengt dat artikel 1:88 BW in beginsel niet van toepassing is op de inbreng. Dit verschil in bescherming is overigens mijns inziens geen reden om de andere echtgenoot dan mede als inbrenger te beschouwen, ook niet als de echtgenoot wel (zinledige) toestemming voor de inbreng verleent. Dit doet er niet aan af dat slechts één echtgenoot de inbrenghandeling verricht.

Kortom, in civielrechtelijke context kan slechts de inbrengende echtgenoot als inbrenger aangemerkt worden en niet tevens de andere echtgenoot.

14.3.2.5.2 Fiscale positie

De heersende leer is dat in het fiscale recht wordt aangesloten bij civielrechtelijke begrippen, tenzij doel en strekking van het belastingrecht een afwijkende betekenis rechtvaardigen, al dan niet op grond van een wettelijke bepaling.¹¹⁰⁹ Bij de bepaling wie de inbrenger is dient bij ontbreken van een andersluidende bepaling in de fiscale wetgeving, mijns inziens dan ook de civielrechtelijke interpretatie gevolgd te worden.¹¹¹⁰ Voor de beoordeling of van een fiscale definitie sprake is, dient gekeken te worden naar

¹¹⁰⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8057, rechtbank Midden-Nederland 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5764 en rechtbank Den Haag 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11889.

¹¹⁰⁸ Omdat het APV niet verrijkt wordt, aangezien het economische belang bij het ingebrachte vermogen geheel bij de groep van begunstigden berust, zie paragraaf 8.6.

¹¹⁰⁹ Boer, dissertatie 2011, paragraaf 2.1.

¹¹¹⁰ Het begrip "afzonderen" kent geen civielrechtelijke definitie. Gezien de invulling die in artikel 4a lid 4 Uitvoeringsregeling IB 2001 aan dit begrip gegeven wordt, gaat het echter om een rechtshandeling of samenstel van rechtshandelingen waar de inbrenger (naast het APV) partij bij is en waarbij een of meer goederen aan het APV vervreemd worden. Het civiele recht geeft wel invulling aan het begrip rechtshandeling en wie daarbij partij kunnen zijn en daarmee naar mijn mening ook aan het begrip afzonderen.

de Wet IB 2001: APV-regeling vindt zijn grondslag in de Wet IB 2001, zodat de fiscale behandeling van in gemeenschap gehuwde echtgenoten onder deze wet naar mijn mening leidend is voor de beoordeling welke echtgenoot als inbrenger aangemerkt kan worden.

Voor toepassing van de Wet IB 2001 is de bestuursregeling in beginsel doorslaggevend voor de bepaling bij welke echtgenoot inkomen in aanmerking genomen wordt, tenzij anders bepaald.¹¹¹¹ In dit verband zij bijvoorbeeld gewezen op HR 15 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BH9198, BNB 2010/100, waarin de Hoge Raad (met betrekking tot een tbs-vordering) besliste dat in de relatie tussen schuldenaar en schuldeiser de echtgenoot/schuldeiser degene is die het resultaat uit de geldlening geniet. Dit doortrekkend naar de APV-regeling zou voor het bepalen van de inbrenger ook gekeken moeten worden naar welke echtgenoot een relatie met het APV heeft en slechts die echtgenoot als inbrenger aangemerkt moeten worden.¹¹¹²

In andere context, die van de Successiewet, is er een besluit¹¹¹³ dat ingaat op de gevolgen van de in gemeenschap gehuwde schenker voor de toepassing van de tienjaarsfictie van artikel 3 SW. Hierin wordt allereerst opgemerkt dat, gezien artikel 26 SW, partners voor de berekening van de schenkbelasting als één persoon worden aangemerkt, zodat een schenking door één partner behandeld wordt als een schenking door beide partners. Artikel 3 SW is dan volgens de staatssecretaris van toepassing indien de schenking binnen de tienjaarsperiode plaatsvindt en één van beide partners de Nederlandse nationaliteit heeft. Omstandigheden of al dan niet toestemming van de niet-schenkende echtgenoot is verleend voor de schenking of wie het bestuur van het geschonken goed had zijn in de ogen van de staatssecretaris niet relevant. Vervolgens wordt in het besluit ingegaan op de in gemeenschap gehuwde schenker en wordt in dit verband aangegeven dat indien slechts één echtgenoot de Nederlandse nationaliteit heeft, deze echtgenoot gezien wordt als de schenker van de helft van de totale schenking en slechts op die helft artikel 3 lid 1 SW van toepassing is. De staatssecretaris beschouwt derhalve de echtgenoten in deze context ieder als schenker van 50% van de totale schenking. Dit besluit kan wellicht een indicatie geven van de wijze waarop de staatssecretaris de inbreng door de in gemeenschap van goederen gehuwde inbrenger zou beschouwen, althans in geval van een onzakelijke inbreng, te weten als een inbreng door beide echtgenoten.¹¹¹⁴

1111 Zie F.B. van Gelderen en T.C. Hoogwout, De in gemeenschap van goederen gehuwde inbrenger bij een APV, FTV 2013/3, paragraaf 3.1, alsmede de daar aangehaalde jurisprudentie.

1112 In vergelijkbare zin Van Gelderen en Hoogwout, FTV 2013, paragraaf 3.1.

1113 Besluit van 15 oktober 2014, nr. BLKB2013/1870M, punt 12.

1114 Deze opvatting van de staatssecretaris is bekritiseerd door Van Gelderen en Hoogwout, die opmerken dat een wettelijke basis voor het standpunt in (de voorloper van) het besluit lijkt te ontbreken, alsmede dat het ook in deze context slechts de handelende echtgenoot is die schenkt (FTV 2013/3, paragraaf 3.2). Zie voorts T.C. Hoogwout, Toerekening schenking wanneer schenker is gehuwd in gemeenschap van goederen, FTV 2016/2, paragraaf 4.

Een vergelijkbare benadering wordt gevolgd door rechtbank Zeeland-West-Brabant in zijn uitspraak van 30 januari 2020, betreffende de vraag in hoeverre een gift van een in gemeenschap gehuwde schenker voor de toepassing van artikel 12 SW ter zake van het overlijden van de andere echtgenoot in aanmerking genomen zou moeten worden.¹¹¹⁵ De rechtbank oordeelt dat de gift voor de helft toerekenbaar is aan de niet-schenkende echtgenoot, waarbij ook de bevoordelingsbedoeling bij deze echtgenoot aanwezig wordt geacht. De omstandigheid dat de niet-schenkende echtgenoot wellicht niet op de hoogte was van de giften, doet er in de ogen van de rechtbank niet aan af dat de giften voor 50% aan haar toegerekend dienen te werken, evenals de omstandigheid dat voor de regeling van de legitieme portie wordt aangesloten bij de formele tenaamstelling van de gift.¹¹¹⁶

De hiervoor weergegeven benadering dient naar mijn mening echter niet doorgetrokken te worden naar de afzondering van vermogen in een APV. Allereerst gaat het bij de APV-regeling om een andere heffing, aangezien de definitie van het APV is neergelegd in de Wet IB 2001. Zoals hiervoor aangegeven is de bestuursregeling in deze context in beginsel doorslaggevend. Daarnaast vormt de inbrenghandeling naar mijn mening geen gift,¹¹¹⁷ zodat toepassing van deze benadering ook om die reden mank gaat. Ten slotte blijft het mijns inziens zo dat bij gebrek aan andersluidende bepaling de civielrechtelijke kwalificatie van de inbrenghandeling doorslaggevend is, waarbij de afzondering als bedoeld in artikel 2.14a Wet IB 2001 aanknoopt bij degene die handelt, oftewel slechts de inbrenger en niet de echtgenoot.¹¹¹⁸

Ten slotte zie ik in geval van een zakelijke inbreng, nog los van de voorgaande overwegingen, geen reden om deze inbreng mede aan de andere echtgenoot toe te rekenen. De inbreng heeft in dit geval geen invloed op de vermogenspositie van de echtgenoot, zodat er geen aanknopingspunt is om deze als mede-inbrenger te beschouwen, gelijk er bij andere transacties onder zakelijke condities, zoals de

1115 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 30 januari 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:404, FED 2020/68.

1116 Ik heb moeite met deze uitkomst. Het uitgangspunt van de Successiewet, getuige ook de aansluiting bij het civielrechtelijke giftbegrip in artikel 1 lid 7 SW, is het civiele recht en vanuit civielrechtelijk perspectief is slechts de handelende echtgenoot de schenker. Voorts zou ik menen dat om een gift door de niet-handelende echtgenoot in aanmerking te kunnen nemen, ten aanzien van deze echtgenoot zelfstandig aan de criteria aan een gift, zijnde verarming, verrijking en liberaliteit, voldaan moet zijn. Het aannemen van liberaliteit op basis van de bevoordelingsbedoeling bij de handelende echtgenoot, ook in de situatie dat de niet-handelende echtgenoot niet op de hoogte was van de schenkingen, is naar mijn mening dan ook een stap te ver. Deze aanname van liberaliteit staat daarbij op gespannen voet met de mogelijkheid tot de vernietiging van giften op grond van artikel 1:89 BW, indien niet-handelende echtgenoot geen toestemming als bedoeld in artikel 1:88 BW heeft verleend voor het doen van de gift.

1117 Zie paragraaf 8.6.1.

1118 In dit verband zij ook verwezen naar het hiervoor aangehaalde arrest HR 20 januari 2012, BNB 2012/116, waarin de inspecteur tevens betoogde dat voor de interpretatie van het begrip "partij" afgeweken zou moeten worden van de civielrechtelijke maatstaven, maar de Hoge Raad oordeelt dat voor een eigen uitleg van dit begrip in artikel 10 SW geen plaats is. Nu artikel 2.14a Wet IB 2001, evenals artikel 10 SW, geen bepaling bevat die wijst op een eigen, van het civiele recht afwijkende, invulling van het begrip "afzonderen", zie ik niet in waarom bij deze bepaling wel afgeweken zou moeten worden van de civielrechtelijke kwalificatie.

verkoop van een goed aan een derde, geen reden is om de echtgenoot mede als verkoper te beschouwen. De inbreng heeft echter wel gevolgen voor de echtgenoot indien de inbreng onder onzakelijke condities geschiedt, aangezien de omvang van de huwelijksgemeenschap dan door de inbreng afneemt. Dit maakt mijns inziens de conclusie echter niet anders: slechts de inbrenger is degene die de rechtshandeling die tot de inbreng leidt verricht en slechts hij dient daarom als inbrenger te worden aangemerkt. Een andere benadering zou bovendien tot gevolg hebben dat bij een zakelijke en een onzakelijke inbreng verschillende benaderingen worden gehanteerd: indien de inbreng zakelijk is en geen invloed heeft op de omvang van de gemeenschap heeft de inbrenger als enige als zodanig te gelden, maar zodra de inbreng onzakelijk wordt, moet deze ineens voor de helft toegerekend worden aan de echtgenoot. Dit is mijns inziens niet consistent; steeds uitgaan van de handelende echtgenoot is dat wel. Ten slotte is goed mogelijk dat de echtgenoot geheel niet op de hoogte is van de inbreng. Het is wat merkwaardig om deze dan toch mede aan de echtgenoot toe te rekenen en daar fiscale gevolgen aan te verbinden.

Samenvattend dient in geval van een huwelijksgemeenschap derhalve slechts de inbrengende echtgenoot als inbrenger aangemerkt te worden en niet tevens de niet-handelende echtgenoot.

14.3.2.5.3 Vermogensverschuiving door de inbreng

De omstandigheid dat bij een gemeenschap van goederen slechts de inbrengende echtgenoot als inbrenger aangemerkt moet worden, leidt ertoe dat in fiscale zin een vermogensverschuiving tussen de echtgenoten optreedt.

Voorbeeld: vermogensverschuiving door inbreng

Inbrenger X en zijn echtgenoot Y zijn gehuwd in gemeenschap van goederen. Tot het gemeenschapsvermogen behoort een aanmerkelijkbelangpakket met een waarde in het economische verkeer van € 6 miljoen en een verkrijgingsprijs van nihil. De aandelen staan op naam van X. X stelt APV Z in en draagt de aanmerkelijkbelangaandelen om niet over aan het APV. Aangezien X (bevoegdelijk) alleen handelt, wordt slechts hij en niet mede Y als inbrenger aangemerkt.

Voorafgaand aan de inbreng werden X en Y beiden als aanmerkelijkbelanghouder aangemerkt en kwam in economische zin de helft van dit pakket aan ieder van hen toe. Na de inbreng wordt het aanmerkelijkbelangpakket echter volledig aan X toegerekend, als inbrenger in APV Z. Y heeft dan niet langer als aanmerkelijkbelanghouder te

gelden, zodat in fiscale zin¹¹¹⁹ sprake is van een vermogensverschuiving van X naar Y. Deze verschuiving roept een tweetal vragen op naar de fiscale consequenties:

- (a) Voorafgaand aan de inbreng was Y aanmerkelijkbelanghouder en daarna is zij dat niet meer, omdat het gehele aanmerkelijk belang aan X wordt toegerekend. Dit geeft aanleiding tot de vraag of bij Y sprake is van een belastbare vervreemding. Van een daadwerkelijke vervreemding is naar mijn mening gezien het in de jurisprudentie ontwikkelde vervreemdingsbegrip¹¹²⁰ geen sprake, aangezien Y zelf geen handeling verricht die haar aandelen in het vermogen van X doet overgaan. Ook is in beginsel geen sprake van een zodanig aan haar toe te rekenen rechtshandeling, zij het dat dit laatste wellicht anders wordt indien Y betrokken is bij of toestemming geeft voor de inbreng door X.

Wel is echter sprake van een fictieve vervreemding in de zin van artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001, aangezien Y na de inbreng niet langer een aanmerkelijk belang heeft. Dat betekent dat, ook als zij geheel niet betrokken is bij de inbreng van de aandelen in het APV, zij geacht wordt haar aanmerkelijkbelangaandelen te vervreemden en dat zij ter zake daarvan een belastbare vervreemdingswinst realiseert van in casu € 3 miljoen.¹¹²¹

- (b) Naast de eventuele inkomstenbelastinggevolgen rijst de vraag of de vermogensverschuiving gekwalificeerd dient te worden als een belastbare schenking van Y aan X. Dit is naar mijn mening echter niet het geval. In fiscale zin kan men weliswaar zeggen dat Y verarmt en dat X verrijkt, maar een bevoordelingsbedoeling bij Y lijkt mij moeilijker aan te nemen. Indien zij niet betrokken is bij de inbreng is hier in ieder geval geen sprake van.¹¹²² Als Y echter wel betrokken is bij de inbreng of haar toestemming daaraan geeft, valt eenvoudiger te betogen dat sprake is van een bevoordelingsbedoeling.

Het voorgaande impliceert dat het optreden als inbrenger door één echtgenoot in geval van een gemeenschap van goederen fiscale gevolgen voor de niet-handelende echtgenoot kan hebben. Dit lijkt mij onwenselijk en ook niet in lijn met de bedoeling achter de APV-regeling om het APV fiscaal te behandelen alsof geen inbreng had plaatsgevonden. In zoverre kan ik het pleidooi van Van Gelderen en Hoogwout om uit te gaan van een economische benadering derhalve onderschrijven. Wel lijkt mij daar

1119 In civielrechtelijke zin zijn zowel X als Y niet langer gerechtigd tot de aandelen, zodat een verschuiving tussen hen beiden zich in deze context niet voordoet.

1120 Zie hiervoor paragraaf 13.4.1.2.2.

1121 Een vergelijkbaar effect doet zich voor bij ander vermogen waarbij een vervreemdingswinst belast is, zoals ter beschikking gesteld vermogen, maar uiteraard niet bij box 3-vermogen.

1122 Zoals hiervoor aangegeven is naar mijn mening bij de inbreng geen sprake van een schenking, omdat het APV niet verrijkt wordt. Dat maakt dat de inbrenghandeling ook niet vernietigbaar is op grond van artikel 1:88 BW, zodat ook niet gezegd kan worden dat een bevoordelingsbedoeling van Y zich uit in de omstandigheid dat zij de inbrenghandeling niet vernietigt.

voor dit resultaat een wijziging van artikel 2.14a Wet IB 2001 nodig is, die voorziet in de positie van de in gemeenschap van goederen gehuwde inbrenger.

Uitgaand van die situatie dat slechts de inbrengende echtgenoot de inbrenger is, kan men voornoemde gevolgen overigens ook eenvoudig voorkomen door beide echtgenoten als inbrenger te laten optreden, zodat hun vermogenspositie voor en na de inbreng gelijk is. Wel leidt dit ertoe dat de problematiek die speelt in geval van meerdere inbrengers¹¹²³ een rol gaat spelen. Om dat te ondervangen zou gewerkt kunnen worden met één APV per echtgenoot, waarbij ieder 50% van het in te brengen vermogen inbrengt in zijn “eigen” APV. Een alternatieve benadering is om eerst privévermogens van de echtgenoten te creëren door middel van een wijziging van het huwelijksgoederenregime en dan de inbreng te laten plaatsvinden vanuit het privévermogen, al dan niet door beide echtgenoten.¹¹²⁴

14.3.2.6 Meerdere inbrengers

In de voorgaande paragrafen ben ik steeds ervan uitgegaan dat er slechts één persoon is die vermogen heeft ingebracht in het APV. Het is echter mogelijk dat meerdere personen vermogen in hetzelfde APV inbrengen, gelijktijdig (bijvoorbeeld ook bij vermogen dat in een gemeenschap van goederen valt) of na elkaar. In deze paragraaf ga ik in op de fiscale gevolgen van de situatie waarin er meerdere inbrengers zijn.

Uitgangspunt van de wetgever is gemeenschappelijke “eigendom” van het APV-vermogen: indien twee personen vermogen hebben ingebracht in een APV dat (op enig moment) drie panden bezit, worden de twee inbrengers voor inkomstenbelastingdoeleinden geacht ieder voor de helft eigenaar te zijn van elk van deze drie panden.¹¹²⁵ Er wordt derhalve niet gekeken naar wie van de inbrengers welk vermogensbestanddeel heeft ingebracht, om dit vervolgens als basis voor de toerekening te gebruiken. De gemeenschappelijkheid van het APV-vermogen brengt met zich dat bij de inbreng sprake kan zijn van een belaste vervreemding,¹¹²⁶ hetgeen geïllustreerd kan worden aan de hand van het volgende voorbeeld:

1123 Zie paragrafen 14.3.2.6, 14.3.3.2 en 14.4.2.3. In dit geval speelt voorts dat een uitkering uit het APV aan de niet-inbrengende echtgenoot volledig gezien wordt als een schenking van de inbrengende echtgenoot en als zodanig belast is, terwijl dit vermogen in economische zin voor 50% van de niet-inbrengende echtgenoot afkomstig is.

1124 Deze benadering zou overigens ook effectief zijn indien de echtgenoot, met wie de (handelende) inbrenger in gemeenschap van goederen gehuwd is, wel als mede-inbrenger aangemerkt zou moeten worden.

1125 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3 pagina 53.

1126 Algemeen wordt althans aangenomen dat sprake is van een vervreemding, zie tevens de hierna aangehaalde parlementaire geschiedenis. In geval van aanmerkelijkbelangaandelen zou men daar tegenin kunnen brengen dat civielrechtelijk geen sprake is van een vervreemding en dat in deze situatie ook geen fictie van toepassing is (aangezien een deel van de aandelen toegerekend blijft aan degene die deze heeft ingebracht, is de fictie van artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001 niet van toepassing). Weliswaar wordt in fiscale zin een deel van de gerechtigdheid tot een goed geacht over te gaan, maar

Voorbeeld: gelijktijdige inbreng

A en B brengen gelijktijdig vermogen in een APV in. A brengt 100% van de aandelen in X BV in, ter waarde van € 1.000.000 (verkrijgingsprijs € 100.000) en een tbs-vordering op X BV met een waarde van € 200.000. B brengt € 300.000 in contanten in.

De inbreng betekent dat A 20% van zijn aanmerkelijk belang vervreemdt aan B en derhalve over € 180.000 ($20\% * (\text{€ } 1.000.000^{1127} - \text{€ } 100.000)$) box 2-heffing verschuldigd is. Daarnaast vervreemdt hij 20% van zijn tbs-vordering, hetgeen tot additionele heffing kan leiden. B verkrijgt een aanmerkelijk belang met een verkrijgingsprijs van € 200.000 en een tbs-vordering van € 40.000.¹¹²⁸ Dit effect kan onredelijk uitwerken voor A, die immers niet daadwerkelijk een (aanmerkelijkbelang)winst realiseert en dus geen middelen ontvangt waarmee hij de verschuldigde belasting kan betalen.

Artikel 4a lid 2 Uitvoeringsregeling IB 2001 bepaalt welke waarden in aanmerking genomen moeten worden bij het bepalen van de aandelen van de inbrengers in de “gemeenschappelijke” eigendommen. Dit wordt beoordeeld aan de hand van de waarde van ieders inbreng op het moment van de afzondering van het desbetreffende vermogen. Als de afzondering door de verschillende inbrengers niet op hetzelfde moment plaatsvindt, wordt op het moment van de latere inbreng de waarde van het dan afgezonderde vermogen vergeleken met de waarde van het vermogen dat het APV reeds bezit.¹¹²⁹

Voorbeeld: opeenvolgende inbreng

C heeft in 2011 100% van de aandelen Y BV ingebracht in een APV. De aandelen waren op dit moment € 1.000.000 waard. In 2013 brengt D eveneens vermogen in het APV in, te weten een bedrag aan contanten van € 500.000. De aandelen in Y BV zijn dan € 1.500.000 waard. Het effect van de inbreng door D is dat C geacht wordt 25% van zijn aanmerkelijk belang in Y BV aan D te vervreemden, zodat hij hierover moet afrekenen. D verkrijgt

daar hoeft degene die het desbetreffende vermogen heeft ingebracht echter niet bij betrokken te zijn geweest of mee in te stemmen. Doorgaans zal in elk geval dat laatste zich overigens wel voordoen. Bij het ontbreken van enige betrokkenheid aan de zijde van degene die het vermogen heeft ingebracht kan men zich echter afvragen in hoeverre sprake kan zijn van een aan deze persoon toerekenbare vervreemdingshandeling (vergelijk het criterium dat de Hoge Raad hanteert voor de vervreemding van tot een aanmerkelijk belang behorende rechten, zie paragraaf 13.4.1.2.2). Voor een werkbare toepassing van de APV-regeling lijkt het in aanmerking nemen van een vervreemding mij overigens geen onredelijk uitgangspunt.

1127 Vanwege het ontbreken van een tegenprestatie wordt de overdrachtsprijs gesteld op de waarde van de aandelen in het economische verkeer (artikel 4.22 lid 1 Wet IB 2001).

1128 Zie tevens Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, wetsvoorstel 31 930, nr. 3, pagina 53.

1129 Dit laatste volgt overigens niet met zoveel woorden uit de tekst van artikel 4a lid 2 Uitvoeringsregeling IB 2001, maar wel uit een in de toelichting op deze bepaling opgenomen voorbeeld (zie Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009). Vergelijk tevens Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 52.

een aanmerkelijk belang met een verkrijgingsprijs van € 375.000. Na de inbreng door D zijn C en D in de verhouding 3:1 fiscaal “eigenaar” van alle vermogensbestanddelen van het APV.

Artikel 4a lid 3 Uitvoeringsregeling bevat in aanvulling op het voorgaande een regeling voor de situatie waarin niet (meer) te achterhalen is wie van de inbrengers welk vermogen heeft afgezonderd. In dat geval vindt de toerekening plaats naar rato van het aantal personen dat vermogen heeft afgezonderd in het desbetreffende APV. In paragraaf 14.3.3.2 ga ik in op het APV met meerdere inbrengers dat een uitkering doet.

Van belang is evenwel om op te merken dat in deze voorbeelden sprake is van twee inbrengers die beide geen directe tegenprestatie van het APV bedingen; in ruil voor de inbreng heeft het APV slechts in enige vorm¹¹³⁰ de verplichting om op discretionaire basis uitkeringen te doen aan de begunstigden. Indien sprake is van een verkoop van een goed aan het APV onder zakelijke condities, die tegelijkertijd als inbreng kwalificeert, is de vraag hoe dit van invloed is op de toerekening.

Voorbeeld: inbreng tegen waarde in het economische verkeer

E brengt in 2016 100% van de aandelen Z BV in een APV in. Deze aandelen hebben een waarde van € 1.200.000. Op dezelfde dag verkoopt de broer van E, F, zijn aandelen in Q BV aan het APV voor de waarde in het economische verkeer van € 600.000. Zowel E als F hebben een verkrijgingsprijs van nihil. Het APV streeft de belangen na van de afstammelingen van de vader van E en F.

De vraag is welk procentuele aandeel in het APV-vermogen na deze transacties aan F wordt toegerekend. De omvang van dit aandeel hangt af van het al dan niet rekening houden met de koopsom die het APV betaalt voor de aandelen van F:

- Indien rekening gehouden wordt met deze koopsom, dan heeft de inbreng door F per saldo een waarde van nihil. Daarmee wordt 100% van het APV-vermogen toegerekend aan E. F kwalificeert op grond van artikel 2.14a lid 3 sub b Wet IB 2001 dan weliswaar formeel als inbrenger, maar dit leidt in casu niet tot de toerekening van vermogen.
- De koopsom wordt genegeerd en er wordt uitgegaan van een inbreng door F van € 600.000. Daarmee heeft F $\frac{1}{3}$ van de totale waarde van het APV-vermogen ingebracht. Voor dit deel wordt hij dan voor de inkomstenbelasting geacht aandeelhouder te zijn van zowel Z BV als Q BV. In dit geval leiden de transacties

1130 De rechtsvorm van het APV is van invloed op de grondslag voor het doen van uitkeringen.

tot een belaste vervreemding van een deel van zijn aanmerkelijk belang door E aan F en vice versa. Beiden realiseren een winst van € 400.000.

In dit geval rijst tevens de vraag of sprake is van een schenking door E aan F, aangezien F in fiscale context verrijkt: in heeft de koopsom van € 600.000 ontvangen, maar krijgt ook aandelen van deze waarde toegerekend op grond van de APV-regeling. E is dienovereenkomstig verarmd. Gezien de wijze waarop de Hoge Raad de tevens vereiste bevoordelingsbedoeling geobjectiveerd heeft¹¹³¹ en in aanmerking nemend dat F zijn aandelen verkocht heeft aan het APV en daarmee de transacties gewild heeft, lijkt ook deze bevoordelingsbedoeling aan te nemen. Daarmee zou sprake zijn van een schenking en van de verschuldigdheid van schenkbelasting.

Mede gezien dit laatste, toch wat ongerijmde, effect is naar mijn mening de interpretatie waarbij wel rekening wordt gehouden met de koopsom de juiste. Dit doet recht aan de economische realiteit en deze benadering is ook beter toepasbaar in geval van een verkoop tegen een te lage prijs, bijvoorbeeld indien F niet € 600.000, maar slechts € 400.000 zou ontvangen voor zijn aandelen. Desalniettemin lijkt de regeling van artikel 4a lid 2 Uitvoeringsregeling IB 2001 uit te gaan van de situatie waarin sprake is van een inbreng om niet, althans tegen een prijs die onder de waarde in het economische verkeer ligt. De toelichting bij deze bepaling gaat niet in op de mogelijkheid van een koopsom of andere tegenprestatie waar rekening mee gehouden zou moeten worden. De tekst van artikel 4a lid 2 Uitvoeringsregeling IB 2001 spreekt van de waarde van hetgeen is afgezonderd in de zin van artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001, waaronder ook de inbreng onder zakelijke voorwaarden begrepen is, hetgeen een argument kan zijn voor de stelling dat de tegenprestatie genegeerd zou moeten worden. Desalniettemin brengt een redelijke wetstoepassing met zich dat hiermee wel rekening gehouden moet worden.

Dat de consequentie van deze interpretatie is dat er een inbrenger is aan wie geen vermogen wordt toegerekend, is in het licht van de bedoeling van de APV-regeling wellicht merkwaardig, maar dit lijkt mij geen groot bezwaar. Om een voorbeeld te geven: stel dat een vader een goed met een lage waarde, maar een groot potentieel voor waardestijging, tegen de waarde in het economische verkeer verkoopt aan een APV ingesteld door zijn kind. Indien het APV-vermogen volledig wordt toegerekend aan het kind, komt de waardestijging van het goed ook volledig aan het kind toe. Aangezien dat ook het geval zou zijn bij een rechtstreekse verkoop van vader aan kind, zonder tussenkomst van het APV, is er mijns inziens geen reden om vader wel in de heffing te willen betrekken in de situatie dat er een APV bij de transactie betrokken is.

1131 Zie paragraaf 8.6.1.

14.3.3 Toerekening van APV-vermogen

Hieronder zal ik ingaan op de wijze waarop vermogen dat is ingebracht in een APV wordt toegerekend¹¹³² voor inkomstenbelastingdoeleinden. Hierbij zal ik eerst ingaan op de situatie waarin sprake is van één inbrenger en vervolgens bespreken wat de fiscale gevolgen zijn indien sprake is van meerdere inbrengers.

14.3.3.1 Toerekening aan de inbrenger

Indien sprake is van een APV, worden de bezittingen en schulden, alsmede de opbrengsten en uitgaven,¹¹³³ van het APV voor inkomstenbelastingdoeleinden in eerste instantie toegerekend aan degene die dit vermogen heeft ingebracht/afgezonderd.¹¹³⁴ Hierbij wordt geen waardedrukkend effect als gevolg van de inbreng in het APV in aanmerking genomen: artikel 4a lid 5 Uitvoeringsregeling IB 2001 bepaalt dat bezittingen en schulden van het APV in aanmerking worden genomen naar de waarde in het economische verkeer die zou gelden als de bezittingen en schulden deel zouden uitmaken van het vermogen van degene aan wie deze worden toegerekend. In de toelichting bij de bepaling is voorts opgemerkt dat deze onder meer ziet op het als een eenheid in aanmerking nemen in het vermogen van degene aan wie wordt toegerekend. Het splitsen van bijvoorbeeld een kunstcollectie tussen deels zelf behouden eigendom en deels inbreng in een APV heeft voor de waardering derhalve geen effect; de collectie dient op grond van deze bepaling nog steeds als een geheel te worden gewaardeerd.

Het toegerekende vermogen zal doorgaans worden belast in box 3 of eventueel in box 2. Hoewel het niet is uitgesloten dat bijvoorbeeld het vermogen van een IB-onderneming, resultaatsvermogen of een eigen woning wordt ingebracht in een APV, lijkt het niet bijzonder waarschijnlijk dat dit gebeurt.

De toerekening geldt voor alle bepalingen van de Wet IB 2001 en de daarop berustende bepalingen. Dit betekent dat faciliteiten, zoals de doorschuiffaciliteiten voor het aanmerkelijk belang van artikel 4.17 tot en met 4.17c Wet IB 2001,¹¹³⁵ maar bijvoorbeeld ook de toerekening tussen partners van artikel 2.17 Wet IB 2001 onverkort toegepast

1132 Een vraag is of toepassing van de APV-regeling leidt tot toerekening dan wel fiscale transparantie. Mijns inziens is sprake van toerekening, met dien verstande dat volledige duidelijkheid op dit punt niet bestaat. Voor een nadere toelichting zij verwezen naar paragraaf 14.3.9.

1133 Gemakshalve zal ik in principe slechts spreken van het vermogen van het APV of eventueel de inkomsten/winst van het APV, tenzij het onderscheid van belang is.

1134 Artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001.

1135 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12 en 59, alsmede Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 46.

Strikt genomen is overigens noch sprake van een overgang krachtens erfrecht als bedoeld in zowel artikel 4.16 lid 1 sub e Wet IB 2001 als artikel 4.17a Wet IB 2001 (in vergelijkbare zin zie T.C. Hoogwout en W. Verstijnen, Toerekening van afgezonderd particulier vermogen in en erf- en schenkelasting, FTV 2013/46, pagina 9). Wel kan zich bij de inbrenger een vervreemding voordoen als bedoeld in artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001. Een redelijke wetstoepassing, alsmede hetgeen hierover is opgemerkt

kunnen worden met betrekking tot toegerekend APV-vermogen.¹¹³⁶ Dit werkt uiteraard ook door naar bepalingen in andere wetten waarin verwezen wordt naar bepalingen van de Wet IB 2001, zoals de in artikel 12a Wet LB neergelegde gebruikelijkloonregeling¹¹³⁷. Zelfs als de aanmerkelijkbelangaandelen zijn ingebracht in een APV kunnen dergelijke regelingen nog van toepassing zijn. Dit laatste geldt overigens niet voor zover sprake is van een belaste onderneming op het niveau van het APV, aangezien dan een uitzondering op de toerekening wordt gemaakt.¹¹³⁸ Tot slot merk ik op dat de toerekening niet alleen geldt voor het vermogen dat is ingebracht, maar ook voor vermogensbestanddelen die door het APV zijn aangekocht, al dan niet met behulp van een geldlening.¹¹³⁹

14.3.3.2 Meerdere inbrengers

De invloed van het concept van gemeenschappelijke “eigendom” van het APV-vermogen is uiteraard niet beperkt tot het moment van inbreng. Ook op het moment dat een uitkering gedaan wordt kan sprake zijn van een belaste “vervreemding” van vermogen. De heffing van inkomstenbelasting ter zake van een uitkering kan zich daarbij niet alleen voordoen in een geval met meerdere inbrengers, maar ook in de veel vaker voorkomende situatie waarin de inbrenger overleden is en het vermogen toegerekend wordt aan diens erfgenamen. Aan hen wordt eveneens toegerekend op basis van gemeenschappelijke “eigendom” van het APV-vermogen.¹¹⁴⁰

Voorbeeld: uitkering uit het APV

C en D hebben vermogen ingebracht in een APV, zoals hiervoor in paragraaf 14.3.2.6 beschreven. Vervolgens besluit het bestuur van het APV 25% van de aandelen uit te keren en terug over te dragen aan C. De waarde van het volledige belang is op dit moment € 2.000.000. De vraag is dan hoe de uitkering toegerekend dient te worden aan de “aandelen” van C en D in het APV-vermogen. Een mogelijkheid is dat aangesloten wordt bij het uitgangspunt van uitkering uit het eigen “aandeel” van C, zodat hij geacht

in de parlementaire geschiedenis, brengen naar mijn mening evenwel met zich dat de faciliteit in voorkomend geval toegepast moet kunnen worden.

1136 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 50. Dit wordt ook onderstreept door de uitspraak van rechtbank Zeeland-West-Brabant van 22 maart 2018, ECLI:NL:RBZW:B:2018:1776, waarin de inspecteur op grond van artikel 2.17 Wet IB 2001 vermogen aan de partner van de vermeende inbrenger wilde toerekenen. De rechtbank kwam niet tot toerekenen omdat haars inziens geen sprake was van een fiscaal partnerschap, maar zij lijkt de mogelijkheid van toerekening aan de partner op deze basis te aanvaarden. Toerekening op grond van artikel 2.17 Wet IB 2001 is ook aan de orde in twee uitspraken betreffende fiscale partners van hof Den Haag van 19 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1743 en ECLI:NL:GHDHA:2019:1744.

1137 Zie rechtbank Noord-Holland 25 februari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:1176 (hoger beroep hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:915, V-N 2016/28.13, waarbij het hof op een andere grond vaststelt dat sprake is van een aanmerkelijk belang).

1138 Zie paragraaf 14.3.4 voor een analyse van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001.

1139 Zie nader paragraaf 14.3.2.

1140 Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 53.

wordt zijn eigen aandelen te krijgen, zodat van de resterende 75% van de aandelen Y BV die het APV daarna houdt 25% geacht wordt “eigendom” van D te zijn, terwijl 50% “eigendom” is van C.

Dit laatste verhoudt zich echter slecht met een consequente toepassing van de gedachte van gezamenlijke “eigendom”, zodat het mij als juist voorkomt om slechts driekwart van de uitkering aan C te beschouwen als afkomstig uit het “aandeel” van C en het resterende kwart als afkomstig uit het “aandeel” van D. Deze interpretatie brengt met zich dat D geacht wordt een aandelenbelang van 6,25% in Y BV aan C te vervreemden. D is ter zake hiervan inkomstenbelasting verschuldigd over een vervreemdingsvoordeel van € 31.250¹¹⁴¹, overigens zonder dat hij middelen ontvangt om deze belasting mee te betalen. Het uitgangspunt van gezamenlijke “eigendom” brengt dus met zich dat niet alleen belasting verschuldigd kan zijn op het moment van de inbreng van het aanmerkelijk belang, maar ook weer op het moment dat aandelen uitgekeerd worden.

Mijns inziens is dit effect niet redelijk, omdat niet daadwerkelijk gerealiseerd wordt. Bovendien is de vraag in hoeverre het concept van gemeenschappelijke “eigendom” past bij de achtergrond van de APV-regeling, waarbij geprobeerd wordt om zo veel mogelijk de situatie te benaderen waarbij geen inbreng heeft plaatsgevonden. Het past mijns inziens beter bij deze achtergrond om bij een inbreng door meerdere personen in één APV niet uit te gaan van gemeenschappelijke “eigendom”, maar aan iedere inbrenger zijn eigen inbreng toe te rekenen. Ten slotte staat dit concept op gespannen voet met een in de parlementaire geschiedenis genoemde mogelijkheid voor de inbrenger of diens erfgenamen om zonder heffing van schenkbelasting hun “aandeel” uit het APV te ontvangen (zie paragraaf 14.4.2.3.2). In paragraaf 15.5 onderzoek ik daarom de mogelijkheden om dit concept los te laten en te vervangen voor toerekening op basis van “aandelen”. Dit laatste is uiteraard alleen mogelijk indien het APV een gedegen administratie bijhoudt.

14.3.3.3 Onbekende inbrenger

Artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001 kent een bijzondere regeling voor de situatie waarin de inbrenger, diens fiscale partner, noch diens erfgenamen te bepalen zijn. In dat geval vindt toerekening plaats aan degene die rechtens dan wel in feite, direct of indirect begunstigde van het APV is. Als er meer begunstigden zijn, vindt de toerekening plaats naar rato van de mate van begunstiging. In de parlementaire geschiedenis wordt in dit verband het voorbeeld gegeven van een man die een buitenechtelijk kind heeft verwekt en een APV opricht om het kind niet onverzorgd achter te laten.¹¹⁴²

De toepassing van deze bepaling in de praktijk is onduidelijk, aangezien de toerekening

¹¹⁴¹ De overdrachtsprijs bedraagt € 125.000 en de verkrijgingsprijs € 93.750 (artikel 4.22 lid 1 Wet IB 2001).
¹¹⁴² Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 56.

aan begunstigden op problemen stuit. De APV-regeling sorteert in principe alleen effect bij een discretionaire entiteit (zie paragraaf 14.3.7) en daarbij is de mate van begunstiging juist niet te bepalen. Het is niet zeker of de begunstigden ooit iets uit het APV zullen ontvangen en zelfs niet of de samenstelling van de groep begunstigden steeds dezelfde zal blijven. Het is immers zeer wel mogelijk dat bepaalde personen in de loop der tijd als begunstigden worden geschrapt of dat juist begunstigden worden toegevoegd. De wetgever heeft dit probleem zelf ook gesignaleerd en dit mede aangegepen als reden om niet te kiezen voor toerekening van het APV-vermogen aan de begunstigden van het APV, maar voor de huidige vormgeving van de APV-regeling.¹¹⁴³ Desondanks is deze wijze van toerekening toch voor bepaalde gevallen geïntroduceerd.

Een logische oplossing is naar mijn mening om het APV-vermogen bij gebrek aan betere methode dan maar pro rata toe te rekenen aan die personen die in een bepaald jaar als begunstigde van het APV worden aangemerkt. Op deze wijze kan rekening gehouden worden met eventuele veranderingen in de groep begunstigden¹¹⁴⁴ en zonder duidelijke aanknopingspunten lijkt een pro rata toerekening een betere, of in elk geval geen slechtere, methode dan een andere wijze van toerekening. Daarnaast sluit een pro rata berekening aan bij de tekst van artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001. Welke methode ook gekozen wordt, de toerekening blijft mijns inziens echter arbitrair en deze zal makkelijk tot onredelijke uitkomsten kunnen leiden. Dit is zeker het geval indien pro rata wordt toegerekend en een deel van de begunstigden ontvangt ook daadwerkelijk een uitkering, terwijl andere begunstigden niets ontvangen. Aanknopingspunt bij daadwerkelijke uitkeringen is door de wetgever echter afgewezen¹¹⁴⁵ en past ook niet bij de wettekst. Daarbij zij toegegeven dat een dergelijk aanknopingspunt manipulatie ook wel erg gemakkelijk maakt, door eenvoudigweg geen uitkeringen te doen, of alleen aan personen die bij toerekening niet belastingplichtig zijn in Nederland.

14.3.3.4 Rechtsens afdwingbare aanspraken

Indien er begunstigden zijn die rechtens afdwingbare aanspraken hebben jegens het APV worden zij op grond van artikel 4a lid 1 Uitvoeringsregeling IB 2001 ter zake hiervan in de heffing van inkomstenbelasting betrokken. De aanwezigheid van dergelijke aanspraken beïnvloedt uiteraard ook de positie van de inbrenger, aangezien het APV-

¹¹⁴³ Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 52 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 14, waar tevens op enkele andere praktische bezwaren van toerekening aan begunstigden wordt gewezen, zoals de omstandigheid dat begunstigden zich helemaal niet bewust hoeven zijn van het feit dat zij begunstigde zijn en uit dien hoofde belasting verschuldigd zijn, alsmede pagina 53. Zie tevens Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 43 en bijlage 2 bij de brief van de staatssecretaris van 13 oktober 2009 (Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 38).

¹¹⁴⁴ Dat rekening gehouden lijkt te moeten worden met een wijziging in de begunstigden lijkt ook aan te sluiten bij de toelichting bij de later aan artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001 toegevoegde zinsnede "rechtens dan wel in feite, direct of indirect" (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 25).

¹¹⁴⁵ Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 49.

vermogen in beginsel aan hem toegerekend wordt. Dit aspect wordt besproken in paragraaf 14.3.7, tezamen met de vraag of een niet-discretionaire entiteit überhaupt wel als APV kan kwalificeren.

Afhankelijk van de aard van de aanspraak en van het vermogen waar de aanspraak betrekking op heeft, is deze belast in box 1, 2 of 3. Er zal vermoedelijk weinig sprake zijn van heffing in box 1. Een periodieke uitkering die in rechte afgedwongen kan worden kan alleen onder artikel 3.101 lid 1 sub c Wet IB 2001 vallen en in dit kader heeft de Hoge Raad ter zake van irrevocable fixed trusts bepaald dat de uitkeringen vanuit het perspectief van de trust de tegenwaarde voor een prestatie (te weten de inbreng) vormen, zodat de uitkeringen buiten box 1 blijven.^{1146 1147} Wellicht kan echter in specifieke gevallen sprake zijn van resultaatsvermogen, bijvoorbeeld een genotsrecht op een ter beschikking gestelde onroerende zaak.¹¹⁴⁸

Een aanspraak die in box 2 valt is wel goed denkbaar. Artikel 4.3 Wet IB 2001 kent een ruime definitie van genotsrechten, en stelt degene die gerechtigd is tot de voordelen uit aandelen of winstbewijzen gelijk met de houder van het aandeel of winstbewijs en het recht met het desbetreffende aandeel of winstbewijs. Als de begunstigde een recht heeft op (een deel van) de inkomsten uit aanmerkelijkbelangaandelen zal hetgeen hij uit dit recht ontvangt dus belast zijn in box 2.¹¹⁴⁹ Daarnaast kan een afdwingbaar toekomstig recht op de onderliggende aandelen (bijvoorbeeld op uitkering van de aandelen nadat het genotsrecht van een ander geëindigd is) onder omstandigheden wellicht voldoende vergelijkbaar zijn met de bloot eigendom hiervan om in box 2 te vallen.¹¹⁵⁰

De meeste rechten zullen echter in box 3 vallen. In specifieke omstandigheden kan sprake zijn van rechten op onroerende of roerende zaken (artikel 5.3 lid 2 sub b respectievelijk d Wet IB 2001). Veelal zal de aanspraak echter een recht vormen dat niet

1146 HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3639, BNB 2007/18 (en BNB 2007/19) en HR 20 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY5991, BNB 2008/122.

1147 Eventueel kan sprake zijn van periodieke uitkeringen van een APV in box 1, maar alleen als deze niet rechtens afdwingbaar zijn en het APV een rechtspersoon is. Bovendien kunnen de uitkeringen naar mijn mening slechts beschouwd worden als ontvangen van het APV zelf, indien op grond van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 geen toerekening plaatsvindt. Met de aanscherping van deze toerekeningsstop per 20 september 2016 (zie nader paragraaf 14.3.4) zal deze situatie zich (nagenoeg) niet meer voordoen. Indien wel wordt toegerekend, wordt de uitkering ontvangen van degene(n) aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend.

1148 Artikelen 3.91 lid 2 sub a ten 3° en 3.92 lid 2 sub a ten 3° Wet IB 2001.

1149 Boer wijst erop dat het moet gaan om *slechts* een recht op voordelen uit aanmerkelijkbelangaandelen, zodat naar de letterlijke tekst van artikel 4.3 Wet IB 2001 een meer omvattend recht (als bijvoorbeeld ook een aanspraak bestaat op een deel van het trustvermogen) niet binnen het bereik van deze bepaling komt en in box 3 valt. Hetzelfde zou beargumenteerd kunnen worden met betrekking tot een recht op meer dan alleen de voordelen uit aandelen, bijvoorbeeld bij een recht op alle inkomsten uit trustvermogen dat meer omvat dan alleen aanmerkelijkbelangaandelen (Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.3.3.1.2). In elk geval bij het laatste recht zou ik echter menen dat een redelijke wetstoepassing met zich brengt dat, voor zover de inkomsten hieruit direct gekoppeld zijn aan de inkomsten uit aanmerkelijkbelangaandelen die het APV ontvangt, deze in box 2 belast worden.

1150 Vergelijk tevens Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.3.3.1.2).

op zaken betrekking heeft, in de zin van artikel 5.3 lid 2 sub e Wet IB 2001, zoals een recht op periodieke uitkeringen. Aan de restcategorie van artikel 5.3 lid 2 sub f Wet IB 2001, waar rechten jegens een trust naar de bedoeling van de wetgever onder zouden vallen,¹¹⁵¹ zal naar mijn mening niet snel worden toegekomen.^{1152 1153}

De aanspraak dient in beginsel gewaardeerd te worden naar de waarde in het economische verkeer, op grond van artikel 5.19 Wet IB 2001. Onder omstandigheden kunnen echter de waarderingsregels voor specifieke goederen een rol spelen bij de waardering, zoals het op artikel 5.22 Wet IB 2001 gebaseerde waarderingsvoorschrift voor genotsrechten. Daarnaast zal rekening gehouden moeten worden met waardedrukkende factoren, zoals de omstandigheid dat een uitkering uit het APV pas na een bepaalde termijn verkregen kan worden of dat hier voorwaarden aan verbonden zijn. Gezien de flexibiliteit bij de vormgeving van rechten jegens APV's (uiteraard afhankelijk van de rechtsvorm en het toepasselijke recht, maar in elk geval indien sprake is van een trust) kan de waarde van een aanspraak in een concreet geval moeilijk te bepalen zijn.¹¹⁵⁴

14.3.4 Toerekeningsstop

14.3.4.1 Algemeen

De hoofdregel bij de fiscale behandeling van een APV is de in de voorgaande paragrafen beschreven wijze van toerekening van het APV-vermogen. Er is echter een uitzondering: de zogenoemde toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001. Op het moment van invoering van de APV-regeling was in deze bepaling geregeld dat onder de toe te rekenen bezittingen en schulden, alsmede opbrengsten en uitgaven, niet begrepen worden de bezittingen en schulden, alsmede opbrengsten en uitgaven, waarvoor het APV wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse

1151 Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/1999, 26 727, nr. 3, pagina 234, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 7, pagina 252 en Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26 727, nr. 81, pagina 5 - 6.

1152 Evenzo Sonneveldt, dissertatie 2000, pagina 67 - 68, die opmerkt niet in te zien van het belang is van de restcategorie voor belangen bij een Anglo-Amerikaanse trust.

Boer merkt echter in dit verband terecht op dat het introduceren van een restcategorie discussie over de precieze aard van een aanspraak jegens een trust beperkt (Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.3.3.1.3, onder "Overige vermogensrechten").

1153 De wetgever lijkt dit overigens anders te zien, aangezien de parlementaire geschiedenis impliceert dat bij een begunstigde met een afdwingbaar recht slechts sprake kan zijn van een vermogensrecht in de zin van artikel 5.3 lid 2 sub f Wet IB 2001 of van een periodieke uitkering. Overigens is de formulering van de wetgever op dit punt mijns inziens onzuiver: gesproken wordt van toerekening van het niet-discretionaire deel aan de gerechtigde (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 51). Naar mijn mening is in dat geval echter geen sprake van toerekening van APV-vermogen, maar van het in de heffing betrekken van het afdwingbare recht als zodanig.

1154 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de knelpunten in deze context Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.3.3.1.3.

begrippen redelijke heffing.¹¹⁵⁵ Daarbij werd het APV geacht een onderneming te drijven met behulp van zijn gehele vermogen.

Aangezien deze regeling in de ogen van de wetgever te veel ruimte liet voor misbruik,¹¹⁵⁶ is het zevende lid met ingang van 20 september 2016, 15.15 uur, aangepast. Sindsdien wordt de toerekening van het APV-vermogen slechts doorbroken voor zover sprake is van vermogen c.q. winst behorend tot een onderneming van het APV en voor zover blijkt dat de winst van de desbetreffende onderneming in de staat of staten waar deze gedreven wordt onderworpen is aan een belasting naar de winst. Blijkens de parlementaire geschiedenis dient sprake te zijn van een actieve onderneming, in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001; bijvoorbeeld houdster- of financieringsactiviteiten volstaan niet.¹¹⁵⁷ Daarnaast is onderworpenheid van de winst voldoende; in tegenstelling tot bij de eerdere variant van de toerekeningsstop is thans het tarief niet meer van belang.¹¹⁵⁸ Gezien de eis van een onderneming zal het naar mijn mening (nagenoeg) niet meer voorkomen dat de toerekeningsstop van toepassing is.¹¹⁵⁹ Indien men ondernemingsvermogen in een APV zou willen onderbrengen, zou ik althans verwachten dat de onderneming zelf zich in een structuur met een of meer vennootschappen bevindt, waarbij de aandelen worden ingebracht in het APV.

Met het inperken van de toerekeningsstop zal zich veel sneller de situatie voordoen dat sprake is van dubbele of zelfs drievoudige heffing. Naast Nederland heft mogelijk het land waar het APV gevestigd is en/of het land waar het vermogen van het APV zich bevindt.¹¹⁶⁰ Bij een samenloop met heffing door het land waar het vermogen van het APV zich bevindt, wordt voorkoming van dubbele belasting verleend alsof inbreng in het APV niet had plaatsgevonden; voor zover in die situatie een aanspraak zou bestaan op voorkoming van dubbele belasting op grond van een belastingverdrag of het Bvdb 2001, kan de inbrenger nu ook aanspraak maken op voorkoming van dubbele belasting.¹¹⁶¹ Voor het wegnemen van de samenloop met heffing door het vestigingsland van het APV is een nieuw artikel 25b Bvdb 2001 opgenomen, op grond waarvan verrekening van

1155 De helderheid van deze bepaling liet te wensen over, zie A.E. de Leeuw, Toerekening bij het afgezonderd particulier vermogen, WFR 2012/6946.

1156 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 11 – 12, alsmede de bijlage bij deze Memorie van Toelichting.

1157 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina's 13 en 46, Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 14, pagina 30 – 31 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 70, pagina 126.

Voorts worden werkzaamheden als bedoeld in artikel 4 sub b Wet Vpb (kort gezegd het verzekeren van bepaalde pensioenen) ook als onderneming in de zin van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 aangemerkt.

1158 Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 45.

1159 Dit is eveneens de verwachting van de Staatssecretaris, zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 14, pagina 28, alsmede Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 79, pagina 10 – 11.

1160 Meer situaties met dubbele heffing zijn denkbaar, welke ik verder niet zal bespreken. De genoemde zullen zich met het beperken van de toerekeningsstop echter met regelmaat kunnen voordoen.

1161 Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 13.

de heffing van het APV bij de inbrenger mogelijk is.¹¹⁶² Eén vorm van dubbele heffing is echter niet geregeld: de samenloop tussen Nederlandse vennootschapsbelasting, waarvan bijvoorbeeld sprake zou kunnen zijn bij buitenlands doelvermogen dat een Nederlandse onroerende zaak bezit¹¹⁶³, en de inkomstenbelasting bij de inbrenger. Het lijkt mij redelijk dat ook in dit geval de vennootschapsbelasting bij de inbrenger verrekend kan worden met de door hem verschuldigde inkomstenbelasting, maar een regeling hiervoor bestaat vooralsnog niet.^{1164 1165} Deze samenloop kan overigens ook worden weggenomen door in artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 te bepalen dat onder een onderneming mede begrepen worden de activiteiten die op grond van artikel 17a Wet Vpb tot een Nederlandse onderneming worden gerekend. Deze benadering heeft het voordeel van eenvoud, maar desalniettemin heb ik een voorkeur voor verrekening, omdat dit leidt tot eenzelfde behandeling bij APV's die onderworpen zijn aan Nederlandse vennootschapsbelasting en APV's die onderworpen zijn aan een buitenlandse winstbelasting.

Ondanks de vermoedelijke beperkte toepassing zal ik in de paragrafen hierna ingaan op twee aspecten die samenhangen met de toepassing van de toerekeningsstop. Dit betreft allereerst de vraag of bij het opteren voor belastingplicht sprake is van onderworpenheid van de winst aan een belasting naar de winst. Daarnaast bespreek ik de sfeerovergangen als gevolg van het van toepassing worden van de toerekeningsstop in een situatie waarin dit eerst niet het geval was en vice versa. Het overgangsrecht met betrekking tot aanmerkelijk belang wordt besproken in paragraaf 14.3.4.3.2.

14.3.4.2 Optie voor belastingplicht

Er zijn jurisdicties die een belastingregime kennen waarbij een in principe

1162 Of deze regeling in alle gevallen de dubbele heffing wegneemt, lijkt mij de vraag. Een situatie waarin het niet goed gaat, is deze. De inbrenger krijgt een pakket aanmerkelijkbelangaandelen in een beleggingsvennootschap toegerekend (verkrijgingsprijs nihil). Hij overlijdt en als gevolg daarvan heft Nederland inkomstenbelasting; de waarde van de aandelen is nu €1 miljoen. De toerekening verschuift naar de erfgenamen. Twee jaar later vervreemdt het APV de aandelen voor €1,2 miljoen en ter zake daarvan wordt in het woonland belasting geheven over de vermogenswinst. Het vestigingsland heft nu over een winst van €1,2 miljoen en Nederland evenzeer, over een winst van €200.000. Aangezien de voorkoming van dubbele belasting beperkt is tot de Nederlandse inkomstenbelasting (zie artikel 25b lid 4 Bvdb 2001), leidt het uiteenlopen van het moment van heffing ertoe dat niet voor de volledige buitenlandse heffing verrekening wordt verleend, hoewel dit wel redelijk is en ook de bedoeling van de regeling.

1163 Artikel 3 lid 1 sub c jo. artikel 17 lid 3 sub a jo. artikel 17a sub a Wet Vpb.

1164 Evenzo J.P. Boer, De toerekeningsstop en het APV-regime: dubbel genaaid, houdt beter?, WFR 2017/7216. Men kan zich evenwel de vraag stellen of de omstandigheid dat een doelvermogen niet binnenlands belastingplichtig kan zijn (doelvermogens worden niet genoemd in artikel 2 Wet Vpb), maar wel buitenlandse belastingplichtig, in voorkomend geval niet in strijd kan zijn met EU-recht (Vergelijk J.P. Boer en R.J. de Vries, Anglo-Amerikaanse trusts en subjectieve vennootschapsbelastingplicht, WFR 2005/6631, paragraaf 5). A-G Wattel is voorts van mening dat de kring buitenlands belastingplichtigen van artikel 3 Wet Vpb vanwege EU-recht niet ruimer kan zijn dan die van artikel 2 Wet Vpb (zie zijn conclusie van 26 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:782, V-N 2019/5415, punten 7.7 en 7.26).

1165 Deze samenloop wordt nader besproken in paragraaf 14.5.1.

niet-onderworpen entiteit kan opteren voor subjectieve belastingplicht. Voorbeelden hiervan zijn de Maltese trust, waarbij de trustee onder omstandigheden kan opteren voor belastingheffing als ware het een vennootschap¹¹⁶⁶, en de Curaçaose Stichting Particulier Fonds, die kan opteren voor belastingheffing tegen een tarief van 10%¹¹⁶⁷. Het is de vraag of een dergelijk facultatieve onderworpenheid ook kan leiden tot toepassing van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001, of dat alleen niet-vrijwillige onderworpenheid hier voldoende voor is. Uiteraard moet onder de huidige toerekeningsstop ook voldaan zijn aan de eis dat het APV een onderneming moet drijven.

De parlementaire geschiedenis bij artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 (zowel de oorspronkelijke als de huidige tekst) gaat niet expliciet op dit punt in, noch de parlementaire geschiedenis bij de huidige onderworpenheidstoets van artikel 13 Wet Vpb, hetgeen dezelfde toets is als die van het oude artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001.^{1168 1169} Hetzelfde geldt voor de parlementaire geschiedenis bij de wijziging van artikel 13 Wet Vpb door de Wet werken aan winst. Als argument tegen toepassing van de toerekeningsstop kan worden aangevoerd dat, indien sprake is van een keuze voor belastingplicht, eigenlijk geen sprake is van onderworpenheid, maar slechts van een vrijwillige betaling. Er zijn mijns inziens echter meerdere argumenten om de toerekeningsstop ook bij facultatieve onderworpenheid toe te passen:

- (a) De wettekst vereist dat het APV wordt betrokken in een belasting naar de winst en brengt daarbij niet de beperking aan dat geen sprake mag zijn van belastingplicht waarvoor geopteerd is. De tekst impliceert daarom naar mijn mening dat ook facultatieve onderworpenheid voldoet. In dit verband zij bovendien gewezen op artikel 3.55 lid 5 ten 3° Wet IB 2001 en artikel 23c lid 3 ten 1° en lid 4 ten 2° Wet Vpb. Beide bepalingen bevatten de eis dat een belastingplichtige onderworpen is aan een winstbelasting “zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld”. Er zijn dus gevallen waarvoor de wetgever expliciet het oog heeft gehad op de mogelijkheid dat een belastingplichtige elders zou opteren voor onderworpenheid aan winstbelasting en deze heeft uitgesloten. Het ontbreken van een dergelijke formulering in artikel 2.14a lid 7 Wet IB

1166 Vergelijk artikel 27D van de Maltese Income Tax Act. Overigens kan de Maltese fiscale wetgeving ook met zich brengen dat belastingplicht (maar niet gelijk aan die van een vennootschap) ontstaat indien ten minste een van de trustees op Malta gevestigd is (vergelijk artikel 27B Income Tax Act).

1167 Artikel 1B jo. 1 lid 1 sub a jo. 4 lid 5 Landsverordening op de Winstbelasting 1940.

1168 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 32 129, nr. 3, pagina 36 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 32 129, nr. 9, pagina 5 – 6.

1169 De formulering van de huidige bepaling wijkt iets af, er wordt gesproken over het “onderwerpen aan een belasting naar de winst” in plaats van het “betrekken in een belasting naar de winst”, maar dit verschil is naar mijn mening niet zodanig, dat de toelichting bij de oude tekst van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 en bij artikel 13 Wet Vpb niet meer van betekenis zou kunnen zijn bij de duiding van het huidige artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001.

2001 ondersteunt de stelling dat facultatieve onderworpenheid in die context wel volstaat.

- (b) De parlementaire geschiedenis bij de introductie van de onderworpenheidstoets in artikel 13 Wet Vpb gaat weliswaar niet in op de optie voor belastingplicht, maar er wordt wel een situatie besproken waarin de facto een dergelijke optie bestaat. Er wordt een voorbeeld gegeven met betrekking tot de Belgische notionele interestaftrek, waarbij in één situatie de Belgische vennootschap slechts eigen vermogen heeft en deze als gevolg van de notionele interestaftrek onvoldoende belast is en in een tweede situatie de vennootschap deels met vreemd vermogen gefinancierd is en zij wel aan de onderworpenheidstoets voldoet.¹¹⁷⁰ In feite heeft de Belgische vennootschap dus de keuze om wel of niet te voldoen aan de onderworpenheidstoets, door de verhouding vreemd vermogen/eigen vermogen te beïnvloeden, en deze keuzemogelijkheid is door de wetgever geaccepteerd.
- (c) Per 1 januari 2014 is als antimisbruikbepaling in artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001 een nieuwe fictie ingevoerd, op grond waarvan het niet (langer) toerekenen van het APV-vermogen gezien wordt als een fictieve vervreemding. Voorts is in samenhang artikel 4.24bis Wet IB 2001 ingevoerd, dat zich richt tegen geforceerde verliesneming als gevolg van het niet (langer) toerekenen van APV-vermogen. In de toelichting bij deze laatste bepaling wordt het volgende opgemerkt:

In situaties waarbij de aanmerkelijkbelanghouder – gelet op zijn verkrijgingsprijs – in een verliessituatie verkeert en waarbij het APV opteert voor een reële heffing naar de winst terwijl er overigens niets verandert in de feiten en omstandigheden, zal al snel sprake zijn van een fiscaal gedreven verliesneming. [Onderstreping AEdL]¹¹⁷¹

Deze passage impliceert dat de wetgever ook belastingplicht waarvoor geopteerd wordt voldoende vindt om onderworpenheid te kunnen constateren.

- (d) De Belastingregeling voor Curaçao sluit bepaalde entiteiten uit van de voordelen uit hoofde van de regeling, zoals een beperking van de bronheffing op dividenden. Dit betreft onder meer de als SPF kwalificerende stichting en de Curaçaose trust, met uitzondering van een SPF of een trust die als doelvermogen is aangewezen en daarmee belastingplichtig is op Curaçao.¹¹⁷² Ook dit suggereert dat het opteren voor heffing dan ook voor de APV-regeling voldoende zou moeten

1170 Kamerstukken II, vergaderjaar 2005/2006, 30 572, nr. 8, pagina 36 – 37.

1171 Kamerstukken II, vergaderjaar 2013/2014, 33 753, nr. 3, pagina 19.

1172 Zie artikel 1B jo. 1 lid 1 sub a jo. 4 lid 5 Landsverordening op de Winstbelasting 1940. Gezien artikel 15 van de Landsverordening op de Winstbelasting 1940 is het tarief voor doelvermogens 10%, behoudens voor ondernemingswinsten, waarvoor een tarief van 30% geldt.

zijn. Daarnaast impliceert een specifieke regeling voor het Curaçaose regime acceptatie daarvan door de wetgever.

- (e) Ten slotte geeft ook de parlementaire geschiedenis bij de wijziging van de toerekeningsstop in 2016 impliciet aan dat belastingplicht waarvoor geopteerd wordt voldoende is om de (oude) toerekeningsstop van toepassing te laten zijn. Ook hierin worden namelijk voorbeelden gegeven, waarin in de ogen van de wetgever sprake is van misbruik door toepassing van de toerekeningsstop, die zien op situaties waarin geopteerd is voor belastingplicht. Daaruit volgt dat dit opteren dus onder de oude regeling voldoende moet zijn geweest voor onderworpenheid.¹¹⁷³

Hoewel dus niet met zoveel woorden in de parlementaire toelichting is gezegd dat facultatieve onderworpenheid ook voldoende is, concludeer ik dat dit inderdaad volstaat om de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 te kunnen toepassen.¹¹⁷⁴ Gezien het beperkte toepassingsbereik van de uitzondering sinds de wijziging van de toerekeningsstop is dit thans evenwel met name een academische kwestie.

14.3.4.3 Sfeerovergangen

Als gevolg van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 kunnen zich tijdens het bestaan van het APV sfeerovergangen voordoen. Op het moment dat de toerekeningsstop van toepassing wordt “verdwijnen” vermogensbestanddelen uit het fiscaal in aanmerking te nemen vermogen van de inbrenger. Indien de toerekeningsstop daarentegen ophoudt van toepassing te zijn “verschijnen” juist vermogensbestanddelen in het fiscale vermogen van de inbrenger.

Een sfeerovergang kan veroorzaakt worden door een buiten de invloed van de inbrenger, alsook de bestuurder van het APV, liggende oorzaak, zoals een wetswijziging in het land van vestiging, als gevolg waarvan het APV belastingplichtig wordt waar dit eerst niet het geval was of juist ophoudt belastingplichtig te zijn, of een objectieve vrijstelling in het leven geroepen wordt of juist verval. Daarentegen kan de fiscale positie van het APV ook wijzigen door een handeling van deze bestuurder, bijvoorbeeld doordat de fiscale vestigingsplaats van het APV wijzigt. Een ander voorbeeld van het laatste is het gebruik maken van de mogelijkheid om te opteren voor belastingplicht, die sommige jurisdicties bieden aan (de bestuurder van) het APV. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een Maltese trust, waarbij de trustee onder omstandigheden kan opteren voor belastingheffing

¹¹⁷³ Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 12, alsmede de bijlage bij deze Memorie van Toelichting, pagina 98 – 99.

¹¹⁷⁴ Dit is ook het oordeel van Rechtbank Noord-Holland, ter zake van de toerekeningsstop van voor 20 september 2016 (zie rechtbank Noord-Holland 10 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:10076). De rechtbank is voorts van mening dat de omstandigheid dat het APV in een jaar verlies leed, niet in de weg stond aan toepassing van deze toerekeningsstop.

als ware het een vennootschap¹¹⁷⁵, maar ook bij de mogelijkheid voor Curaçaose Stichtingen Particulier Fonds om te opteren voor belastingheffing tegen een tarief van 10%¹¹⁷⁶. Men kan zich overigens de vraag stellen in hoeverre belastingheffing waarvoor geopteerd wordt daadwerkelijk leidt tot onderworpenheid aan een winstbelasting in de zin van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001, zie hiervoor paragraaf 14.3.4.2.

Hieronder bespreek ik per box wat de gevolgen zijn van deze sfeerovergangen. In het algemeen merk ik daarbij op dat in de literatuur, in de context van aanmerkelijkbelangaandelen, de vraag is opgeworpen hoe de eventuele belastingheffing als gevolg van de sfeerovergang van on(voldoende) belast naar belast zich verhoudt tot de toerekeningsstop. Als uitgangspunt wordt genomen dat sprake is van een fictieve vervreemding en het hieruit voortvloeiende vervreemdingsvoordeel geacht wordt te zijn genoten in het jaar waarin de sfeerovergang plaatsvindt. Vervolgens worden twee mogelijkheden onderscheiden. De eerste is dat in het desbetreffende jaar niet meer wordt toegerekend, zodat geen belasting geheven kan worden van de inbrenger. Als alternatief wordt de mogelijkheid gesignaleerd dat het vervreemdingsvoordeel tot de grondslag van het APV gerekend moet worden, zodat een vicieuze cirkel ontstaat.¹¹⁷⁷

Naar mijn mening doet het hierboven weergegeven probleem zich echter niet voor. Mijns inziens is de onderworpenheidstoets een doorlopende toets¹¹⁷⁸ en geen toets die per kalenderjaar plaatsvindt en dus tot gevolg heeft dat in een jaar of geheel wel, of geheel niet wordt toegerekend. Dit betekent dat het mogelijk is, en vermoedelijk in geval van een sfeerovergang relatief vaak zal voorkomen, dat het APV-vermogen gedurende een deel van het jaar wordt toegerekend aan de inbrenger en gedurende een deel van het jaar niet. Indien zich een sfeerovergang voordoet, valt het genietingsstijdstip samen met het moment waarop de sfeerovergang plaatsvindt.¹¹⁷⁹ Eventueel kan men zich dan nog de vraag stellen of dit tijdstip geacht wordt te vallen in de periode waarin nog toerekening aan de inbrenger plaatsvindt, of juist aan de periode waarin niet langer wordt toegerekend. Mijns inziens is dit de eerste periode. Strikt genomen is sprake van een samenvaal van rechtsmomenten tussen de sfeerovergang en het genietingsstijdstip. Een dergelijke samenvaal van rechtsmomenten kan zich echter ook voordoen indien geen sprake is van een APV-situatie, bijvoorbeeld als de aanmerkelijkbelanghouder

1175 Vergelijk artikel 27D van de Maltese Income Tax Act. Overigens kan de Maltese fiscale wetgeving ook met zich brengen dat belastingplicht (maar niet gelijk aan die van een vennootschap) ontstaat indien ten minste een van de trustees op Malta gevestigd is (vergelijk artikel 27B Income Tax Act).

1176 Artikel 1B jo. 1 lid 1 sub a jo. 4 lid 5 Landsverordening op de Winstbelasting 1940.

1177 Hoogwout, FTV 2012/10, paragraaf 5.1. De vicieuze cirkel is naar ik aanneem gebaseerd op de volgende redenering: door heffing op het APV-niveau wordt niet langer toegerekend, zodat de (fictieve) vervreemdingswinst wordt toegerekend aan het APV. Ter zake van die vervreemdingswinst betaalt het APV uiteraard geen belasting, omdat zich geen daadwerkelijke realisatie bij het APV voordoet. Het gevolg hiervan kan zijn dat het APV niet (meer) geldt als voldoende belast, zodat het vermogen (weer) toegerekend wordt aan de inbrenger. In dat geval heeft de vervreemding zich echter niet voorgedaan, zodat er geen reden was tot heffing en het APV alsnog als voldoende belast geldt.

1178 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 111.

1179 In het geval van aanmerkelijkbelangaandelen volgt dit uit artikel 4.46 lid 1 Wet IB 2001.

overlijdt en geacht wordt zijn aandelen vervreemd te hebben.¹¹⁸⁰ In deze situatie vallen de momenten van vervreemding en overlijden samen. Ondanks deze samenval wordt het vervreemdingsvoordeel echter bij de aanmerkelijkbelanghouder belast, hetgeen alleen het geval kan zijn indien het genietingsmoment aan de periode voor overlijden wordt toegerekend.

Het past derhalve in de systematiek van de Wet IB 2001 om het genietingsmoment toe te rekenen aan de periode waarin het aanmerkelijk belang nog wordt toegerekend aan de inbrenger en het vervreemdingsvoordeel dus bij de inbrenger te belasten. Bovendien past dit in de bedoeling van de wetgever, die expliciet heeft opgemerkt dat onbelaste sfeerovergangen niet binnen de regeling van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 vallen.¹¹⁸¹ Het in aanmerking nemen van het vervreemdingsvoordeel bij het APV lijkt me bovendien niet aan de orde. Het is de aanmerkelijkbelanghouder die (al dan niet fictief) vervreemdt. De wet biedt geen aanknopingspunten voor toerekening van het hieruit voortvloeiende vervreemdingsvoordeel aan het APV en aangezien dit voordeel bij de inbrenger in de heffing betrokken kan worden is hier ook geen enkele noodzaak toe.

14.3.4.3.1 Box 1-vermogen

De bespreking van box 1-vermogen beperk ik tot ondernemingsvermogen en ter beschikking gesteld vermogen. Bij de overige vormen van inkomen of uitgaven die in box 1 vallen is veelal sprake van inkomen of uitgaven die niet in de context van een APV genoten respectievelijk gedaan kunnen worden.¹¹⁸² Bij geen van de eerstgenoemde soorten vermogen lijkt het me overigens waarschijnlijk dat deze worden ingebracht in een APV. Ik ga daarom beknopt op de fiscale consequenties in.

14.3.4.3.1.1 Ondernemingsvermogen

In geval van ondernemingsvermogen kunnen zich de volgende situaties voordoen:

- (a) De onderneming is in Nederland gevestigd. Het APV is derhalve belastingplichtig in Nederland.¹¹⁸³ Er is sprake van een onderneming en tevens van

1180 Hetgeen een fictieve vervreemding is op grond van artikel 4.16 lid 1 sub e Wet IB 2001.

1181 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 111.

1182 Uitzonderingen zijn de eigen woning en daarmee samenhangende vermogensbestanddelen (zoals een kapitaalverzekering eigen woning) en een aanspraak op periodieke uitkeringen, die onder omstandigheden wellicht in een APV ingebracht kunnen worden. Bovendien zal zich in veel gevallen geen genietingsstijdstip voordoen bij de sfeerovergang (vergelijk artikel 3.146 lid 1 Wet IB 2001), tenzij sprake is van een tegen misbruik gerichte fictie. Het gaat mijns inziens het bestek van dit onderzoek echter te buiten om op alle mogelijke uitzonderingssituaties in te gaan.

1183 Met als eventuele uitzondering een in Nederland gevestigd doelvermogen zonder rechtspersoonlijkheid, dat buiten alle in artikel 2 lid 1 Wet Vpb genoemde situaties zou kunnen vallen (men kan zich met Boer afvragen of dit een omissie van de wetgever is, zie dissertatie 2011, paragraaf 9.2.2). Naar verwachting komt deze situatie niet of weinig voor, maar bij een in Nederland gevestigd trust(ee) lijkt dit denkbaar.

onderworpenheid aan een belasting naar de winst,¹¹⁸⁴ zodat de toerekeningsstop per definitie van toepassing is. De situatie waarin het ondernemingsvermogen wordt toegerekend aan de inbrenger doet zich derhalve niet voor. Als gevolg daarvan leidt de inbreng tot een staking van de onderneming.

- (b) Er is sprake van een buitenlandse onderneming. Voor zover de ondernemingswinst niet onderworpen is aan een belasting naar de winst, heeft de inbrenger een vaste inrichting in het desbetreffende buitenland. De winst hieruit is vrijgesteld op grond van een belastingverdrag, indien toepasselijk, en anders op grond van het Bvdb 2001. De inbrenger betaalt dus in principe geen belasting, zij het dat een progressienadeel kan optreden. Daarnaast kan toerekening van de vaste inrichting tot administratieve lasten leiden.

Voor zover de ondernemingswinst belast wordt, is de toerekeningsstop van toepassing en wordt de vaste inrichting niet langer toegerekend aan de inbrenger. Het niet langer toerekenen van het APV-vermogen leidt tot een staking van de onderneming. In beginsel kan dit tot belastingheffing kan leiden, maar als gevolg van de vrijstelling sorteert dit de facto vermoedelijk weinig fiscaal effect.

Het (weer) gaan toerekenen van het ondernemingsvermogen heeft evenmin grote fiscale gevolgen. Men zou dit kunnen zien als een start van de onderneming bij de inbrenger, waarbij de waarde in het economische verkeer van de activa en passiva als boekwaarden in aanmerking worden genomen,¹¹⁸⁵ maar ook in dit geval zal voorkoming van dubbele belasting – los van het progressievoorbehoud – aan daadwerkelijke heffing in de weg staan.

Een situatie waarin sprake is van een onderneming, maar deze niet in Nederland gevestigd is en ook niet tot een vaste inrichting in enig buitenland leidt, is mijns inziens althans niet goed denkbaar, evenals een situatie waarin bij een buitenlandse onderneming een sfeerovergang plaatsvindt, aannemend dat er steeds een onderneming is. Dit laatste zou dan slechts het gevolg kunnen zijn van het eerst niet onderworpen zijn aan een winstbelasting en daarna wel of vice versa, hetgeen zich vermoedelijk zelden voor zal doen.

1184 Het is niet volledig uitgesloten dat het APV onder een subjectieve vrijstelling valt; toepassing van de vrijstelling van artikel 6 Wet Vpb is onder specifieke omstandigheden denkbaar, sinds per 1 januari 2012 de beperking tot algemeen maatschappelijk of sociaal belang behartigende lichamen vervallen is.

1185 Behoudens indien de inbreng van de onderneming voor 1 januari 2010 heeft plaatsgevonden. Dan valt in het verlengde van artikel 10a.7 lid 4 Wet IB 2001 wellicht te betogen dat de (gecorrigeerde) historische boekwaarden gehanteerd dienen te worden. Strikt genomen heeft deze bepaling echter slechts betrekking op de situatie waarin de toerekening op 1 januari 2010 aanving.

14.3.4.3.1.2 Resultaatsvermogen

Onder de huidige toerekeningsstop kan zich bij resultaatsvermogen naar mijn mening niet de situatie voordoen dat het APV-vermogen niet wordt toegerekend. Dit vereist immers mede dat sprake is van een onderneming en dat is bij resultaatsvermogen juist niet het geval.¹¹⁸⁶ Als gevolg daarvan zijn sfeerovergangen in deze context niet aan de orde.

14.3.4.3.2 Box 2-vermogen

Ook met betrekking tot aanmerkelijkbelangaandelen kan men zich de vraag stellen of het niet langer toerekenen hiervan aan de inbrenger leidt tot een belastbare vervreemding van het aanmerkelijk belang. Eerder heb ik mij op het standpunt gesteld dat slechts sprake kan zijn van een (daadwerkelijke) vervreemding door de inbrenger, indien de vervreemdingshandeling aan hem toegerekend kan worden.¹¹⁸⁷ Daarnaast heb ik betoogd dat, voor zover geen sprake zou zijn van een daadwerkelijke, maar wel van een fictieve vervreemding, doorschuiving op grond van artikel 4.40 Wet IB 2001 mogelijk zou kunnen zijn.¹¹⁸⁸ Nadien zijn er evenwel meerdere wetswijzigingen geweest, die dit standpunt niet langer houdbaar maken.

Allereerst is bij de invoering van de Flex-BV de tekst van artikel 4.40 Wet IB 2001 gewijzigd (per 1 oktober 2012). Onder de huidige tekst is doorschuiving slechts mogelijk met betrekking tot aandelen die tot het vermogen van de belastingplichtige blijven behoren. Hoewel deze wijziging primair bedoeld is om buiten twijfel te stellen dat niet om doorschuiving verzocht kan worden in geval aandelen vervallen bij een juridische fusie of splitsing, heeft deze ook tot gevolg dat bij andere situaties waarin sprake is van een fictieve vervreemding in de zin van artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001, waarbij de belastingplichtige niet langer aandelen in de vennootschap bezit, zoals bij het niet langer toerekenen daarvan op grond van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 geacht kan worden het geval te zijn, doorschuiving niet (meer) mogelijk is.

Vervolgens zijn per 1 januari 2014 twee anti-misbruikmaatregelen ingevoerd, die verband houden met de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001:

¹¹⁸⁶ Dit is ook expliciet opgemerkt in de parlementaire geschiedenis, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 46.

¹¹⁸⁷ Een verdergaand standpunt wordt ingenomen door Pieterse, die van mening is dat ook een vervreemding kan worden geconstateerd indien de inbrenger geen bemoeienis heeft gehad met het intreden van de toerekeningsstop. Dit baseert hij op de omstandigheid dat de daartoe strekkende handeling van het APV het gevolg is van een complex van rechtshandelingen dat met die handeling voltooid wordt (zie L.J.A. Pieterse, Vervreemding van een aanmerkelijk belang; een grensverkenning, NTFR-B 2014/3, paragraaf 5). Indien sprake is van een vooropgezette intentie om in meerdere stappen tot het beëindigen van de toerekening te komen, lijkt het mij inderdaad denkbaar dat ook de handelingen die door het APV in dat kader worden verricht aan de inbrenger kunnen worden toegerekend.

¹¹⁸⁸ Zie A.E. de Leeuw, Sfeerovergangen bij afgezonderd particulier vermogen, WFR 2012/6950.

- (a) Het eerste is een nieuw artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001, waarin geregeld is dat het niet¹¹⁸⁹ of niet langer toerekenen van aandelen (etc.) als gevolg van het van toepassing worden van de toerekeningsstop een fictieve vervreemding is. Deze maatregel is het antwoord van de wetgever op door hem gepercipieerd misbruik, dat er in essentie uit bestond om een aanmerkelijkbelangpakket (nagenoeg) geheel in te brengen in een APV dat weliswaar belast was, maar tegen een veel lager tarief dan het box 2-tarief of dat bij voorkeur zelfs de facto geen belasting betaalde als gevolg van een deelnemingsvrijstelling.¹¹⁹⁰
- (b) Daarnaast is een nieuw artikel 4.24bis Wet IB 2001 geïntroduceerd, dat zich richt tegen het forceren van een verlies uit aanmerkelijk belang door middel van het niet langer toerekenen van het aanmerkelijk belang.¹¹⁹¹ Op grond van deze bepaling mag het verlies niet in aanmerking genomen worden op het moment van de toerekening stopt, maar pas op het moment van (i) daadwerkelijke realisatie (aannemend dat de toerekening wel plaats zou vinden) of (ii) uiterlijk na tien jaar. De belastingplichtige heeft de mogelijkheid om aan te tonen dat de fictieve vervreemding niet in overwegende mate gericht is op het in aanmerking nemen van een verlies uit aanmerkelijk belang.

Ten slotte is met ingang van 20 september 2016, 15.15u de tekst van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 aangepast en de thans geldende, zeer beperkte, toerekeningsstop ingevoerd.¹¹⁹² De reden hiervoor is dat de wetgever van mening was dat misbruik nog steeds mogelijk was¹¹⁹³ onder de oorspronkelijke versie van de toerekeningsstop. De toerekeningsstop is daarom beperkt tot de situaties waarin (i) het APV een actieve onderneming drijft en (ii) de winst van deze onderneming onderworpen is aan een belastingheffing naar de winst.¹¹⁹⁴

Deze wijziging van de toerekeningsstop bracht een sfeerovergang met zich, omdat

1189 Dit deel van de bepaling is niet noodzakelijk, aangezien de inbreng van aanmerkelijkbelangaandelen aan een APV dat van het begin af aan onder de toerekeningsstop valt reeds een reële vervreemding is als bedoeld in artikel 4.12 sub b Wet IB 2001. In vergelijkbare zin bijvoorbeeld Pieterse, NTFR-B 2014/3, paragraaf 4.

1190 Vergelijk ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2013/2014, 33 753, nr. 3, pagina 5. Getuige de latere aanpassing van de toerekeningsstop in 2016 (zie hierna) heeft deze maatregel onvoldoende een dam tegen dit misbruik opgeworpen, zie ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 3, pagina 11 – 12, alsmede de bijlage bij deze Memorie van Toelichting.

1191 Aangezien deze bepaling aanknoopt bij het van toepassing zijn van de fictie van artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001, maar niet bij daadwerkelijke vervreemdingen, is de regeling niet van toepassing bij een APV waar van meet af aan de toerekeningsstop op van toepassing is, zodat in dat geval wel verliesneming geforceerd zou kunnen worden (zie X.G.R. Auerbach en S.H. Hompe, De wetgever en het APV-regime: 'kurieren am Sympton', WFR 2014/7052, paragraaf 3.2).

1192 Zie voor de regeling nader paragraaf 14.3.4.1.

1193 Heffing van enige significantie op grond van de fictie van artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001 viel bijvoorbeeld te voorkomen door (i) de structuur van meet af aan onder te brengen in het APV of (ii) de aandelen over te dragen op een moment dat nog slechts sprake was van een beperkte waardevermeerdering ten opzichte van de verkrijgingsprijs.

1194 Zie nader paragraaf 14.3.4.1.

bij de meeste, zo niet alle, APV's, waarvoor tot dat moment de toerekeningsstop gold, deze ophield van toepassing te zijn. Indien het APV een pakket aandelen hield dat als aanmerkelijk belang kon kwalificeren, ontstond vanaf dat moment bij de inbrenger (opnieuw) een aanmerkelijk belang. Om te voorkomen dat hiervoor de waarde in het economische verkeer als verkrijgingsprijs zou gaan gelden, als gevolg waarvan de waardeestijging gedurende de periode van het van toepassing zijn van de toerekeningsstop alsnog (definitief) buiten de Nederlandse heffing zou blijven, is voorzien in overgangsrecht.^{1195 1196} Op grond hiervan wordt de verkrijgingsprijs gesteld op de historische verkrijgingsprijs van de inbrenger, met een aantal correcties:

- een vervreemdingsvoordeel waarover bij inbreng is afgerekend op grond van artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001 wordt bij de verkrijgingsprijs opgeteld;¹¹⁹⁷
- een waardeestijging gedurende de periode waarin wel sprake was van een APV, maar niet werd toegerekend aan de inbrenger, en waarover een belasting is betaald van ten minste 10% ten laste van het APV wordt ook bij de verkrijgingsprijs opgeteld; en
- indien voordelen zijn opgekomen uit de aanmerkelijkbelangaandelen, die niet tot het inkomen uit aanmerkelijk belang van de inbrenger zijn gerekend en waarover ook anderszins geen belasting van ten minste 10% is betaald worden afgetrokken van de verkrijgingsprijs. Indien sprake is van aanzienlijke voordelen, is denkbaar dat als gevolg hiervan de verkrijgingsprijs nihil wordt¹¹⁹⁸ of mogelijk zelfs negatief.

Hoewel het past bij het anti-misbruikarakter van deze wetwijziging om voor de verkrijgingsprijs niet uit te gaan van de waarde in het economische verkeer op het moment van het weer van toepassing worden van de toerekening, komt mij voor dat het overgangsrecht ertoe kan leiden dat Nederland zich een te groot heffingsrecht toe-eigent. Zo wordt geen rekening gehouden met buitenlandse heffing ter zake van inbreng, noch met perioden dat de inbrenger gedurende de periode van niet-toerekening niet belastingplichtig was ter zake van de aanmerkelijkbelangaandelen.¹¹⁹⁹

1195 Artikel 10a.7 lid 6 Wet IB 2001.

1196 Zie J.P. Boer, Aanpassingen van het APV-regime in het Belastingplan 2017 – de nieuwe toerekeningsstop geanalyseerd, FTV 2017/7 voor kritiek op de wijziging, in het bijzonder de terugwerkende kracht die voortvloeit uit het overgangsrecht.

1197 Een buitenlandse heffing ter zake van de inbreng wordt niet genoemd en deze valt ook niet onder de belaste waardeestijging van sub b, omdat die bepaling slechts ziet op waardeestijgingen die bij het APV belast zijn geweest en een buitenlandse heffing bij de inbrenger is geheven ten laste van de inbrenger. Hoewel het redelijk lijkt om hiermee rekening te houden, voorziet de regeling daar niet in.

1198 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017, 34 552, nr. 14, pagina 29.

1199 De achterliggende gedachte bij het in aftrek brengen van de onvoldoende belaste voordelen, die zijn opgekomen tijdens de periode van niet-toerekening, is althans dat zonder inbreng in het APV heffing over deze voordelen in Nederland had plaatsgevonden (zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2016/2017,

Het voorgaande geldt overigens slechts voor het ontstaan van een aanmerkelijk belang omdat de toerekening ophield als gevolg van de wetswijziging per 20 september 2016, 15.15u. Indien zich daarna de, mijns inziens vrij theoretische, situatie voordoet dat door het stoppen van de toerekening een aanmerkelijk belang ontstaat, is naar mijn mening in beginsel de hoofdregel van artikel 4.21 lid 1 jo. artikel 4.22 lid 1 Wet IB 2001 van toepassing en geldt de waarde in het economische verkeer als verkrijgingsprijs.

Als gevolg van de hiervoor beschreven wetswijzigingen staat vast dat het doorbreken van de toerekening in ieder geval een fictieve vervreemding is.¹²⁰⁰ Derhalve leidt deze gebeurtenis in beginsel tot afrekening, tenzij sprake is van een latent aanmerkelijkbelangverlies en geen tegenbewijs geleverd kan worden. Met de wijziging van de toerekeningsstop is de fictie van artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001 (en artikel 4.24bis Wet IB 2001) echter naar mijn mening praktisch een dode letter geworden: toepassing hiervan vereist niet alleen een belaste onderneming, maar ook dat de aanmerkelijkbelangaandelen aan die onderneming toegerekend kunnen worden. Hetzelfde geldt voor het als gevolg van het op een stoppen van de toerekening ontstaan van een aanmerkelijk belang. Deze situatie lijkt mij nauwelijks bestaanbaar. In theorie kunnen sfeerovergangen bij aanmerkelijkbelangaandelen dus wellicht tot complicaties leiden, maar in de praktijk is dit naar mijn mening geen daadwerkelijk probleem.

14.3.4.3.3 Box 3-vermogen

Voor box 3-vermogen is het niet van belang of de sfeerovergang vanuit fiscaal perspectief tot een vervreemding van het desbetreffende vermogen leidt. Vanwege de systematiek van de heffing in box 3 heeft een eventuele “vervreemding” als zodanig immers geen fiscale consequenties. Uiteraard heeft de sfeerovergang wel invloed op de omvang van de heffingsgrondslag voor box 3: als dat het APV-vermogen niet langer toegerekend wordt neemt de heffingsgrondslag af en bij een sfeerovergang “terug” neemt deze toe.

14.3.4.3.4 Sfeerovergangen en de Successiewet

Volledigheidshalve merk ik op dat sfeerovergangen geen gevolgen hebben voor de toepassing van de Successiewet. De artikelen 16 lid 1 en 17 lid 1 SW bepalen beide expliciet dat de hierin opgenomen regeling ook geldt voor APV-vermogen dat op grond van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 niet toegerekend wordt voor inkomstenbelastingdoeleinden. Voorts is van belang dat toerekening aan de inbrenger ophoudt als gevolg van de toerekeningsstop, maar niet verschuift naar een ander. In dat laatste geval

34 552, nr. 3, pagina 51). Deze veronderstelling is evenwel onjuist voor zover gedurende (een deel van) deze periode geen sprake was van belastingplicht in Nederland.

1200 Het inbrengen van aanmerkelijkbelangaandelen in een APV dat van meet af aan voldoet aan de eisen van de toerekeningsstop is mijns inziens een daadwerkelijke vervreemding. Daarnaast wordt ook deze situatie bestreken door artikel 4.16 lid 1 sub j Wet IB 2001, maar dat lijkt dus overbodig.

zou er aanleiding kunnen zijn om een belastbare schenking te constateren.¹²⁰¹ De sfeerovergang als zodanig beïnvloedt het al dan niet in aanmerking nemen van een belastbare verkrijging echter niet.

14.3.5 Uitkeringen uit het APV

Aangezien het APV-vermogen voor inkomstenbelastingdoeleinden wordt toegerekend aan de inbrenger, leidt de uitkering hiervan aan de inbrenger uiteraard niet tot verschuldigdheid van inkomstenbelasting. Dit kan echter anders zijn indien sprake is van meerdere inbrengers en één van hen vermogen krijgt uitgekeerd dat (deels) wordt toegerekend aan een of meer anderen. In dat geval kan sprake zijn van een belaste vervreemding, bijvoorbeeld als de uitkering betrekking heeft op aanmerkelijkbelangaandelen. Een voorbeeld van een uitkering met meerdere inbrengers is besproken in paragraaf 14.3.2.6.

Ook bij één inbrenger kan een uitkering door het APV aan een ander dan degene aan wie het desbetreffende vermogen wordt toegerekend echter, naast de heffing van schenkbelasting,¹²⁰² tot de heffing van inkomstenbelasting leiden, afhankelijk van de aard van het vermogen. Als het desbetreffende vermogen in box 1 valt (in een inkomenscategorie waarin vervreemdingswinsten belast zijn, zoals resultaat uit overige werkzaamheden) of in box 2, dan leidt vervreemding hiervan tot belastingheffing over de eventuele meerwaarde bij degene aan wie het vermogen wordt toegerekend.¹²⁰³ Dit past overigens in de parallel die getrokken wordt met de situatie waarin de inbreng niet heeft plaatsgevonden: als de inbrenger in die situatie het desbetreffende vermogen had geschonken, had dit eveneens tot een (belaste) vervreemding geleid. Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat in voorkomend geval faciliteiten, zoals de doorschuiffaciliteit voor aanmerkelijkbelangaandelen, van toepassing kunnen zijn.¹²⁰⁴

14.3.6 Overlijden van de inbrenger

14.3.6.1 Gevolgen overlijden van de inbrenger

Het overlijden van de inbrenger kan leiden tot de heffing van inkomstenbelasting. Dit zal zich met name voordoen indien het APV-vermogen (deels) bestaat uit aanmerkelijkbelangaandelen, zodat zich een fictieve vervreemding in de zin van artikel

1201 Zie paragraaf 14.4.4.

1202 Zie hiervoor paragraaf 14.4.2.

1203 Hierbij merk ik op dat zich, als gevolg van de toerekeningsuitzondering van artikel 2.14a lid 7 Wet IB2001, de situatie kan voordoen dat het vermogen niet wordt toegerekend voor inkomstenbelastingdoeleinden (die hiervoor nader paragraaf 14.3.4). In dat geval is het APV echter zelf belastingplichtig (in Nederland of elders) en kan de uitkering dus bij het APV zelf tot belastingheffing leiden.

1204 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930 nr. 9, pagina 46, Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 38, pagina's 14 en 16 (bijlage 2), en Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina's 21 en 37.

4.16 lid 1 sub e Wet IB 2001 voordoet. Indien voldaan is aan de voorwaarden kan echter de doorschuiffaciliteit van artikel 4.17a Wet IB 2001 worden toegepast.¹²⁰⁵ Indien sprake is van aandelen die niet kwalificeren voor toepassing van de doorschuiffaciliteit vindt echter geen heffing plaats indien de aandelen niet worden toegerekend op grond van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 (zie nader paragraaf 14.3.4). Aangezien de inbrenger op dat moment niet als aanmerkelijkbelanghouder wordt aangemerkt, kan zijn overlijden uiteraard niet tot een fictieve vervreemding leiden. Deze situatie zal zich naar verwachting echter zelden voordoen.

14.3.6.2 Toerekening aan de erfgenamen na overlijden van de inbrenger

Na het overlijden van de inbrenger wordt het APV-vermogen in beginsel¹²⁰⁶ toegerekend aan diens erfgenamen.¹²⁰⁷ Vervolgens wordt aan hen toegerekend in de verhouding waarin zij verkrijger krachtens erfrecht zijn. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat er bewust voor gekozen is om toe te rekenen aan de erfgenamen en niet aan de verkrijgers krachtens erfrecht, aangezien de wetgever niet wilde toerekenen aan legatarissen en lastbevoordeelden. De wetgever meende dat dit laatste tot onredelijke uitkomsten zou kunnen leiden.¹²⁰⁸ Het deel van de wettekst dat spreekt over de verdeling van de toerekening over de erfgenamen knoopt echter aan bij de omvang van de verkrijging krachtens erfrecht. Dit tekstuele verschil lijkt te impliceren dat bij de verdeling van de toerekening over de erfgenamen niet alleen rekening gehouden dient te worden met het erfdeel dat een erfgenaam verkrijgt, maar ook met eventuele legaten en/of lastbevoordelingen van die erfgenaam¹²⁰⁹ (zie echter ook hierna).

Na het overlijden van een erfgenaam treden zijn erfgenamen op hun beurt in de plaats van de overleden erfgenaam. Nu schrijft de wettekst voor dat de verdeling van de toerekening plaatsvindt op grond van de verhouding waarin de erfgenamen van de overleden erfgenaam diens erfgenaam zijn. In dit geval zou dus geen rekening gehouden moeten worden met eventuele legaten of lastbevoordelingen. De tweede en derde volzin van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 zijn derhalve niet consistent.

De vraag is dan hoe de verdeling van de toerekening in beide situaties toegepast dient te worden. De alternatieven zijn om ofwel de wettekst te volgen en derhalve bij erfgenamen van de inbrenger een ander systeem toe te passen dan bij alle latere erfgenamen, ofwel

1205 Dit is ook meermaals bevestigd in de parlementaire geschiedenis, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 46, en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 38, pagina 16 (bijlage 2).

1206 Zie ook paragrafen 14.3.6.6 en 14.3.6.3.

1207 Artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001. Er is daarbij bewust gekozen voor toerekening aan de erfgenamen en niet (bijvoorbeeld) de begunstigten, omdat helder is, alsmede moeilijker te manipuleren, wie erfgenaam is (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 49).

1208 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 53.

1209 Zie tevens A.E de Leeuwen en T.J.P. Folmer, Zwevende vermogens voldoende gevangen? WFR 2009/6827, paragraaf 3.5.

van de letterlijke wettekst af te wijken en in beide gevallen hetzelfde systeem toe te passen. In het laatste geval is dan nog de vraag of in beide gevallen wel of niet rekening gehouden dient te worden met legaten en lastbevoordelingen.

De parlementaire geschiedenis biedt in dit opzicht weinig houvast. Er is slechts gezegd dat niet gekozen is voor toerekening aan legatarissen en lastbevoordeelden, maar daarbij is niet aangegeven hoe legaten en lastbevoordelingen verkregen door erfgenamen behandeld moeten worden. Daarbij zijn de in de verschillende parlementaire stukken gegeven voorbeelden in zoverre simpel dat daar steeds wordt uitgegaan van een bepaald aantal erfgenamen met een gelijk erfdeel, zonder dat de mogelijkheid van bijvoorbeeld een legaat aan bod komt.¹²¹⁰ Wel is gezegd dat voor de toerekening per erfgenaam de wettelijke of testamentaire verdeling wordt gevolgd en dat derhalve wordt uitgegaan van de feitelijke verdeling,¹²¹¹ maar dit is weinig conclusief. De enige andere mogelijk relevante opmerking is een toevoeging bij de uitwerking van een voorbeeld dat een eventuele legatering niet van invloed is op het gegeven antwoord, behoudens wellicht op de precieze toedeling.¹²¹² Deze toevoeging lijkt te suggereren dat een legaat van invloed kan zijn, maar de tekst is mijns inziens onvoldoende concreet om hier echt een conclusie aan te verbinden. Bovendien geeft dit geen inzicht in het tekstuele verschil tussen de tweede en de derde volzin van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001, noch een antwoord op de vraag of dit een bewust verschil is.

Ten slotte kan nog gekeken worden naar de tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001, waarin de in paragraaf 14.3.6.6 te bespreken tegenbewijsregeling voor erfgenamen is neergelegd. Deze bepaling spreekt, in de situatie waarin een erfgenaam in het tegenbewijs slaagt, over toerekening aan de overige erfgenamen op basis van de verhouding waarin zij verkrijger krachtens erfrecht zouden zijn geweest bij uitsluiting van degene die het tegenbewijs geleverd heeft. Aangezien “erfgenaam” in artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 zowel kan zien op de erfgenaam van de inbrenger als op een erfgenaam van een erfgenaam neemt hiermee de onduidelijkheid over de interpretatie van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 alleen maar toe. Van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 kan op zichzelf genomen wellicht nog gezegd worden dat de letterlijke tekst een bepaald systeem voorschrijft, te weten een verschil in behandeling tussen de erfgenamen van de inbrenger en alle latere erfgenamen, dat bij het ontbreken van een duidelijke indicatie van de bedoeling van de wetgever in de parlementaire geschiedenis gevolgd dient te worden. De tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 ontnemt mijns inziens echter de kracht aan dit argument.

1210 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 52; Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina's 93 – 94 en 109 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 10 – 11.

1211 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 48.

1212 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 11.

De beoogde interpretatie van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 is derhalve op dit punt niet duidelijk. Naar mijn mening zijn er echter meerdere argumenten om de tekstuele inconsistenties te beschouwen als een slordigheid en slechts uit te gaan van de verkrijging als erfgenaam:

- Het tekstuele verschil in de behandeling van erfgenamen van de inbrenger en erfgenamen van de erfgenamen verliest dan betekenis, hetgeen tot een consistente benadering leidt.
- Deze benadering is ook in lijn met de gedachte dat voor de toerekening geen rekening gehouden wordt met personen die uitsluitend legataris of lastbevoordeelde zijn.
- Het is eenvoudiger om legaten en lastbevoordelingen te negeren. Erfgenaamschap is procentueel, maar bij overige erfrechtelijke verkrijgingen moet een waardering plaatsvinden om alsnog ieders procentuele aandeel in de totale waarde van de nalatenschap te bepalen.¹²¹³

Het voorkomen van alle waarderingsdiscussies vereist wel dat men “verkrijging krachtens erfrecht” in artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 leest als “(procentuele) verkrijging als erfgenaam”. In dat geval heeft het uithollen van de erfdelen van een of meer erfgenamen door middel van grote legaten geen invloed op de toerekening, aangezien dit niet afdoet aan het procentuele erfdeel. Gezien de letterlijke tekst gaat deze interpretatie echter wel wat ver en kan mijns inziens niet met zekerheid gezegd worden dat de tekst zo gelezen moet worden.

Gezien deze onduidelijkheid is aan te bevelen dat de wettekst op zodanige wijze wordt aangepast, dat een consistent en duidelijk systeem ontstaat. Mijn voorkeur gaat daarbij zoals gezegd uit naar het volledig negeren van legaten en lastbevoordelingen.

Overigens is de vraag in hoeverre gezien het in artikel 2.14a leden 4 en 6 Wet IB 2001 bepaalde een van de procentuele erfdelen afwijkende verdeling in de praktijk mogelijk is. Met name lid 4 dat mijns inziens zo gelezen kan worden, dat iedere afwijking van het erfdeel bij versterf een gedeeltelijke onterving van de desbetreffende erfgenaam meebrengt, die door deze bepaling gecorrigeerd wordt. Voor een verdere behandeling van deze bepalingen zij verwezen naar paragraaf 14.3.6.3 respectievelijk 14.3.6.4 hierna.

¹²¹³ Dan rijst tevens de vraag tegen welke waarde goederen in aanmerking genomen dienen te worden: de waarde in civielrechtelijke context, of de fiscale waarde in het economische verkeer, met inachtneming van fiscale waarderingsvoorschriften zoals de WOZ-waarde voor woningen. Bij ontbreken van een indicatie dat voor de invulling van “verkrijger krachtens erfrecht” afgeweken moet worden van de civielrechtelijke interpretatie is er een argument voor het volgen van de waardering voor civielrechtelijke doeleinden, maar in feite is dit niet duidelijk. Deze onduidelijkheid kan een aanvullend argument zijn om met legaten en lastbevoordelingen geen rekening te houden.

Welke verdeling echter ook gevolgd wordt, toerekening aan de erfgenamen heeft een aantal bezwaren. Om te beginnen kan dit onredelijk uitpakken. Er wordt immers vermogen aan een erfgenaam toegerekend die wellicht veel minder krijgt dan hetgeen aan hem toegerekend wordt, of die zelfs nooit iets uit het APV ontvangt. Bij een discretionair APV zal het eerder regel dan uitzondering zijn dat er een discrepantie zit tussen het toegerekende vermogen en het vermogen waar daadwerkelijk op enig moment over beschikt kan worden. Het is niet ondenkbaar dat een erfgenaam in financiële problemen komt, omdat hij wel belasting moet betalen in verband met aan hem toegerekend vermogen, maar hij geen uitkeringen ontvangt om deze belasting te voldoen.¹²¹⁴ Het is daarom mijns inziens sterk aan te bevelen om bij het opzetten van een APV aan de bestuurder daarvan de verplichting op te leggen om ten minste zodanige uitkeringen te doen aan de begunstigten, dat zij in staat gesteld worden om de belasting, die verschuldigd is in samenhang met de toerekening van het APV-vermogen aan hen, te voldoen.

Daarnaast kan en zal het voorkomen dat de begunstigten van een discretionair APV zich helemaal niet bewust zijn van het feit dat zij begunstigde zijn, omdat de beheerder van het APV hen hiervan niet op de hoogte heeft gesteld. Deze begunstigten zullen dan onbedoeld onjuiste aangiften doen en te weinig belasting betalen en als gevolg daarvan op een later moment geconfronteerd kunnen worden met navorderingsaanslagen. Een (vergrijp)boete kan overigens mijns inziens in een dergelijk geval niet opgelegd worden, omdat bij het ontbreken van kennis over het APV van opzet of grove schuld geen sprake kan zijn.¹²¹⁵

14.3.6.3 Uitbreiding van het begrip “erfgenaam”

De toerekening aan de erfgenamen als zodanig brengt met zich dat het voorkomen van belastingheffing over het ingebracht vermogen relatief eenvoudig wordt. Dit kan bijvoorbeeld bereikt worden door, als de beoogde erfgenamen deels in het buitenland wonen, uitsluitend de buitenlandse personen tot erfgenaam te benoemen en degenen die in Nederland wonen te compenseren door middel van legaten. Als het vermogen bestaat uit bijvoorbeeld portfoliobeleggingen zijn de buitenlandse erfgenamen ter zake daarvan niet buitenlands belastingplichtig en wordt dus weliswaar toegerekend, maar geen inkomstenbelasting betaald ter zake van het APV-vermogen. In dit geval wordt, uitgaande van een (al dan niet fictief) in Nederland wonende inbrenger, echter nog wel erfbelasting over het APV-vermogen betaald door de erfgenamen op grond van de fictie van artikel 16 SW.¹²¹⁶ Ook dit is echter nog te vermijden door de variant waarbij de

1214 Zie voor een extreem voorbeeld A.E. de Leeuw, Faillissement van een erfgenaam, FED 2012/108.

1215 Dit zou wellicht anders kunnen zijn indien de erfgenaam redelijkerwijs bekend had kunnen zijn met het bestaan van het APV en de fiscale implicaties daarvan voor zijn positie, maar zich bewust onwetend houdt.

1216 Besproken in paragraaf 14.4.3.

erfgenaam een vrijstelling van erfbelasting geniet, bijvoorbeeld een ANBI of de Staat.¹²¹⁷ De civielrechtelijke nalatenschap kan daarbij worden uitgehold door inbreng in het APV of legaten, zodat de facto weinig vermogen verloren gaat voor de familie van de inbrenger.

De wetgever beschouwde het bestaan van deze mogelijkheid uiteraard als onwenselijk en heeft daarom een antimisbruikbepaling toegevoegd in artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 om een dergelijke handelwijze de pas af te snijden. Deze bepaling houdt in dat voor de toepassing van de toerekeningsbepaling onderfde erfgenamen gelijk gesteld worden met daadwerkelijke erfgenamen. Onder onderfde erfgenamen moet mijns inziens verstaan worden diegenen die op grond van het erfrecht bij versterf tot de nalatenschap geroepen zouden zijn,¹²¹⁸ maar civielrechtelijk geen erfgenaam zijn als gevolg van de inhoud van het testament van de inbrenger.¹²¹⁹ De gelijkstelling vindt overigens uitsluitend plaats indien de onderfde erfgenaam, diens fiscale partner of een bloed- of aanverwant in de rechte lijn rechtens dan wel in feite, direct of indirect begunstigde van het APV is. Het lijkt me gezien het antimisbruikarakter van de bepaling in eerste instantie op de weg van de belastingdienst liggen om aannemelijk te maken dat sprake is van een dergelijke begunstiging. Overigens heeft de onderfde erfgenaam, aan wie wordt toegerekend omdat niet hijzelf maar iemand binnen de familiekring van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 begunstigde van het APV is, nog wel de mogelijkheid om het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 te leveren.

Er valt een tekstueel verschil op tussen artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 en artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 (eerste volzin), aangezien de laatste bepaling ook aanknoopt bij de omstandigheid dat men begunstigde kan worden en de eerste alleen bij het feit dat men dat is.¹²²⁰ Daarnaast kan men zich afvragen hoe de familiekring genoemd in artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 zich verhoudt tot de tegenbewijsregeling. Het valt althans enigszins te verwachten dat als men niet zelf begunstigde is, maar een afstammeling wel zodat de gelijkstelling met een erfgenaam toepassing vindt, men althans de theoretische mogelijkheid tot het leveren van het tegenbewijs heeft. Het is echter niet uitgesloten dat de onderfde erfgenaam weliswaar geen begunstigde is, maar niet uitgesloten is dat hij het wel ooit zou kunnen worden, of dat ook die laatste mogelijkheid niet bestaat, maar de onderfde erfgenaam als gevolg van bewijsnood niet kan ontkomen aan de toerekening. Vanuit het perspectief van het tegengaan van het overslaan van één generatie valt er

1217 Vergelijk bijvoorbeeld F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, Internationale aspecten van de vernieuwde Successiewet 1956, WFR 2010/6815, paragraaf 3.5 en R.P.C. Cornelisse, Over de Al Qedaroute en de nieuwe Balkenende-norm, FED 2009/46.

1218 Artikel 4:10 BW. Uiteraard tenzij een ander recht dan het Nederlandse recht van toepassing is op de nalatenschap, dan dient naar mijn mening gekeken te worden naar de erfgenamen bij versterf volgens dat recht.

1219 Vergelijk ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 25 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 903, nr. 76, pagina 12. In vergelijkbare zin tevens Van der Avoird 2012, pagina 167.

1220 Vergelijk in dit verband ook P.G.H. Albert, Familiestichting: afgezonderd particulier vermogen of toch niet?, NTFR 2012-189, die zich de vraag stelt of potentiële begunstiging ook voldoende is voor toerekening op grond van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 en deze vraag – mijns inziens terecht – ontkennend beantwoordt.

ook wel iets voor dit verschil te zeggen. Dit kan dan slechts nog effectief zijn indien men de tussenliggende generatie geheel overslaat: men kan geen erfgenaam zijn en moet ook definitief uitgesloten zijn als begunstigde, zodat het tegenbewijs geleverd kan worden. Op dat moment is, behoudens toepassing van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001, toerekening mijns inziens niet mogelijk zolang (per staak) de personen in de tussenliggende generatie in leven zijn.¹²²¹

De wetgever hanteert een ruime interpretatie van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001. Zo is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat ook partieel onderfd personen onder de bepaling kunnen vallen.¹²²² Dit betekent dat een enkele variatie in de erfdelen tussen de erfgenamen bij versterf reeds tot toepassing van de bepaling en aanpassing van de (verdeling van de) toerekening kan leiden, indien tevens voldaan is aan de eis dat de erfgenaam of iemand binnen zijn familiekring begunstigde is. Hoewel het eleganter zou zijn geweest om deze bedoeling tot uitdrukking te brengen door toevoeging van de woorden “geheel of gedeeltelijk”, laat de tekst van de bepaling mijns inziens ruimte voor deze interpretatie. Bovendien doet deze interpretatie meer recht aan de bedoeling van de bepaling. Indien gedeeltelijke onterving niet binnen het bereik van de bepaling zou vallen, zou men (behoudens toepassing van het zesde lid), de toepassing hiervan kunnen voorkomen door een erfgenaam een erfdeel van 1% te geven in plaats van bijvoorbeeld 50%.¹²²³ Dit is een vrij extreem voorbeeld, maar het illustreert wel dat bij het niet automatisch meenemen van een gedeeltelijke onterving discussie ontstaat over waar de grens ligt tussen een “echte” gedeeltelijke en dus niet relevante onterving en een situatie waarin materieel sprake is van volledige onterving die wel leidt tot toepassing van het vierde lid.

Niet is vereist dat sprake is van een ontgaansmotief. Strikt genomen brengt de formulering van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 dus met zich dat deze bepaling van toepassing kan zijn in vele situaties waarin helemaal geen sprake is van een fiscaal motief voor het opnemen van afwijkende erfdelen in het testament. Daarnaast is de bepaling in zoverre ongeclausuleerd, dat voor toepassing hiervan niet noodzakelijk is dat iemand, logischerwijs zou dit de inspecteur zijn, hier een beroep op doet. Indien geen rekening gehouden hoeft te worden met een ontgaansmotief is men eenvoudigweg onderfd of men is dat niet en doorgaans is dat relatief eenvoudig vast te stellen. Een vraag kan nog wel zijn of de uitholling van de erfdelen door grote legaten neer kan komen op een de facto onterving, maar indien bij de toerekening aan

1221 Zie nader paragraaf 14.3.6.6.4.

1222 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 31. Men kan zich overigens afvragen in hoeverre deze interpretatie steun vindt in de wettekst. De redactie van Vakstudie Nieuws kwam op basis van de tekst tot de conclusie dat artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 uitsluitend ziet op volledige ontervingen, vanwege het ontbreken van de zinsnede “geheel of gedeeltelijk”, hetgeen later door de wetgever is weersproken (zie V-N 2009/41.3, bij onderdeel 2.a.2).

1223 Vergelijk Hoogwout en Verstijnen, FTV 2013/46, paragraaf 2.1.2, die van mening zijn dat in een dergelijke situatie artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 niet van toepassing is.

erfgenamen uitsluitend gekeken wordt naar het erfgenaamschap, speelt dit punt niet. Op deze wijze gelezen leidt artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 ertoe dat ieder afwijking van het erfrecht bij versterf gecorrigeerd wordt en dat derhalve voor de toerekening per definitie dit erfrecht wordt gevolgd. Ik kan mij voorstellen dat dit effect de wetgever niet primair voor ogen heeft gestaan, maar de wettekst als zodanig leidt naar mijn mening wel tot die conclusie.

Tijdens de parlementaire behandeling is in de literatuur¹²²⁴ voorts gevraagd naar de positie van personen die onwaardig zijn om te erven, personen die uit een uiterste wilsbeschikking geen voordeel kunnen genieten en personen die verwerpen. Het antwoord van de wetgever op deze vraag is dat de eerste twee categorieën personen buiten het bereik van de regeling vallen, maar dat dit voor de verwerpende erfgenaam niet bevestigd kan worden. Dit laatste omdat verwerpen de mogelijkheid tot belastingontwijking zou bieden, aangezien de persoon in kwestie zelf in de hand heeft of hij verwerpt of niet.¹²²⁵ Dit is mijns inziens echter onjuist. Een onterfde erfgenaam is iets heel anders dan een verwerpende erfgenaam en er is ook in zoverre een duidelijk verschil tussen beide situaties dat de erflater in de eerste invloed heeft en in de tweede niet. Bovendien staat de verwerpende erfgenaam gewoon niet in de tekst. Indien de wetgever had willen voorkomen dat door middel van verwerping van de nalatenschap de toerekening wordt voorkomen dan had hij daar een aparte regeling voor moeten treffen. Verwerping valt derhalve naar mijn mening niet onder de huidige formulering van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001.

Als men eenmaal tot de toepassing van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 komt, rijst de vraag hoe het toegerekend vermogen dan verdeeld moet worden over de erfgenamen aan wie wordt toegerekend. Men kan immers betogen dat iemand die onterfd is een verkrijging krachtens erfrecht heeft van nihil, zodat toepassing van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 nog steeds tot gevolg heeft dat hij niet krijgt toegerekend.¹²²⁶ De wetgever heeft aangegeven dat dit uiteraard niet de bedoeling is en dat mede rekening gehouden moet worden met omvang van de begunstiging.¹²²⁷ Dit stuit overigens naar mijn mening op praktische bezwaren, aangezien de essentie van een discretionair APV¹²²⁸ nu juist is dat de mate van begunstiging niet vaststaat. Dan rest het tellen van het aantal erfgenamen (die tevens begunstigde zijn) op het moment waarop de toerekening getoetst wordt en aan hen allen een pro rata aandeel van de begunstiging toekennen, dan wel het toerekenen van een pro rata aandeel op basis van ieders procentuele erfdeel bij versterf.¹²²⁹

1224 Auerbach, WPNR 2009/6802, paragraaf 4.3.

1225 Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 30.

1226 Zie ook V-N 2009/41.3, bij onderdeel 2.a.2).

1227 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 31.

1228 Bij niet-discretionaire APV's sorteert de toerekeningsregel in beginsel de facto geen effect.

1229 In veel gevallen zal de uitkomst hetzelfde zijn, maar indien bijvoorbeeld een broer erfgenaam bij versterf is samen met de twee kinderen van zijn vooroverleden zus, is er verschil. Het erfdeel bij versterf lijkt mij derhalve het meest reële uitgangspunt.

¹²³⁰ Dit is echter vrij arbitrair en kan tot onredelijke uitkomsten leiden.¹²³¹ Daarnaast blijft volstrekt onduidelijk hoe de mate van begunstiging zich verhoudt tot de omvang van de erfden van de erfgenamen die niet onderfd zijn; getuige het gebruik van het woord “mede” door de wetgever spelen kennelijk beide factoren een rol, maar er wordt niet toegelicht welke. De wijze waarop artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 in concreto uitwerkt is dus verre van helder. Bij gebrek aan een ander aanknopingspunt lijkt toerekening op basis van het erfdeel bij versterf evenwel de meest duidelijke en voor zover mogelijk evenwichtige wijze van toerekening.

14.3.6.4 Maatregel tegen “antifiscale” testamenten

Naast de in paragraaf 14.3.6.3 beschreven antimisbruikmaatregel gericht tegen het onterven van erfgenamen is in de derde volzin van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 een tweede, algemenere antimisbruikmaatregel opgenomen. Hierin is bepaald dat de toerekening aan erfgenamen zoals neergelegd in artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 niet van toepassing is indien blijkt dat de erfopvolging krachtens uiterste wilsbeschikking in overwegende mate gericht is op het geheel of gedeeltelijk ontgaan of uitstellen van deze toerekening. De bewijslast rust op de inspecteur.¹²³² Een situatie waar de wetgever in dit verband aan gedacht heeft is een inbrenger met twee erfgenamen, waarvan er één in Nederland woont en de andere in het buitenland. Hun erfdeel bij versterf is ieder 50%. De inbrenger stelt echter een testament op waarin de buitenlandse erfgenaam een erfdeel van 99% krijgt en de binnenlandse erfgenaam een erfdeel van slechts 1%¹²³³. Er van uitgaan dat de aard van het APV-vermogen niet leidt tot buitenlandse belastingplicht, leidt de toerekening als het testament gevolgd wordt tot heffing van inkomstenbelasting over slechts 1% van het APV-vermogen. Indien het testament niet gemaakt was zou dit 50% zijn. Door dit “antifiscale” testament wordt dus de Nederlandse belastingheffing aanmerkelijk beperkt.

De vraag is dan hoe de toerekening wel plaats vindt. De tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 biedt hier niet echt aanknopingspunten voor, aangezien slechts de toerekening op basis van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 buiten toepassing wordt gesteld. In de parlementaire geschiedenis is echter opgemerkt dat wordt aangesloten

¹²³⁰ In vergelijkbare zin Hoogwout en Verstijnen, FTV 2013/46, paragraaf 2.2.2.

¹²³¹ Zie tevens paragraaf 14.3.3.3.

¹²³² De wettekst is overigens neutraal geformuleerd, zodat niet alleen de inspecteur hier een beroep op kan doen, maar ook een erfgenaam, vergelijk Auerbach, WFR 2010/6874, paragraaf 4.3. Een aanvullend argument is overigens dat zowel rechtbank Den Haag (uitspraak van 17 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6572) als hof Den Haag (uitspraak van 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1353, V-N 2019/37.5) van mening zijn dat ook de inspecteur een beroep toekomt op het tegenbewijs van de eerste volzin van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 (zie paragraaf 14.3.6.6.1). Een consistente interpretatie houdt dan naar mijn mening in dat ook de erfgenaam een beroep kan doen op de tegenbewijsregeling van de derde volzin.

¹²³³ Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 25. Degene die een kleiner aandeel krijgt kan gecompenseerd worden doordat hij meer uit het APV ontvangt, maar uiteraard ook al door middel van een legaat.

bij de verhouding die op basis van de feiten en omstandigheden in wezen is overeengekomen¹²³⁴. Op een ander punt past de wetgever de bepaling toe op een situatie waarin een erfgenaam overleden is en wordt aangegeven dat deze persoon weer volledig in de kring van erfgenamen wordt opgenomen en de toerekening plaatsvindt op basis van de hoofdregel¹²³⁵. Ten slotte wordt op weer een ander punt een voorbeeld gegeven waarin voor de toerekening wordt aangesloten bij de mate van begunstiging.¹²³⁶

Kortom, de toe te passen wijze van toerekening wordt niet voorgeschreven door de wet en in de parlementaire geschiedenis worden meerdere wijzen van toerekening genoemd. Het is derhalve niet duidelijk hoe de toerekening nu plaats dient te vinden op het moment dat de antimisbruikmaatregel van toepassing is. Het lijkt me daarbij overigens onmogelijk om aan te sluiten bij de begunstiging ter zake van het APV-vermogen. De APV-regeling sorteert met name effect bij discretionaire entiteiten¹²³⁷ en het essentiële kenmerk hiervan is nu juist dat de verdeling van de begunstiging niet vaststaat.¹²³⁸ Aansluiten bij de toerekening die zou hebben plaatsgevonden indien het testament niet was gemaakt, ofwel bij het erfgenaamschap bij versterf, lijkt me een meer voor de hand liggende oplossing. Hier kan tegenin gebracht worden dat dit een arbitraire wijze van toerekenen is, die tot onredelijke uitkomsten kan leiden, maar het voordeel is wel dat vooraf duidelijk is hoe de toerekening zal verlopen. Daarbij kan degene aan wie na toepassing van de antimisbruikmaatregel wordt toegerekend en die geen begunstigde van het APV is het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 leveren, althans in theorie.

Het is overigens mijns inziens van ondergeschikt belang wat de juiste wijze van toerekening is, aangezien de derde volzin van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 een vrijwel overbodige bepaling bevat. Indien de ruime interpretatie die de wetgever geeft aan de antimisbruikbepaling van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 gevolgd wordt, valt ook de partiële onterving van een erfgenaam hieronder. Het voorbeeld van de inbrenger die zijn buitenlandse erfgenaam een erfdeel van 99% toekent en hierdoor zijn in Nederland wonende erfgenaam effectief overleeft valt dus al binnen het bereik van deze bepaling. Daarbij komt dat er ook weinig situaties te bedenken zijn voor het beïnvloeden van de wijze van toerekenen die niet in elk geval een partiële onterving van een of meer erfgenamen bij versterf met zich brengen. De toerekening is immers primair afhankelijk van het zijn van erfgenaam.

De enige uitzondering hierop is een testament waarin een legaat of lastbevoordeling is opgenomen ten gunste van een erfgenaam, indien men tevens aanneemt dat hiermee

1234 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 25.

1235 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 30.

1236 Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 76, pagina 12.

1237 Zie nader paragraaf 14.3.7.

1238 In paragraaf 14.3.3.3 wordt nader ingegaan op de toerekening op basis van begunstiging en de daarbij spelende problemen.

rekening gehouden moet worden bij de bepaling van de omvang van de toerekening aan iedere erfgenaam.¹²³⁹ Daar vanuit gaand kan door het toekennen van legaten of lastbevoordelingen invloed uitgeoefend worden op de uiteindelijke toerekening, terwijl deze situatie niet onder artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 valt.¹²⁴⁰ Het komt mij echter voor dat niet snel sprake zal zijn van een situatie waarin degene aan wie APV-vermogen wordt toegerekend een zodanig testament maakt dat de toerekening door middel van legaten of lastbevoordelingen in zodanige mate beïnvloed wordt dat de inspecteur een ontgaansmotief kan bewijzen en artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 kan toepassen. Voor de situaties waarin het testament de toerekening beïnvloedt door middel van afwijkende erfdelen ligt het mijns inziens voor de hand dat de inspecteur artikel 2.14a lid 4 Wet IB toepast. De bewijslast is dan minder zwaar, omdat de enkele (partiële) onterving van een erfgenaam in combinatie met begunstiging van personen binnen de familiekring voldoende is voor toepassing van de bepaling. Het aantonen van een ontgaansmotief is hier niet vereist.

14.3.6.5 Conclusie

Mijns inziens zou artikel 2.14a Wet IB 2001 duidelijker en consistentere zijn indien in artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 wordt opgenomen dat de toerekening uitsluitend gebaseerd is op de verkrijging als erfgenaam, zonder dat legaten en lastbevoordelingen meetellen.¹²⁴¹ De derde volzin van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 kan dan geschrapt worden, aangezien alle situaties waarin de toerekening beïnvloed wordt door middel van een testament dan een (partiële) onterving inhouden en reeds binnen het bereik van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 vallen. Overigens kan verder bijgedragen worden aan de duidelijkheid van de bepaling door in artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 dan ook expliciet op te nemen dat partiële onterving ook onder deze bepaling valt.

Tot slot merk ik op dat ook deze antimisbruikmaatregel mijns inziens niet van toepassing kan zijn indien een erfgenaam verwerpt. In dat geval wordt het erfgenaamschap en daarmee de toerekening immers niet voorkomen als gevolg van het testament van de erflater, zodat deze situatie niet onder artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 valt. Indien de wetgever dit als onwenselijk zou ervaren, zou de wettekst aangepast worden. Een wijziging van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 in combinatie met de hierboven voorgestelde wijzigingen ligt dan overigens naar mijn mening het meest voor de hand om tot een duidelijk en consistent geheel te komen.

1239 Mijns inziens zou hiervan echter geabstraheerd moeten worden, zie paragraaf 14.3.6.2.

1240 Dit zou dan evenwel onder omstandigheden anders kunnen zijn, indien de nalatenschap geheel of in sterke mate wordt uitgehold door middel van legaten en men dit als een de facto onterving van een of meer erfgenamen beschouwt.

1241 Zie tevens paragraaf 14.3.6.2.

14.3.6.6 Tegenbewijsregeling voor erfgenamen

14.3.6.6.1 Algemeen

Artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 geeft een tegenbewijsregeling voor erfgenamen. Als een erfgenaam kan doen blijken dat noch hijzelf, noch zijn fiscale partner rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigde is van het APV en dit ook niet kan worden, dan wordt geen APV-vermogen aan hem toegerekend. In dit geval vindt de toerekening plaats aan de overige erfgenamen, die het tegenbewijs niet hebben kunnen leveren, in de verhouding waarin zij verkrijgers krachtens erfrecht zouden zijn geweest bij uitsluiting van de erfgenaam die het tegenbewijs geleverd heeft.¹²⁴²

Artikel 4a lid 6 Uitvoeringsregeling IB 2001 geeft een opsomming van de documentatie die de erfgenaam, die een beroep wil doen op de tegenbewijsregeling van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001, ten minste moet overleggen:

- (a) een beschrijving van het soort APV en het land van vestiging;
- (b) de oprichtingsakte van het APV inclusief bijlagen (zoals instructies, reglementen, letter of wishes, statuten);
- (c) de meest actuele jaarstukken van het APV over minimaal drie jaar;
- (d) naam- en adresgegevens van de inbrenger van het vermogen en van de overige erfgenamen;
- (e) alle overige stukken waaruit blijkt dat de desbetreffende erfgenaam geen begunstigde is van het APV en dit in de toekomst ook nooit kan worden.

De bewijslast die rust op een erfgenaam die een beroep wil doen op de tegenbewijsregeling is derhalve zwaar,¹²⁴³ mede gezien de te overleggen documentatie, en dit bewijs is mijns inziens moeilijk om te leveren. Aan personen die geen begunstigde van het APV zijn zal de trustee de benodigde documentatie immers in principe niet willen verschaffen en zonder diens medewerking zal veelal niet aan deze documentatie te komen zijn. Daarnaast zal het in veel gevallen niet mogelijk zijn om te bewijzen dat men geen begunstigde van

¹²⁴² Aan deze andere erfgenamen wordt rechtsbescherming geboden door de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de aan hen opgelegde aanslag inkomstenbelasting, maar ook bijvoorbeeld door te verzoeken om een beschikking vaststelling verkrijgingsprijs van aanmerkelijkbelangaandelen in de zin van artikel 4.36 Wet IB 2001 (vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 57; zie tevens Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 110, waar verwezen wordt naar de normale wettelijke rechtsbescherming). Het is overigens de vraag of dit iets op kan leveren; er van uitgaand dat de overige erfgenamen zelf niet het tegenbewijs kunnen leveren, kunnen zij niet aan de toerekening ontkomen.

¹²⁴³ Bewust, getuige onder meer de formulering “blijken” in de tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001.

het APV kan worden. Dit lijkt alleen het geval te zijn indien de desbetreffende persoon expliciet is uitgesloten als begunstigde (en deze bepaling niet gewijzigd kan worden) of indien aantoonbaar is dat de persoon in kwestie geen begunstigde is en het niet mogelijk is om op een later moment begunstigden toe te voegen.

De staatssecretaris lijkt echter vrij gemakkelijk over de voornoemde bezwaren heen te stappen. Bovendien is in de parlementaire geschiedenis veelvuldig aangegeven dat in dit verband de vrije bewijsleer geldt en dat de erfgenaam die geen begunstigde is het tegenbewijs met alle middelen kan leveren.¹²⁴⁴ Dit uitgangspunt is veel ruimer dan de regeling van artikel 4a lid 6 Uitvoeringsregeling IB 2001 en mijns inziens staan de eisen aan de te overleggen documentatie die deze bepaling stelt op gespannen voet met hetgeen over het tegenbewijs gezegd is in de parlementaire geschiedenis. Aangezien de staatssecretaris hier als medewetgever heeft opgetreden, kan naar mijn mening aan deze uitlatingen in de parlementaire geschiedenis geen vertrouwen worden ontleend en zal men de voorschriften van artikel 4a lid 6 Uitvoeringsregeling IB 2001 moeten volgen,¹²⁴⁵ maar deze tegenstrijdigheid verdient bepaald geen schoonheidsprijs. De erfgenaam in bewijsnood kan natuurlijk nog wel de suggestie van de staatssecretaris, dat in bijzondere gevallen de inspecteur informatie kan opvragen, volgen en van de belastingdienst verlangen dat deze de benodigde informatie opvraagt op basis van een (informatie-uitwisselings)verdrag,¹²⁴⁶ maar het is maar de vraag of dat, zelfs als de belastingdienst er in meegaat, uiteindelijk (voldoende) soelaas biedt.

In dit verband zij voorts gewezen op de uitspraak van hof Amsterdam van 1 mei 2014¹²⁴⁷. Deze zaak, welke een jaar voor de invoering van de APV-regeling betreft, gaat over de vraag of een beneficiary van een trust een zodanige aanspraak op het trustvermogen heeft dat sprake is van een overig vermogensrecht in de zin van artikel 5.3 lid 2 sub f Wet IB 2001. De inspecteur wordt in het gelijk gesteld, aangezien de bewijslast is omgekeerd en de beneficiary niet kan aantonen dat geen sprake is van een overig vermogensrecht.

1244 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12; Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 49 – 50; Kamerstukken 13, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 5 – 6; Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 40, pagina 40.

1245 Vergelijk tevens P.J. Wattel, De juridische betekenis van uitlatingen van bewindslieden bij de totstandkoming van (belasting)wetgeving, FED 1990/335, die concludeert dat op toezeggingen met betrekking tot de uitvoering van nog tot stand te brengen wetgeven, gedaan als medewetgever, een beroep gedaan kan worden als aan twee cumulatieve voorwaarden voldaan is: (a) de toezegging is voldoende concreet en duidelijk om op concrete casusposities te kunnen toepassen en (b) het is aannemelijk dat het parlement niet of niet zonder amendering akkoord gegaan zou worden met het desbetreffende wetsvoorstel, indien de toezegging in kwestie niet zou zijn gedaan. Delegatiewetgeving in strijd met een toezegging die aan deze voorwaarden voldoet, kan naar de mening van Wattel door de belastingrechter buiten toepassing gelaten worden. Naar mijn mening kan van deze uitlatingen nog wel gezegd worden dat deze voldoende concreet zijn op in een specifiek geval toe te passen. Hoewel tijdens de behandeling in de Tweede Kamer wel een aantal keer vragen gesteld zijn over het leveren van het tegenbewijs, zijn er echter geen duidelijke indicaties dat het wetsvoorstel 31 930 niet of niet zonder amendering aangenomen zou zijn zonder een toezegging.

1246 Handelingen II 2009/2010, nr. 18, pagina 1412 en Handelingen I 2009/2010, nr. 13, pagina 458.

1247 Hof Amsterdam 1 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1797.

In dit kader zijn de overwegingen van het hof inzake de omkering van de bewijslast interessant. Hier is volgens het hof voor vereist dat een belanghebbende informatie niet verstrekt waar hij wel over beschikt, of waar hij met redelijkerwijs van hem te verlangen inspanningen over kan beschikken. Vervolgens komt het hof op basis van het voor de trust geldende recht c.q. jurisprudentie tot de conclusie dat de trustee weliswaar de verzochte informatie geweigerd heeft, maar dat deze wijst op de mogelijkheid hiervoor een gerechtelijk bevel te vragen, waarvan niet vaststaat dat dit een kostbare en tijdrovende procedure zou zijn geweest om te voeren. De beneficiary heeft derhalve in de ogen van het hof onvoldoende inspanningen verricht om de door de inspecteur gevraagde informatie te verkrijgen en hij wordt daarom geconfronteerd met omkering van de bewijslast. De Hoge Raad heeft zich nog niet over dit punt uitgesproken en de hofzaak betreft de vraag of de bewijslast omgekeerd kan worden en niet het leveren van het tegenbewijs door een erfgenaam in het kader van de APV-regeling, maar de uitspraak geeft desalniettemin een mogelijke indicatie dat een rechter in voorkomend geval van een erfgenaam zal verlangen dat deze een (eenvoudige) gerechtelijke procedure voert om de informatie voor het leveren van het tegenbewijs te kunnen verkrijgen. Iets soepeler voor de belanghebbende is overigens rechtbank Gelderland in een zaak betreffende een informatiebeschikking.¹²⁴⁸

In aanvulling op het voorgaande merk ik op dat rechtbank Den Haag¹²⁴⁹ geoordeeld heeft dat tot het moment dat daadwerkelijk succesvol een beroep op de tegenbewijsregeling is gedaan door een erfgenaam, diens “aandeel” niet aan de andere erfgenaam kan worden toegerekend. De zaak betrof een door vader ingestelde Liechtensteins Stiftung. Op enig moment was de zuster geschrapt uit het begunstigdenreglement; broer (de belanghebbende) en de kinderen van zowel broer als zus waren nog wel genoemd. De inspecteur rekende 50% van het APV-vermogen toe aan zus, maar tevens 100% aan broer, vanuit de gedachte dat als zus een beroep zou doen op de tegenbewijsregeling, er een gereede kans was dat dit beroep zou slagen. In totaal werd derhalve 150% toegerekend, met dien verstande dat de inspecteur kennelijk had toegezegd dat, indien zus inderdaad met succes een beroep zou doen op de tegenbewijsregeling, hij de aanslag van broer dienovereenkomstig zou verminderen. De rechtbank ging hier evenwel niet in mee en oordeelde dat er in het desbetreffende stadium geen basis was voor toerekening van het volledige vermogen aan de broer.

Op 17 april 2018 heeft rechtbank Den Haag¹²⁵⁰ zich ten slotte nogmaals uitgelaten over de interpretatie van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001. De zaak betrof een bij testament ingestelde discretionary trust voor één van de dochters van de settlor,

1248 Rechtbank Gelderland 18 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7160, overigens vernietigd door hof Arnhem-Leeuwarden, mede gezien in de tussentijd beschikbaar gekomen informatie (hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:633).

1249 Rechtbank Den Haag 25 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14771, NTFR 2016/735.

1250 Rechtbank Den Haag 17 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6572.

de belanghebbende. De broer en zus konden echter onder omstandigheden ook in aanmerking komen als begunstigde, indien belanghebbende zou overlijden en geen sprake zou zijn van afstammelingen. Belanghebbende, haar broer en zus waren erfgenamen voor gelijke delen. De inspecteur heeft het standpunt ingenomen dat 100% van het trustvermogen toegerekend dient te worden aan belanghebbende op grond van de tegenbewijsregeling van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001. De rechtbank overweegt dat uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat een erfgenaam hier expliciet een beroep op moet doen, maar stelt zich desalniettemin de vraag of deze uitzondering ook zonder een zodanig beroep van toepassing kan zijn. De rechtbank acht dit mogelijk gezien de formulering van de wettekst.¹²⁵¹ In casu leidt dit echter niet tot een toerekening van 100% van het trustvermogen aan belanghebbende, aangezien de broer en zus begunstigde zouden kunnen worden. De omstandigheid dat de kans hierop zeer klein is (belanghebbende had al kinderen) doet daar in de ogen van de rechtbank niet aan af. Hof Den Haag is de rechtbank recent gevolgd in haar oordeel, zowel voor wat de betreft de mogelijkheid voor de inspecteur een om een beroep te kunnen doen op de tegenbewijsregeling,¹²⁵² als de conclusie dat ook een begunstigde met een geringe kans om iets te ontvangen geen tegenbewijs kan leveren.¹²⁵³

Concluderend lijkt het mij niet eenvoudig voor de erfgenaam om het tegenbewijs te kunnen leveren. Aangezien moet blijken dat men geen begunstigde is of kan worden, is reeds sprake van een behoorlijk zware bewijslast.¹²⁵⁴ De hiervoor genoemde hofuitspraak impliceert bovendien dat het tegenbewijs niet geleverd kan worden, indien er een zeer geringe kans is dat men begunstigde kan worden. Strikt genomen zou daarmee slechts het tegenbewijs geleverd kunnen worden (i) indien de erfgenaam (evenals zijn fiscale partner) definitief is uitgesloten als begunstigde of (ii) indien de erfgenaam geen begunstigde is en het niet mogelijk is om begunstigten toe te voegen.

14.3.6.6.2 Beperkte begunstiging

De tegenbewijsregeling van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 lijkt te veronderstellen dat een

1251 Tekstueel valt hier inderdaad wat voor te zeggen, omdat de wettekst slechts spreekt van "blijken" dat men geen begunstigde is of kan worden; het vereiste dat de erfgenaam in kwestie dit moet doen blijken wordt niet gesteld. Desalniettemin lijkt mij de vraag of deze uitleg in overeenstemming is met de bedoeling van de bepaling.

1252 Deze conclusie baseert het hof op zijn beurt niet alleen op de wettekst, maar ook op de parlementaire geschiedenis. Ik deel de mening van de redactie van V-N dat te betwijfelen valt of die conclusie juist is (zie V-N 2019/37.5). De door het hof aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis gaat er toch vrij duidelijk vanuit dat het de erfgenaam is die het tegenbewijs levert en niet de inspecteur, waarbij ik erop wijst dat het hof juist die zin niet heeft opgenomen in zijn citaat.

1253 Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1353, V-N 2019/37.5. Interessant is om op te merken dat het hof tevens heeft vastgesteld dat het in trust gebrachte vermogen het aandeel van de belanghebbende in de nalatenschap van haar moeder betreft, dat dus ook primair bestemd is voor haar en haar afstammelingen. Vanuit dat perspectief zou toerekening aan uitsluitend deze dochter geen onlogische uitkomst zijn, maar het strikte vereiste van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001, dat men geen begunstigde mag zijn of kunnen worden, prevaleert hier.

1254 Vergelijk ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12, alsmede pagina 56 – 57.

erfgenaam ofwel begunstigde is en als zodanig in potentie volledig kan meedelen in het APV-vermogen, ofwel op geen enkele wijze begunstigde is. Met de mogelijkheid dat een erfgenaam weliswaar begunstigde van het APV is, maar zijn begunstiging beperkt is tot een specifiek voordeel en zich niet uitstrekt tot de mogelijkheid om overigens uitkeringen uit het APV te ontvangen, wordt geen rekening gehouden. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien de insteller heeft bepaald dat zijn echtgenote als begunstigde een levenslange periodieke uitkering ontvangt van een vast bedrag, terwijl het APV-vermogen overigens aangewend dient te worden ten behoeve van de kinderen en verdere afstammelingen van de insteller, ter discretie van de beheerder van het APV. De inbrenger heeft expliciet bepaald dat naast de periodieke uitkering geen uitkeringen aan de echtgenote mogen plaatsvinden. Het APV is in dit geval derhalve deels discretionair en deels is sprake van een vaststaande en afdwingbare aanspraak.

Stel dat deze inbrenger overlijdt, met achterlating van zijn echtgenote en drie kinderen als erfgenamen voor gelijke delen. Gezien artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 wordt dan in beginsel aan hen allen een kwart van het APV-vermogen toegerekend, behoudens de mogelijkheid van het leveren van het tegenbewijs. Bij de echtgenote wordt daarnaast het recht op periodieke uitkeringen in de heffing betrokken, zoals ook expliciet bepaald is in artikel 4a lid 1 Uitvoeringsregeling IB 2001.¹²⁵⁵ Hoewel duidelijk is dat de echtgenote in deze situatie niet meer kan ontvangen dan de periodieke uitkeringen en zij ter zake hiervan reeds in de heffing betrokken wordt, zal zij niet in staat zijn om het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 te leveren. Zij is immers erfgenaam en kan niet doen blijken dat zij geen begunstigde is of kan worden. Derhalve wordt ook een evenredig deel van het APV-vermogen aan de echtgenote toegerekend en bij haar belast. Dit komt mij voor als een onredelijke uitkomst.

Een redelijke interpretatie zou zijn dat slechts wordt toegerekend aan die erfgenamen die begunstigde zijn van het discretionaire deel van het APV. De wettekst lijkt mij echter niet genuanceerd genoeg geformuleerd om die interpretatie erin te lezen. Mijns inziens zou de wetgever dit punt derhalve moeten oplossen door rechtens afdwingbare aanspraken uit te sluiten van de toepassing van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001, in de zin dat daarmee geen rekening gehouden wordt bij de bepaling of een erfgenaam begunstigde is of kan worden. Binnen de strekking van de APV-regeling leidt deze benadering mijns inziens tot een evenwichtige¹²⁵⁶ uitkomst: (i) toerekening vindt slechts plaats aan diegenen die begunstigden kunnen zijn van het discretionaire deel van het APV, (ii) het volledige APV-vermogen wordt nog steeds toegerekend en in de heffing betrokken en (iii) degenen die uitsluitend een afdwingbare aanspraak hebben

1255 Paragraaf 14.3.7 bespreekt hoe omgegaan kan worden met de omstandigheid dat een APV deels discretionair en deels niet discretionair is.

1256 Althans voor zover men van mening is dat de toerekening op grond van de APV-regeling als zodanig tot een evenwichtig resultaat leidt.

worden hiervoor belast. Als gevolg van (ii) en (iii) kan in beginsel¹²⁵⁷ ook geen sprake zijn van een heffingslek.

14.3.6.6.3 Mutaties in groep begunstigden

Een andere vraag in dit kader is wat er gebeurt als er mutaties zijn in de klasse van begunstigden, bijvoorbeeld doordat op enig moment na het overlijden een van de erfgenamen-begunstigden (definitief) als begunstigde wordt geschrapt.¹²⁵⁸ Daarnaast kan het natuurlijk voorkomen dat een begunstigde wordt toegevoegd, maar dit kan geen gevolgen hebben voor de toerekening.¹²⁵⁹ Ofwel de persoon in kwestie was geen erfgenaam en dus niet vatbaar voor toerekening, ofwel hij was wel erfgenaam, maar dan zou hij niet geslaagd moeten zijn in het bewijs dat hij nooit begunstigde van het APV kon worden en vindt reeds toerekening plaats. Vraag is echter of het schrappen van een begunstigde wel gevolgen kan hebben voor pro rata verdeling op basis waarvan de toerekening plaatsvindt. Met andere woorden: is de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren eenmalig of blijft deze mogelijkheid bestaan?

De parlementaire geschiedenis gaat niet op deze mogelijkheid in,¹²⁶⁰ impliciet volgt uit de passages met betrekking tot de tegenbewijsregeling dat deze uitgaan van het leveren van het eventuele tegenbewijs op het moment van overlijden van de erflater. De tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 sluit deze mogelijkheid echter geenszins uit. Hierin staat slechts dat niet wordt toegerekend aan erfgenamen die het tegenbewijs kunnen leveren en niet op welk moment de toets aangelegd moet worden, laat staan dat dit beperkt wordt tot het moment van overlijden van de inbrenger (of later van een erfgenaam). Mijns inziens biedt dit dus de ruimte voor een erfgenaam, die op een later moment (definitief) als begunstigde wordt geschrapt, om op dat moment alsnog het tegenbewijs te leveren. Dat is bovendien redelijk: met het verdwijnen van de mogelijkheid om ooit nog iets uit het APV te krijgen ontvalt ook de rechtvaardiging aan de toerekening van APV-vermogen aan de desbetreffende erfgenaam.

1257 Afhankelijk van welke benadering men kiest bij de behandeling van APV's die gedeeltelijk discretionair en gedeeltelijk niet-discretionair zijn kan in zich als gevolg van die systematiek zich onder omstandigheden nog een heffingslek voordoen (zie paragraaf 14.3.7.1). Dat is dan echter geen gevolg van de wijze waarop de toerekening aan de verschillende erfgenamen plaatsvindt.

1258 Volledigheidshalve merk ik op dat het schrappen van een inbrenger geen gevolgen kan hebben voor de toerekening, omdat het zijn van begunstigde geen vereiste is voor het toerekenen van APV-vermogen aan de inbrenger.

1259 Omdat niet wordt toegerekend aan een dergelijke op een later moment toegevoegde begunstigde zijn uitkeringen aan deze persoon in beginsel belast met schenkbelasting, terwijl dat niet per se het geval hoeft te zijn bij een uitkering ontvangen door een begunstigde aan wie voor inkomstenbelastingdoeleinden APV-vermogen wordt toegerekend (zie nader paragraaf 14.4.2).

1260 Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 49, waar wordt opgemerkt dat de mogelijkheid dat personen tussentijds van de lijst van begunstigden worden afgevoerd of dat anderen als begunstigden aan die lijst worden toegevoegd, in de voorgaande jaren in de praktijk niet door de belastingdienst is geconstateerd.

De consequentie van het voorgaande is dat het gedeelte van het APV-vermogen, dat niet langer aan de als begunstigde geschrapte erfgenaam toegerekend kan worden, “herverdeeld” wordt over de overige erfgenamen. Deze hebben dan wel weer de mogelijkheid om bijvoorbeeld bezwaar te maken tegen hun aanslag inkomstenbelasting, maar als zij niet op hun beurt ook het tegenbewijs kunnen leveren sorteert dit vermoedelijk weinig effect. Hierbij is de vraag of het stoppen van de toerekening ingeval van box 1 of box 2-vermogen bij de als begunstigde geschrapte erfgenaam gezien moet worden als een belaste vervreemding. Omdat geen daadwerkelijke realisatie plaatsvindt, is de analyse op dit punt vergelijkbaar met een sfeerovergang als gevolg van het van toepassing worden van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001; hiervoor wordt dan ook verwezen naar paragraaf 14.3.4.3. Ten slotte kan men zich de vraag stellen of een verschuiving in de toerekening een met schenkbelasting belaste vermogensverschuiving impliceert, Hierop wordt nader ingegaan in paragraaf 14.4.4.

14.3.6.6.4 Einde begunstiging voor overlijden inbrenger

Artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 lijkt ook geen betrekking te hebben op personen die weliswaar op enig moment begunstigde van het APV zijn geweest, maar dit niet meer zijn en ook uitgesloten is dat zij dit nog kunnen worden op het moment dat de toerekening (ten aanzien van hen voor het eerst¹²⁶¹) getoetst wordt. Daarmee lijkt het mogelijk om te voorkomen dat toerekening aan een bepaalde erfgenaam plaatsvindt, als gevolg waarvan een tijdelijk heffingsvacuüm ontstaat. Dit vereist dat deze erfgenaam definitief ophoudt om begunstigde te zijn van het APV, op een moment dat de inbrenger nog in leven is.

Voorbeeld: afstand van positie als begunstigde voor overlijden van de inbrenger

Stel dat X een APV instelt. X is ongehuwd en heeft één zoon, Y. Y heeft op zijn beurt twee kinderen, A en B. X en al zijn afstammelingen worden aangemerkt als begunstigten van het APV. Y doet echter expliciet en onherroepelijk afstand van zijn positie als begunstigde van het APV en alle daarmee samenhangende rechten.¹²⁶² Indien X vervolgens overlijdt, is Y weliswaar erfgenaam, maar kan hij het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 leveren. Deze bepaling voorziet dan weliswaar in toerekening aan de overige erfgenamen, maar aangezien daarvan geen sprake is, sorteert dat geen effect. Er is bovendien geen grond voor toerekening aan de (resterende) begunstigten, voor het moment A en B. Artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001 voorziet weliswaar in de mogelijkheid van toerekening aan begunstigten, maar dit ziet op de situatie waarin de inbrenger, zijn fiscale partner, noch zijn erfgenamen bekend zijn en die situatie doet zich hier niet voor. Het is mijns inziens ook niet mogelijk om alsnog op grond van

¹²⁶¹ Ofwel op het moment van overlijden van de inbrenger, of later zijn erfgenamen, etc.

¹²⁶² Ook is denkbaar dat de beheerder van het APV X definitief als begunstigde schraapt.

de antimisbruikmaatregel van artikel 2.14a lid 4 of 6, derde volzin, Wet IB 2001¹²⁶³ tot toerekening te komen. Deze bepalingen grijpen aan bij het testament van de erflater en daar wordt in deze situatie niets mee gedaan. Het voorkomen van de toerekening is hier juist gelegen in het wijzigen van de begunstiging en daar is geen regeling voor getroffen. Het gevolg is dat de toerekening tijdelijk doorbroken wordt; tot het moment dat Y ook overlijdt en toerekening aan zijn erfgenamen aan de orde komt, is er geen basis voor de heffing van inkomstenbelasting ter zake van het APV-vermogen. Daarnaast kan geen fictieve erfrechtelijke verkrijging in aanmerking genomen worden, aangezien artikel 16 lid 1 SW aanknoopt bij de toerekening voor de inkomstenbelasting.¹²⁶⁴

Het lijkt in theorie dan zelfs mogelijk om de toerekening geheel te doorbreken, doordat iedere generatie erfgenamen tijdig, dat wil zeggen tijdens het leven van de inbrenger of de erfgenaam voor hen, definitief ophoudt om begunstigde te zijn. In de praktijk lijkt het mij overigens waarschijnlijk dat op enig moment een of meerdere personen niet tijdig ophouden om begunstigde te zijn, bijvoorbeeld als gevolg van het voortijdig overlijden van degene van wie zij erfgenaam zijn van een ongeval. Bovendien zal logischerwijs op enig moment de behoefte bestaan aan het doen van uitkeringen. Dit is uiteraard mogelijk zolang een persoon nog niet is opgehouden begunstigde te zijn en het eerder ontvangen van uitkeringen doet er op zich ook niet aan af dat men geen begunstigde meer is op het moment van overlijden van de inbrenger. Wel kan ik mij voorstellen dat het structureel proberen te voorkomen van de toerekening, zeker indien dit gepaard gaat met het op een eerder moment wel ontvangen van uitkeringen, van invloed is bij de toepassing van *fraus legis*. Mogelijk kan op grond hiervan alsnog tot toerekening voor de inkomstenbelasting (en heffing van erfbelasting) gekomen worden.

Van *fraus legis* is sprake indien (i) de doorslaggevende reden voor het aangaan van een rechtshandeling belastingverijdeling is en (ii) de gekozen wijze van belastingverijdeling strijdig is met doel en strekking van de wet.¹²⁶⁵ Bij de beoordeling of sprake is van een belastingverijdelingsmotief zal een rol spelen of eenmalig of op structurele basis erfgenamen ophouden begunstigde te zijn. Indien een enkele erfgenaam afstand doet van zijn recht of geschrapt wordt als begunstigde, is goed denkbaar dat dit niet (primair) wordt ingegeven door de fiscale gevolgen. In geval van het systematisch schrappen van begunstigten aan wie toegerekend dreigt te worden is een belastingverijdelingsmotief echter moeilijk te ontkennen.

Aanvullend is dan is nog vereist dat gehandeld wordt in strijd met doel en strekking van de wet. Het oogmerk van de APV-regeling is om tot toerekening van het APV-vermogen

1263 Nader besproken in paragraaf 14.3.6.3 respectievelijk 14.3.6.4.

1264 Deze fictieve erfrechtelijke verkrijging wordt nader besproken in paragraaf 14.4.3.

1265 Zie bijvoorbeeld HR 21 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8603, BNB 1985/32, HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3138, BNB 2001/399 en HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BK1057, BNB 2012/127 (en BNB 2012/128).

te komen. Vanuit dat perspectief kan men zeggen dat het (structureel) voorkomen van die toerekening in strijd met de bedoeling van de wet is. Daartegen kan ingebracht worden dat de APV-regeling een gedetailleerde antimisbruikmaatregel is. Het is de vraag of nu de wetgever ruim de mogelijkheid heeft gehad om alle door hem gepercipieerde misbruikmogelijkheden de pas af te snijden, nog ruimte is voor een beroep op *fraus legis*. In het algemeen staat het bestaan van een antimisbruikmaatregel echter niet per definitie aan de toepassing van *fraus legis* in de weg.¹²⁶⁶

14.3.6.7 Veel en/of onbekende erfgenamen

Artikel 2.14a Wet IB 2001 voorziet niet in een regeling voor de situatie waarin niet bekend is wie de erfgenamen zijn van (de erfgenamen van) de inbrenger, dan wel niet duidelijk is voor welk deel zij (uiteindelijk) erfgenaam zijn. Op zich komt dit niet onlogisch voor: er is een systeem voor het geval de inbrenger bekend is en, in het vijfde lid, een regeling voor het geval de inbrenger onbekend is. Indien men weet wie de inbrenger is, ligt voor de hand dat zijn erfgenamen ook te bepalen zijn.

In geval van een recent ingesteld APV lijkt deze conclusie mij ook terecht, maar dit hoeft niet te gelden voor APV's die reeds lange tijd bestonden op het moment van invoering van de APV-regeling. Om een voorbeeld te geven: stelt dat tante X in 1900 een familiestichting in het leven heeft geroepen met oog op de ondersteuning van de afstammelingen van haar vader bij studie en in geval van behoeftigheid. De stichting kwalificeert derhalve als APV. X had zelf geen kinderen en haar erfgenamen waren haar tien neven en nichten. In 2019 zijn deze neven en nichten uiteraard niet meer in leven, noch hun kinderen, zodat de toerekening plaats zou moeten vinden aan de kleinkinderen van de neven en nichten of mogelijk zelfs hun achterkleinkinderen. Stel dat ieder van de neven en nichten en hun afstammelingen gemiddeld drie kinderen had, zijn er 90 tot 270 personen aan wie de toerekening zou moeten plaatsvinden.¹²⁶⁷ Het is wellicht niet onmogelijk om vast te stellen welk procentuele aandeel van het APV-vermogen aan ieder van hen toegerekend dient te worden, maar ten minste zeer gecompliceerd. Ook kan zich wellicht de situatie voordoen dat niet (volledig) duidelijk is wie de erfgenamen van de inbrenger zijn geweest. Voor dergelijke situaties, waarin niet bekend is wie de erfgenamen zijn, of voor welk deel zij erfgenaam zijn, biedt de APV-regeling geen oplossing. Aangezien dit vermoedelijk geen heel frequent voorkomend probleem zal zijn, ligt overigens wellicht meer voor de hand om daar per geval een praktische oplossing voor te treffen, dan om de wet hierop aan te passen. In paragraaf 15.7 ga ik hier nader op in.

¹²⁶⁶ Zie HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5195, BNB 2008/266.

¹²⁶⁷ Afhankelijk van de omvang van het APV-vermogen is het toe te rekenen vermogen per erfgenaam mogelijk zo gering dat de overgangsregeling voor kleine APV's van artikel 10a.7 lid 1 Wet IB 2001 van toepassing kan zijn. In dat geval is de APV-regeling niet van toepassing. Aan deze mogelijkheid ga ik verder voorbij.

Naast problemen bij het vaststellen van de verdeling van de toerekening leidt toerekening aan een groot aantal personen ook tot een administratieve last; iedere erfgenaam moet zijn "aandeel" in het APV-vermogen verantwoorden in zijn aangifte inkomstenbelasting. Daarnaast leidt iedere uitkering door het APV aan een erfgenaam in beginsel tot schenkingen door de overige erfgenamen van een pro rata deel van deze schenking.¹²⁶⁸ Voor iedere "deelschenking" dient getoetst te worden of deze leidt tot de verschuldigdheid van schenkbelasting.

14.3.7 Discretionaire en niet-discretionaire APV's

14.3.7.1 Toepassing APV-regeling bij niet-discretionair (deel van een) APV

In paragraaf 14.2 is besproken dat fixed en discretionary trusts voor de inwerkingtreding van de APV-regeling per 1 januari 2010 fiscaal op verschillende wijze behandeld werden. In het kader van deze regeling rijst derhalve de vraag eveneens in hoeverre een dergelijk onderscheid thans nog relevant is en of discretionaire en niet-discretionaire entiteiten beide onder de APV-regeling vallen.

De parlementaire toelichting op dit punt is tegenstrijdig. Samengevat komt hetgeen hierin is opgemerkt op de volgende twee elkaar uitsluitende standpunten neer:¹²⁶⁹

- (a) Het APV-vermogen wordt (geheel) toegekend aan de inbrenger. Op het moment dat iemand een rechtens afdwingbare aanspraak jegens het APV verkrijgt, wordt hij ter zake van deze aanspraak belast.¹²⁷⁰ De inbrenger kan een met de aanspraak corresponderende schuld in aanmerking nemen.
- (b) De APV-regeling geldt alleen voor zover sprake is van een discretionaire entiteit. Voor zover de entiteit niet-discretionair is, vanwege rechtens afdwingbare aanspraken van derden, is de regeling niet van toepassing en is geen sprake van een APV. Degene die de aanspraak heeft wordt hiervoor zelfstandig in de heffing betrokken.¹²⁷¹

Een aantal omstandigheden pleit mijns inziens voor de uitleg onder (a). Zo maakt de

¹²⁶⁸ Zie paragraaf 14.4.2.3.

¹²⁶⁹ Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina's 11 en 51 – 52, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina's 48, 54, 81, 82 en 109, en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina's 30 en 39. Deze tegenstrijdigheid komt ook terug in de toelichting op artikel 4a Uitvoeringsregeling IB 2001 (Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009, pagina 57 – 58). Zie voorts Kamerbrief Staatssecretaris van Financiën d.d. 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752, pagina 3, waar wordt opgemerkt dat de toerekening slechts geldt voor het discretionaire gedeelte.

¹²⁷⁰ Dit volgt thans ook met zo veel woorden uit artikel 4 lid 1 Uitvoeringsregeling IB 2001. Zie voor de heffing over rechtens afdwingbare aanspraken nader paragraaf 14.3.3.4.

¹²⁷¹ Zie voorts de brief van de Staatssecretaris van 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752, paragraaf 3, waar hij opmerkt dat de toerekening alleen voor het discretionaire deel van het APV geldt en concrete rechten in aanmerking worden genomen bij de gerechtigde.

tekst van artikel 2.14a Wet IB 2001 geen onderscheid tussen discretionaire en niet-discretionaire entiteiten. Een niet-discretionaire entiteit kan evengoed voldoen aan de definitie in het tweede lid en dus als APV kwalificeren. Daarnaast is de in de parlementaire geschiedenis genoemde uitwerking met het in aanmerking nemen van een schuld bij de inbrenger vrij specifiek en kan deze naar mijn mening niet zomaar ter zijde geschoven worden. De opmerking dat het niet-discretionaire deel van een entiteit niet onder de APV-regeling valt is echter wellicht met enige fantasie nog te interpreteren als een taalkundig onzuivere formulering, die inhoudt dat de APV-regeling *de facto* niet van toepassing is bij een niet-discretionair APV. De omgekeerde interpretatie, te weten dat men de APV-regeling alleen toepast bij discretionaire entiteiten en de opmerkingen over het in aanmerking nemen van een schuld bij de inbrenger negeert, is niet sluitend te krijgen. De onduidelijkheid die de wetgever door de tegenstrijdigheden in de parlementaire toelichting geschapen heeft verdient echter bepaald geen schoonheidsprijs.

Een laatste argument voor interpretatie (a) is gelegen in de bedoeling van de wetgever met de APV-regeling, zijnde het voorkomen van heffingslekken. Indien interpretatie (b) gevolgd wordt kan de situatie ontstaan waarin een deel van het APV-vermogen buiten het bereik van de heffing blijft, hetgeen ik zal toelichten aan de hand van het volgende voorbeeld:

Voorbeeld: voorwaardelijke aanspraak

Inbrenger X richt APV A op en brengt hierin box 3-aandelen in met een waarde van € 5.000.000. APV A drijft geen onderneming, zodat het vermogen wordt toegerekend voor inkomstenbelastingdoeleinden. APV A is deels discretionair, met als begunstigten X en diens afstammelingen, en deels niet-discretionair. Het niet-discretionaire deel houdt in dat aan de kinderen van X, Y en Z (18 respectievelijk 20 jaar oud), op hun 40^e verjaardag ieder 10% van de aandelen (of hetgeen hier voor in de plaats gekomen is) uitgekeerd krijgen. Het recht op deze uitkering is voorwaardelijk: de begunstigde moet de leeftijd van 40 jaar halen. X, Y en Z wonen allen in Nederland.

Indien interpretatie (b) gevolgd wordt verloopt de belastingheffing naar mijn mening als volgt. Het discretionaire deel van APV A valt onder de APV-regeling en het desbetreffende vermogen wordt toegerekend aan X. Het vermogen waar de aanspraak van Y en Z betrekking op heeft, te weten 20% van de aandelen, valt in het niet-discretionaire deel en wordt niet aan X toegerekend.¹²⁷² X betaalt dus box 3-heffing over een heffingsgrondslag van € 4.000.000. Y en Z moeten daarnaast box 3-heffing betalen over hun aanspraak op 10% van de aandelen elk. Bij de waardering van de aanspraak kan echter rekening gehouden worden met de voorwaarde, zodat de aanspraak niet

¹²⁷² Zie bijvoorbeeld de Kamerbrief Staatssecretaris van Financiën d.d. 11 september 2013, nr. DGB/2013/2752, pagina 3.

€ 500.000 per persoon waard is, maar bijvoorbeeld slechts € 350.000. In totaal wordt dan geheven over € 4.700.000 en valt € 300.000 buiten de heffing. Er doet zich als gevolg van de voorwaarde dus een heffingsvacuüm voor.

Bij een aanspraak die ziet op in contanten aangehouden vermogen, bijvoorbeeld als X € 5.000.000 op een bankrekening van APV A had gestort en Y en Z ieder een recht hadden gekregen op een uitkering van € 500.000, kan de discrepantie tussen de waarde in het economische verkeer en de voorwaardelijke aanspraak mogelijk opgelost worden. In dat geval kan rekening gehouden worden met niet alleen de contante waarde van het bedrag van de uitkering op het moment toekenning, maar ook met de waardedrukkende factor die de voorwaarde met zich brengt. Deze waarde wordt vervolgens afgetrokken van de waarde die wordt toegerekend aan X en aldus ontstaat een sluitend systeem. Jaarlijks is dan het bedrag dat niet wordt toegerekend aan X iets groter, omdat de waarde van de aanspraak stijgt. Bij een aanspraak op een specifiek goed is het mijns inziens echter niet mogelijk om bij de inbrenger rekening te houden met een waardedrukkende factor in verband met een voorwaarde, althans niet als het uitgangspunt is dat het desbetreffende vermogen niet onder de APV-regeling valt. Dit kan wel als het vermogen wordt toegerekend en een (jaarlijks in omvang toenemende) schuld in aanmerking wordt genomen wordt bij X. Om het heffingsvacuüm te voorkomen moet dus interpretatie (a) gevolgd worden.¹²⁷³ In dat geval wordt met een waardedrukkend effect rekening gehouden bij zowel de inbrenger als de begunstigde met een afdwingbare aanspraak, zodat zich geen heffingslek kan voordoen.

Naar mijn mening zou de uitwerking er bij een (deels) niet-discretionair APV er dus op neer moeten komen dat degene, die de rechtens afdwingbare aanspraak jegens het APV heeft, hierover belasting betaalt. De inbrenger krijgt desalniettemin het gehele APV-vermogen toegerekend, inclusief het vermogen waar de desbetreffende aanspraak op ziet. Hij kan echter een met de aanspraak corresponderende schuld in aanmerking nemen, hetgeen met zich kan brengen dat hij per saldo geen inkomstenbelasting betaalt ter zake van het vermogen waar de aanspraak betrekking op heeft. Op het moment dat daadwerkelijk een uitkering plaatsvindt aan degene die de aanspraak heeft, leidt dit niet tot belastingheffing bij de inbrenger. Voor zover sprake is van een (in beginsel

1273 Volledigheidshalve merk ik op dat ook interpretatie (a) tot gevolg kan hebben dat vermogen buiten de Nederlandse belastingheffing blijft. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een APV met een kunstvoorwerp waarop een afdwingbaar recht betrekking heeft. Het kunstvoorwerp wordt toegerekend aan de inbrenger, die de vrijstelling van artikel 5.8 Wet IB 2001 kan toepassen en een schuld aan de begunstigde in aanmerking neemt. Voor de inbrenger leidt dit derhalve tot een verlaging van zijn box 3-vermogen. Als de begunstigde bovendien niet in Nederland woont, wordt zijn aanspraak hier niet belast (vergelijk tevens Boer in diens noot onder BNB 2015/152, punt 14). Het verschil met interpretatie (b) is dat bij deze laatste interpretatie een deel van de vermogenswaarde daadwerkelijk buiten het bereik van de belastingheffing kan komen. Bij interpretatie (a) kan weliswaar de situatie ontstaan waarin Nederland niet over het gehele vermogen kan heffen c.q. de Nederlandse heffingsgrondslag beperkt wordt, maar in beginsel bevindt het gehele vermogen zich in de heffings sfeer. Het zijn bijkomende omstandigheden die veroorzaken dat niet het volledige vermogen in de heffing betrokken wordt. Een heffingsvacuüm versus een heffingslek, zo men wil.

toe te rekenen) inkomst van het APV die wordt doorbetaald, wordt de inbrenger mijns inziens niet geacht de desbetreffende inkomst te genieten.

Voorbeeld: aanspraak ter zake van box 2-vermogen

Inbrenger A stelt een APV in en brengt hierin 100% van de aandelen X BV in. De begunstigten van het APV zijn A en zijn afstammelingen. Daarnaast heeft het APV een rechtens afdwingbare aanspraak toegekend aan B, de partner van A, met wie hij ongehuwd samenwoont. De aanspraak van B houdt in dat, indien A overlijdt en B op dat moment nog leeft, B gedurende de rest van haar leven de dividenden die het APV van X BV ontvangt dooruitgekeerd krijgt. Overigens is het APV discretionair, met A en zijn afstammelingen als begunstigten. Vervolgens overlijdt A. Hij heeft een testament gemaakt op grond waarvan zijn dochter C als enige erfgenaam de bloot eigendom van zijn nalatenschap verkrijgt en B het vruchtgebruik.

Het APV-vermogen wordt toegerekend aan C, als enig erfgenaam. C heeft derhalve een aanmerkelijk belang in X BV. B heeft daarnaast op grond van haar aanspraak tevens een aanmerkelijk belang.¹²⁷⁴ Indien X BV een dividend uitkeert, wordt het dividend door de bestuurder van het APV uitgekeerd aan B, uit hoofde van diens aanspraak. B geniet dus een regulier voordeel in de zin van artikel 4.12 sub a Wet IB 2001. Men kan wellicht zeggen dat het dividend op grond van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 eveneens wordt toegerekend aan C, maar naar mijn mening is geen sprake van genieten in de zin van artikel 4.43 lid 1 Wet IB 2001. Er kan een parallel getrokken worden met een situatie waarin sprake is van een verplichting tot doorbetaling van het dividend. Indien B in economische zich gerechtigd zou zijn tot het dividend en C uit dien hoofde het van X BV ontvangen dividend zou hebben doorbetaald, is er geen twijfel dat B de genietster is van het dividend en niet C.

Ten slotte kan zich ook indien slechts sprake is van afdwingbare aanspraken en een entiteit dus geen discretionair element heeft de situatie voordoen dat niet het gehele vermogen in de heffing betrokken wordt, althans indien de entiteit niet kwalificeert als APV. Dit doet zich voor indien als gevolg van voorwaarden of tijdsbepalingen een deel van de afdwingbare aanspraken pas in de toekomst tot uiting komt, bij personen die in het jaar waarin de belastingheffing moet plaatsvinden nog niet bestaan.

Voorbeeld: toekomstige aanspraken

In 2019 stelt inbrenger X trust Y in. Hij brengt een bedrag aan liquide middelen in van € 10.000.000. Trust X is een irrevocable fixed trust, waarbij iedere afstammeling van X vanaf het bereiken van de leeftijd van 18 jaar gedurende 50 jaar een uitkering ontvangt

¹²⁷⁴ Artikel 4.3 Wet IB 2001.

van € 50.000 per jaar, zolang het trustvermogen hiervoor toereikend is. De trust houdt op te bestaan op het moment dat het gehele vermogen aldus is uitgekeerd, of 200 jaar na instelling. Voor het geval de trust beëindigd wordt door het verstrijken van de 200 jaar is bepaald dat alle op dat moment in leven zijnde afstammelingen van X een evenredig deel van het dan resterende trustvermogen zullen ontvangen. Indien er geen in leven zijnde afstammelingen van X zijn, gaat het resterende vermogen naar een goed doel. Aldus is ter zake van het gehele trustvermogen sprake van afdwingbare aanspraken, zij het dan sommige daarvan (ver) in de toekomst liggen.

In 2020 zijn er twee afstammelingen van X, die aanspraak kunnen maken op uitkering uit de trust. Naar mijn mening dient hun aanspraak gekwalificeerd te worden als een recht op periodieke uitkeringen. Afhankelijk van hoe men een fixed trust kwalificeert onder de APV-regeling, wordt dit recht c.q. worden deze periodieke uitkeringen gezien als afkomstig van X als inbrenger (de trust is een APV) of vanuit de trust (de trust is geen APV). In beide gevallen is mijns inziens sprake van een recht op periodieke uitkeringen dat in box 3 valt. Indien X geacht wordt de uitkeringen te doen, omdat uitkeringen van bloed- en aanverwanten in de rechte lijn geen uitkeringen zijn in de zin van artikel 3.101 lid 1 Wet IB 2001, en indien de uitkeringen geacht worden afkomstig te zijn uit de trust, omdat de uitkeringen de tegenwaarde voor de inbreng vormen¹²⁷⁵, zodat artikel 3.101 lid 1 sub c Wet IB 2001 niet van toepassing is, en voorts de trust geen rechtspersoon is, zodat geen sprake is van periodieke uitkeringen als bedoeld in artikel 3.101 lid 1 sub d Wet IB 2001. De rechten op periodieke uitkeringen dienen derhalve gewaardeerd te worden op grond van artikel 5.22 lid 1 Wet IB 2001 jo. artikel 19 Uitvoeringsbesluit IB 2001.

Stel dat de waarde van de rechten op periodieke uitkeringen van X in 2020 tezamen een waarde hebben van € 2.000.000. Dan resteert een waarde van € 8.000.000 die niet bij hen in de heffing betrokken wordt. Indien trust Y niet kwalificeert als APV, blijft de waarde van € 8.000.000 buiten de heffing. Er wordt geen vermogen toegerekend aan X, dat bij hem belast kan worden. De kinderen van X hebben evenmin een aanspraak op deze waarde, zodat die ook niet bij hen in de heffing betrokken kan worden. Het is zeker dat het trustvermogen op enig moment tot uitkering zal komen onder afdwingbare aanspraken, maar het is nog niet duidelijk wie precies welke aanspraken zal hebben. De personen die deze aanspraken zullen krijgen, bestaan nog niet.¹²⁷⁶ Daarmee is er niemand bij wie de € 8.000.000 belast kan worden en daarmee een significant heffingslek. Dit punt speelt niet indien Trust Y als APV gezien wordt, want dan wordt het trustvermogen toegerekend aan X en bij hem belast in box 3, waarbij de verplichting

1275 Zie HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3639, BNB 2007/18 (en BNB 2007/19) en HR 20 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY5991, BNB 2008/122.

1276 Met uitzondering van het goede doel, indien al een concreet goed doel aangewezen is. Zelfs dan is deze aanspraak aan zodanige beperkingen onderworpen (significant tijdsverloop, grote kans dat er wel afstammelingen zullen zijn), dat hieraan naar mijn mening (nagenoeg) geen waarde toegekend kan worden.

tot het doen van periodieke uitkeringen in aftrek komt als schuld. In deze situatie wordt de volledige waarde van het trustvermogen in de belastingheffing betrokken.

Derhalve zou naar mijn mening de meest zuivere benadering zijn om ook een niet-discretionair (deel van een) entiteit onder het bereik van de APV-regeling te brengen, waarbij de inbrenger alle goederen en schulden van de entiteit toegerekend krijgt, maar daartegenover de schulden, die corresponderen met de aanspraken uit hoofde van het niet-discretionaire deel, eveneens in aanmerking kan nemen. Deze benadering heeft bovendien als voordeel dat, indien sprake is van een begunstigde met een aanspraak in geld die geen verband houdt met bepaalde goederen van het APV, geen problemen ontstaan bij het bepalen welke goederen dan (gedeeltelijk) niet toegerekend moeten worden. Doorgaans zal het resultaat zijn dat de inbrenger per saldo niet in de heffing betrokken wordt voor het met de afdwingbare aanspraken van anderen verband houdende vermogen. De Hoge Raad heeft echter in zijn arrest van 15 april 2015¹²⁷⁷ anders beslist en geoordeeld dat het vermogen van een fixed trust niet wordt toegerekend aan de inbrenger op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001. Volledigheidshalve merk ik op dat de trust in kwestie, althans in de interpretatie van de Hoge Raad, geen discretionaire elementen had. Op welke wijze de Hoge Raad om zou gaan met een entiteit die deels discretionair en deels niet-discretionair is, is nog onduidelijk.

14.3.7.2 HR 10 april 2015, BNB 2015/152

Uit HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, BNB 2015/152, volgt dat de APV-regeling niet van toepassing is op niet-discretionaire entiteiten. De feiten van de desbetreffende casus waren kort gezegd als volgt. Een vader had een irrevocable trust ingesteld ten behoeve van zijn dochter. In de trustakte was bepaald dat de dochter op bepaalde momenten bedragen uit de trust zou ontvangen: (i) tot haar 21^e een door de trustee te bepalen deel van het trustinkomen, (ii) vanaf haar 21^e tot haar 30^e per jaar 2% van het trustvermogen, (iii) op haar 30^e 50% van het trustvermogen en ten slotte (iv) op haar 50^e het resterende trustvermogen. In geval van overlijden van de dochter diende het trustvermogen uitgekeerd te worden aan (a) de door de dochter in haar testament aangewezen afstammelingen, (b) bij het ontbreken van een testament aan de afstammelingen voor gelijke delen, (c) bij het ontbreken van afstammelingen van de dochter aan de afstammelingen van de zoon van de settlor voor gelijke delen en (d) bij ontbreken van afstammelingen van beide aan kwalificerende goeddoelinstellingen. Ter zake van de trust was een transparantieovereenkomst gesloten met de belastingdienst, waarin de trust als een irrevocable fixed trust werd aangemerkt.

Het geschil had betrekking op artikel XA lid 1 sub a van de Wet tot wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten, betreffende de mogelijkheid om

¹²⁷⁷ BNB 2015/152, nader te bespreken in paragraaf 14.3.7.2 hierna.

bij de afzondering van vermogen in een APV voor 1 januari 2010 geheven schenkings- of successierecht (gedeeltelijk) terug te vragen. Het hof¹²⁷⁸ oordeelde in dit verband dat niet voldaan was aan de voorwaarden voor teruggave van het eerder geheven schenkingsrecht, omdat geen afgezonderd particulier vermogen kon worden toegerekend aan de inbrenger/vader. Uit de parlementaire geschiedenis¹²⁷⁹ van artikel 2.14a Wet IB 2001 leidt het hof af dat aan de toerekening van APV-vermogen slechts wordt toegekomen indien de bevoegdheden van de bij de trust betrokken personen ten aanzien van de uitkeringen zo ruim geformuleerd zijn, dat onduidelijk is wie gerechtigd is tot (een deel van) het onder trustverband geplaatste vermogen. Als daarentegen duidelijk is aan wie en onder welke voorwaarden vermogen wordt uitgekeerd, dan is volgens het hof sprake van een economische deelgerechtigdheid¹²⁸⁰ in de zin van artikel 2.14a lid 2 sub b Wet IB 2001 en derhalve niet van een APV. Dit laatste is naar het oordeel van het hof in casu het geval.

De Hoge Raad gaat allereerst in op de economische deelgerechtigdheid en legt dit begrip aanmerkelijk beperkter uit dan het hof: in de ogen van de Hoge Raad heeft dit begrip blijkens de parlementaire toelichting betrekking op samenwerkingsverbanden zoals personenvennootschappen. Bovendien kan niet iedere gerechtigdheid tot vermogensbestanddelen ook aangeduid worden als een *deelgerechtigdheid*. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de bedoeling van wetgever met de APV-regeling en beoordeelt hij in het licht daarvan de onderhavige trust. Gezien de door het hof vastgestelde feiten kan geen andere conclusie getrokken worden dan dat de trust dient tot het in stand houden van het hierin ingebrachte vermogen en het aanwenden daarvan ten gunste van de dochter, die als enige rechthebbende op het trustvermogen is aangewezen. Interessant is dat de omstandigheid dat een regeling getroffen is voor de situatie dat de dochter overlijdt zonder testament en zonder afstammelingen, hetgeen als een beperkt voorwaardelijk element aan de begunstiging gezien kan worden, hier naar de mening van de Hoge Raad niet aan afdoet.¹²⁸¹ Als gevolg hiervan is geen sprake van een discretionaire entiteit en derhalve houdt het oordeel van het hof dat geen bezittingen van de trust aan de inbrenger toegerekend kunnen worden geen onjuiste rechtsopvatting in. Daar van uitgaand heeft het hof terecht geconcludeerd dat geen beroep gedaan kan worden op de teruggave van schenkingsrecht.

De Hoge Raad geeft hierbij geen expliciet antwoord op de vraag of een niet-discretionaire entiteit een APV kan zijn, daarmee kennelijk ruimte latend voor de mogelijkheid dat wel

1278 Hof Amsterdam 12 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2884.

1279 Gezien de tegenstrijdigheden in de desbetreffende parlementaire toelichting (zie paragraaf 14.3.7.1) vereist dit naar mijn mening een wat eenzijdige lezing van deze toelichting. Zie tevens de kritiek van Boer op dit punt (J.P. Boer, Het APV-regime; overzicht en actuele ontwikkelingen, WPNR 2013/6995, paragraaf 3.2).

1280 Het hof spreekt overigens in rechtsoverwegingen 5.5 en 5.6 van een economische gerechtigdheid in plaats van een economische deelgerechtigdheid, zodat men zich kan afvragen of het hof hier niet twee begrippen door elkaar haalt.

1281 Zie voor de kritiek van Boer hierop diens noot onder het arrest (BNB 2015/152), punten 16 – 20.

sprake is van een APV, maar desalniettemin geen toerekening plaatsvindt op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001. Deze vraag wordt dan ook na het arrest nog op verschillende wijze beantwoord in de literatuur. Zo wordt in de aantekening in V-N onder het arrest¹²⁸² opgemerkt dat de Hoge Raad duidelijk maakt dat een (enig) begunstigde van een afgezonderd vermogen weliswaar economisch gerechtigd is tot dat vermogen, maar dat dit geen economische deelgerechtigdheid doet ontstaan, zodat, nu ook geen sprake is van de uitreiking van aandelen, winstbewijzen, e.d., een fixed trust een APV is. Op dezelfde lijn zitten Koele¹²⁸³ en Pak¹²⁸⁴, alsmede de redactie van Fiscaal up to Date¹²⁸⁵. Daarentegen is Grauss van mening dat de Hoge Raad een fixed trust niet als APV kwalificeert¹²⁸⁶ en ook Boer lijkt deze mening toegedaan¹²⁸⁷.

Voor de fiscale gevolgen¹²⁸⁸ lijkt mij niet relevant of men een niet-discretionaire entiteit geheel niet als APV beschouwt, dan wel een APV ziet, maar hier desondanks de toerekening van artikel 2.14a Wet IB 2001 niet op toepast. In beide gevallen is de APV-regeling niet van toepassing, met als gevolg een mogelijkheid dat zich een heffingslek voordoet.¹²⁸⁹ Desalniettemin valt op dat de Hoge Raad op dit punt geen expliciete uitspraak heeft gedaan. Voor de conclusie dat toch sprake is van een APV spreekt dat geen sprake is van een economische deelgerechtigdheid. Nu zich een geval voordoet van een afgezonderd vermogen waarmee een particulier belang wordt beoogd, terwijl de uitzonderingen van artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001 zich niet voordoen, is naar de tekst van de wet sprake van een APV. Daartegen spreekt echter het niet toerekenen van het trustvermogen: de logische consequentie van het aanmerken van een entiteit als APV is dat toerekening plaats dient te vinden, behoudens de uitzondering van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001, dus als de toerekening toch niet plaatsvindt, is de vraag wat daar de juridische basis voor is. De wettekst biedt hiervoor althans geen aanknopingspunten. De Hoge Raad heeft derhalve met zijn arrest nog geen volledige duidelijkheid geschapen.

Duidelijkheid is er voorts niet voor wat betreft de behandeling van gemengde entiteiten, bijvoorbeeld een trust die deels discretionary en deels fixed is. In de casus van het arrest was, althans in de interpretatie van de Hoge Raad, sprake van een volledige fixed trust. Indien een entiteit echter deels discretionair en deels niet-discretionair is, is ten minste ter zake van het discretionaire gedeelte de APV-regeling van toepassing. Dan rijst de vraag of in dat geval toch voor het geheel sprake is van een APV en het gehele APV-vermogen, alsmede een met de afdwingbare rechten van de begunstigten

1282 V-N 2015/20.10.

1283 I.A. Koele, De reikwijdte van het APV regime, Vakblad estate planning 2015/33, pagina 7, alsmede pagina 8.

1284 R.T.A. Pak, Geen teruggaaf schenkingsrecht na invoering APV-wetgeving, Belastingadvies 2015/11.10.

1285 FutD 2015-0927.

1286 Zie FED 2015/50, punt 7.

1287 Zie zijn noot in BNB 2015/152, punten 13 – 15.

1288 Zie evenwel W.R. Kooiman, Het nieuwe trustarrest: Hoge Raad, nr. 13/04999, NTFR-B2017/43, paragraaf 4, die mede ingaat op de fiscale gevolgen in geval van een APV dat ophoudt discretionair te zijn.

1289 Zie paragraaf 14.3.7.1.

van het niet-discretionaire gedeelte corresponderende schuld, toegerekend moet worden aan de inbrenger, conform hetgeen hierover in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt.¹²⁹⁰ Het alternatief is dat de toerekening aan de inbrenger slechts plaatsvindt voor zover de entiteit discretionair is.¹²⁹¹ Het nadeel van de tweede benadering is echter dat indien de rechten van de begunstigten niet te koppelen zijn aan specifieke vermogensbestanddelen, moeilijk te bepalen kan zijn welke goederen wel en welke niet (al dan niet gedeeltelijk) toegerekend moeten worden aan de inbrenger. Dit probleem doet zich bij toerekening van alle goederen en een schuld aan de begunstigten niet voor.¹²⁹² In dit laatste geval speelt bovendien niet de vraag aan wie het niet-discretionaire deel van het APV-vermogen dan wel toegerekend wordt, gezien de omstandigheid dat de begunstigten met afdwingbare rechten ter zake van het recht in de heffing betrokken worden en niet ter zake van het vermogen zelf.^{1293 1294} De wijze waarop de regeling op dergelijke gemengde entiteiten toegepast dient te worden, zal nog moeten blijken.

14.3.7.3 Heffing ter zake van afdwingbare rechten

De heffing ter zake van rechtens afdwingbare aanspraken is reeds besproken in paragraaf 14.3.3.4. Eenvoudshalve verwijs ik derhalve daar naar.

Met betrekking tot rechtens afdwingbare aanspraken jegens een APV zij op dit punt slechts nog opgemerkt dat in de literatuur betoogd is dat deze zouden kwalificeren als economische deelgerechtigdheid in de zin van artikel 2.14a lid 2 sub b Wet IB 2001, zodat het niet-discretionaire deel van een entiteit om die reden niet onder de APV-regeling zou vallen.¹²⁹⁵ Gezien de beperkte uitleg die de Hoge Raad in het hiervoor besproken

1290 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina's 11 en 51, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 82, en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 39. Zie voorts de toelichting op artikel 4a Uitvoeringsregeling IB 2001 (Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009, pagina 57 – 58).

1291 Met andere woorden: het is nog steeds noodzakelijk om een keuze te maken tussen benadering (a) of benadering (b), zoals besproken in paragraaf 14.3.7.1.

1292 Wel eventueel waarderingsproblematiek, die bemoeilijkt kan worden doordat inbrenger en begunstigten nu een tegengesteld belang hebben.

1293 Artikel 4a lid 1 Uitvoeringsregeling IB 2001 (zie tevens de toelichting hierop, Staatscourant 2009, nr. 20549, pagina 57 – 58). Afhankelijk van het antwoord op de vraag of het niet-discretionaire gedeelte slechts buiten de toerekening aan de inbrenger blijft of ook niet als APV wordt aangemerkt, kan deze bepaling bij strikte lezing een dode letter worden. De tekst refereert aan een juridisch afdwingbaar recht jegens een APV, hetgeen zich niet voor kan doen als men het niet-discretionaire gedeelte niet als APV aanmerkt.

1294 Ook bij de volledige niet-discretionaire entiteit van BNB 2015/152 concludeert de Hoge Raad overigens niet tot toerekening van het trustvermogen aan de dochter; hij laat in het midden aan wie dit vermogen toegerekend dient te worden, maar oordeelt slechts dat geen sprake is van toerekening op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001.

1295 Boer en Freudenthal, WPNR 2009/6802, paragraaf 2; Peters van Neijenhof, Forfaitair 2009, paragraaf 4.3, Roelofs, WFR 2010/6887, paragraaf 4 en Gilissen, dissertatie 2012, paragraaf 3.4. Boer komt elders overigens tot de conclusie dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om ook *fixed trusts* onder de werking van het APV-regime te brengen en dat zowel de in een niet-discretionair doelvermogen afgezonderde vermogensbestanddelen als de met de afdwingbare aanspraak corresponderende schuld

arrest van 10 april 2015 aan het begrip economische deelgerechtigdheid geeft, is deze argumentatie echter achterhaald.

14.3.8 Kwalificatie bij herroepelijkheid

Een potentieel als APV kwalificerende entiteit kan een herroepelijk karakter hebben, waarbij onderscheid gemaakt dient te worden tussen twee situaties: de instelling van de entiteit als zodanig is herroepelijk, zoals bij een revocable trust, of slechts de overdracht van vermogen aan een overigens onherroepelijk ingestelde entiteit is herroepelijk.

In beide gevallen rijst de vraag in hoeverre deze herroepingsmogelijkheid tot gevolg kan hebben dat de entiteit niet als APV kwalificeert, terwijl dat bij een onherroepelijke entiteit c.q. inbreng wel het geval zou zijn geweest. Ik ga bij het navolgende steeds uit van een herroepingsmogelijkheid die slechts afhankelijk is van de wil van de inbrenger en niet (tevens) van overige voorwaarden. Tevens ga ik uit van een herroepingsmogelijkheid die geen terugwerkende kracht heeft en dus de rechtsgevolgen tot aan het moment van herroeping in stand laat.¹²⁹⁶

Vooropgesteld zij dat de tekst van artikel 2.14a Wet IB 2001 geen onderscheid maakt tussen herroepelijke en onherroepelijke entiteiten, noch tussen een herroepelijke en een onherroepelijke afzondering van vermogen. Daar vanuit gaand hoeft een herroepingsmogelijkheid dus niet in de weg te staan aan de kwalificatie van een entiteit als APV. De parlementaire geschiedenis bij de APV-regeling noemt het woord “herroepelijk” geheel niet en “onherroepelijk” slechts eenmaal, te weten de onherroepelijke aanwijzing van beneficiaries in het kader van een voorbeeld. Duidelijk is dat met de mogelijkheid van een element van herroepelijkheid bij de instelling van een APV geen rekening is gehouden.

Boer bespreekt in het kader van zijn onderzoek naar de kwalificatie van trusts de wijzen waarop een revocable trust beschouwd kan worden.¹²⁹⁷ Samengevat zijn de volgende zienswijzen mogelijk:

- (a) Zolang de trust niet herroepen is, is sprake van een geldig tot stand gekomen trust, met de daaraan verbonden rechtsgevolgen. Er kan in dit verband een parallel getrokken worden met de civielrechtelijke behandeling van herroepelijke schenkingen en overeenkomsten onder ontbindende voorwaarde onder het Nederlandse recht: zolang herroeping of ontbinding niet heeft plaatsgevonden, is

aan de inbrenger toegerekend worden (zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.5.3.1 en diens noot bij de uitspraak van rechtbank Haarlem van 21 december 2011, NTFR 2012-852; zie voorts Boer, WPNR 2013/6995, paragraaf 3.2).

¹²⁹⁶ Vergelijk voor de trust Boer, dissertatie 2011, paragraaf 6.3.2.4.

¹²⁹⁷ Boer, dissertatie 2011, paragraaf 8.4, alsmede de daar aangehaalde literatuur.

sprake van een geldige overeenkomst, met de daarbij behorende rechtsgevolgen, tot het moment van herroeping c.q. ontbinding. In oudere fiscale jurisprudentie is een revocable trust ook als bestaand erkend.

- (b) Gezien de beschikkingsmacht die de settlor van een revocable trust heeft, kan deze trust als transparant worden aangemerkt. Een voorbeeld hiervan is de fiscale behandeling in de US van een zogenoemde grantor trust. Er kan een parallel getrokken worden met de jurisprudentie inzake de transparantie van stichtingen.¹²⁹⁸

Uit de door Boer aangehaalde literatuur volgt dat beide visies verdedigd worden. Boer is zelf van mening dat de bestaande civielrechtelijke verhoudingen als uitgangspunt genomen dienen te worden. Aangezien civielrechtelijk gezien een revocable trust evenzeer geldig is als een irrevocable trust, gaat het te ver om de eerste louter vanwege de mogelijkheid tot herroepen fiscaal te negeren. Daartoe kan wel reden zijn indien een specifieke wettelijke bepaling daartoe noopt, of indien sprake is van strijd met doel en strekking van de belastingwet. Daarvan is zijns inziens evenwel geen sprake.

Het beleid met betrekking tot de fiscale behandeling van trusts geeft voorts geen aanleiding om te veronderstellen dat een onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen revocable en irrevocable trusts:

- Beleid¹²⁹⁹ met betrekking tot zogenoemde emergency trusts¹³⁰⁰ geeft weliswaar een goedkeuring op grond waarvan de trust voor de Nederlandse belastingheffing genegeerd kon worden tot het moment dat deze onherroepelijk werd als gevolg van het intreden van de emergency, maar hieraan is de voorwaarde gekoppeld dat de settlor tot dat moment het volledige economische belang bij en de zeggenschap over het trustvermogen had behouden. Hieraan kan mijns inziens in ieder geval niet ontleend worden dat de staatssecretaris revocable trusts in algemene zin fiscaal transparant acht en wellicht eerder een aanwijzing voor het omgekeerde.
- Daarnaast zijn er meerdere besluiten geweest met betrekking tot de fiscale behandeling van trusts en later ook de Antilliaanse SPF en andere vormen van “zwevend vermogen”.¹³⁰¹ Hierin wordt geen onderscheid gemaakt tussen

¹²⁹⁸ Zie hiervoor nader paragraaf 14.3.10.

¹²⁹⁹ Besluit van 15 juni 1988, nr. DB88-3940, V-N 1988/2031, 12, later vervangen door het besluit van 22 november 2000, nr. CPP2000/1933M.

¹³⁰⁰ Een trust die beoogde te voorkomen dat (buitenlands) vermogen in beslag werd genomen, bijvoorbeeld omdat dit als vijandelijk werd aangemerkt, doordat het op moment van intreden van de noodtoestand werd aangemerkt als vermogen van een (lokale) trustee. Tot het moment was intreden van de noodtoestand was de trust veelal herroepelijk (zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 8.4.1).

¹³⁰¹ Besluit van 16 december 1993, nr. DB93/4451, besluit van 22 juni 1995, nr. DB95/1771M, besluit van 10 februari 2000, nr. DB99/4199M, BNB 2000/154, besluit van 8 december 2000, nr. CPP2000/2816M, besluit

herroepelijke en onherroepelijke figuren, anders dan in (i) de constatering dat de trustarresten van 1998 betrekking hebben op een irrevocable discretionary trust en (ii) de opmerking dat een vaststellingsovereenkomst voor dergelijke situaties niet mogelijk is. Slechts in de laatste versie van het besluit is hier aan toegevoegd dat in die situaties het vermogen de beschikkingsmacht van de settlor definitief verlaten heeft. In alle overige gevallen was het sluiten van een transparantieovereenkomst kennelijk mogelijk, ook indien sprake was van een element van herroepelijkheid, hetgeen suggereert dat dit aspect wellicht van enig, maar niet van doorslaggevend belang is bij de fiscale kwalificatie van een trust of vergelijkbare rechtsfiguur.

Ten slotte merk ik op dat in enkele oudere fiscale uitspraken¹³⁰² een revocable trust als bestaand is erkend. Het gaat hier echter om vrij specifieke situaties, waarbij (mede) sprake was van een herroepingsmogelijkheid die afhankelijk was van de goedkeuring van een derde en dus niet slechts van de enkele wil van de settlor. Hieraan is derhalve ook geen duidelijke conclusie te ontleen.

Men houde in gedachten dat het voorgaande betrekking heeft op de regels geldend voor invoering van de APV-regeling per 2010. De nadien verschenen literatuur die ingaat op de herroepelijkheid van een entiteit, dan wel de inbreng, in relatie tot de kwalificatie als APV is beperkt. Boer en Freudenthal merken op dat kan worden betoogd dat het recht om de instelling van een trust te herroepen een zekere economische (deel) gerechtigdheid vertegenwoordigt, als gevolg waarvan huns inziens geen sprake is van een APV. Hoewel de mogelijkheid tot herroeping geen volledige economische gerechtigdheid inhoudt, vereist artikel 2.14a Wet IB 2001 dit ook niet. Enige economische deelgerechtigdheid, van welke omvang en in welke vorm dan ook stelt naar hun mening het APV-regime buiten werking.¹³⁰³ Gezien de beperkte uitleg die de Hoge Raad geeft aan het begrip economische deelgerechtigdheid¹³⁰⁴ lijkt dit standpunt mij echter niet langer houdbaar.

Civilrechtelijk zijn echter zowel de herroepelijke schenking als de overeenkomst onder ontbindende voorwaarde als geldig beschouwd totdat de herroeping c.q. ontbinding heeft plaatsgevonden. Ook in fiscale zin wordt dit gevolgd,¹³⁰⁵ zie bijvoorbeeld HR 12 september

van 22 oktober 2002, nr. CPP2002/2773M, NTFR 2002/1607 en besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M, V-N 2006/15.1 (het laatste besluit is ingetrokken bij besluit van 16 december 2009, nr. CPP2009/2357M, Staatscourant nr. 20099, 23 december 2009).

1302 Hof Den Haag 5 oktober 1962, ECLI:NL:GHSGR:1962:AX9782, BNB 1963/118 en hof's-Hertogenbosch 24 april 1964, ECLI:NL:GHSHE:1964:AX8342, BNB 1964/265.

1303 Boer en Freudenthal, WPNR 2009/6802, paragraaf 4. In vergelijkbare zin Roelofs, WFR 2010/6887, paragraaf 4.

1304 Zie paragraaf 14.3.7.2.

1305 Vergelijk J.W. Zwemmer, Fiscaal- en civilrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling, Kluwer Deventer 1997, die de gevolgen van voorwaarden en tijdsbepalingen voor verschillende heffingen bespreekt.

1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4376, BNB 1991/251 voor de aanmerkelijkbelangregeling en artikel 53 lid 1 SW voor de schenk- en erfbelasting.¹³⁰⁶ Dit in aanmerking nemend zie ik geen reden om een herroepelijke inbreng in een APV, dan wel de herroepelijke instelling van een APV bij ontbreken van concrete aanwijzing in die richting op afwijkende wijze te behandelen.

Samenvattend maken noch de tekst van artikel 2.14a Wet IB 2001, noch de bijbehorende parlementaire geschiedenis, onderscheid tussen een onherroepelijke en een herroepelijke afzondering van vermogen in een APV. Voorts werd voor invoering van de APV-regeling evenmin duidelijk een dergelijk onderscheid gemaakt. Daarnaast worden zowel in civielrechtelijke als in fiscale context herroepelijke schenkingen en overeenkomsten onder ontbindende voorwaarde als geldig aangemerkt zolang de voorwaarde niet vervuld is. Derhalve concludeer ik dat ook in geval van de instelling van een herroepelijke entiteit of van een herroepelijke inbreng de APV-regeling van toepassing is, tot het moment dat de herroeping daadwerkelijk plaatsvindt.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat het al dan niet van toepassing zijn van de APV-regeling vermoedelijk in de meeste gevallen tot dezelfde uitkomst zou leiden. Indien men waarde hecht aan de mogelijkheid tot herroeping, leidt dit logischerwijs tot toerekening aan degene die dit herroepingsrecht heeft en dit zal veelal de inbrenger zijn. Toerekening aan de inbrenger op grond van het herroepingsrecht of op grond van de APV-regeling zal in principe tot vergelijkbare uitkomsten leiden.

14.3.9 Fiscale transparantie of toerekening

Een belangrijke vraag is of de APV-regeling leidt tot toerekening van het APV-vermogen aan de inbrenger, of tot fiscale transparantie. Aangezien de fiscale gevolgen van beide mogelijkheden van elkaar kunnen verschillen (zie nader hierna) is noodzakelijk om vast te stellen welke van de twee zich voordoet.

De wetgever heeft op dit punt echter bepaald voor onduidelijkheid gezorgd. Weliswaar spreekt de tekst van artikel 2.14a Wet IB 2001 consistent van toerekening, maar de parlementaire geschiedenis is niet zo eenduidig, aangezien beide concepten door elkaar heen gebruikt worden, zie bijvoorbeeld de volgende passages:¹³⁰⁷

1306 In de literatuur wordt de geldigheid van een herroepelijke schenking ook vrij algemeen aanvaard, zie M.M. Bavinck en H.F. van Joolingen, Eens gegeven, blijft niet altijd gegeven; de fiscale kwalificatie van de herroepelijke schenking, WFR 2005/6632, I.J.F.A. van Vijfeijken, De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking, WPNR 2008/6744, F. Houwer en H.R. Bruggink, De herroepelijke schenking, civiel- en fiscaalrechtelijk gezien, WFR 2009/6799.

1307 Aanvullende passages waarin gesproken wordt van fiscale transparantie en/of toerekening zijn Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 8, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 11, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 51, Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 21 en Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 37.

De wettelijke basis bestaat hierin dat de afgezonderde particuliere vermogens als aparte entiteit worden genegeerd. Het afgezonderd particulier vermogen wordt zodoende fiscaal transparant behandeld. De vermogensbestanddelen waarvan de juridische eigendom berust bij het afgezonderd particulier vermogen of zijn beheerder, worden in beginsel naar rato van de inbreng toegerekend aan de persoon die vermogen in het afgezonderd particulier vermogen heeft ingebracht. De inbrenger wordt geacht gedurende zijn leven te blijven beschikken over de vermogensbestanddelen van het afgezonderd particulier vermogen. De desbetreffende bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven worden onveranderd bij de inbrenger in de belastingheffing betrokken. [...]

en

In dit onderdeel wordt in de Wet inkomstenbelasting 2001 een wettelijke regeling over de toerekening van afgezonderd particulier vermogen voorgesteld. Er is voor gekozen de regeling na artikel 2.14 Wet inkomstenbelasting 2001 in die wet op te nemen om aan te geven dat sprake is van een toerekeningsbepaling. Het moet voor degene die een (gedeelte van) zijn vermogen afzondert in een aparte entiteit (hierna: inbrenger) en diens erfgenamen duidelijk zijn dat de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen al naar gelang de aard ervan in de Wet inkomstenbelasting 2001 worden behandeld als inkomen uit werk en woning, inkomen uit aanmerkelijk belang, onderscheidenlijk inkomen uit sparen en beleggen. [Onderstrepingen AEdL]¹³⁰⁸

Deze inconsistentie komt overigens ook terug in latere documentatie:

Kern van de nieuwe regeling is een algehele fiscale transparantie van trusts en (buitenlandse) stichtingen. De bezittingen en schulden, alsmede de opbrengsten en uitgaven van een apv worden vanaf 2010 via een wetsfictie toegerekend aan de inbrenger van de vermogensbestanddelen en na zijn overlijden aan diens erfgenamen. Deze toerekening geldt alleen voor het zogenoemde discretionaire deel (het voorheen onbelaste vermogen) van het apv; concrete rechten worden in aanmerking genomen bij de gerechtigde. De fiscale transparantie geldt voor de inkomstenbelasting, de schenk- en erfbelasting, (en gedeeltelijk voor) de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting. [Onderstrepingen AEdL]¹³⁰⁹

Kortom, de wetgever gebruikt de concepten “fiscale transparantie” en “toerekening” alsof het synoniemen zijn. Gezien bijvoorbeeld de volgende verschillen in fiscale gevolgen tussen beide is dat evenwel ten onrechte:

1308 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 50.

1309 Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 september 2013, kenmerk DGB/2013/2752, pagina 3.

- (a) Stel dat inbrenger A APV B instelt. Vervolgens verkoopt A zijn aanmerkelijkbelangpakket aan APV B tegen de waarde in het economische verkeer, waarbij APV B de koopsom schuldig blijft. Indien APV B als fiscaal transparant beschouwd moet worden, worden de aandelen en de schuld geacht schulden van A te zijn en worden transacties tussen A en APV B genegeerd. De vordering en schuld vallen in het vermogen van A tegen elkaar weg. In het vermogen van A bevindt zich dan nog slechts het aanmerkelijkbelangpakket. De belastingheffing verloopt in dit geval hetzelfde als wanneer geen inbreng had plaatsgevonden.

Indien echter sprake is van toerekening, bestaat het vermogen van A uit zijn vordering op APV B, de schuld van APV B en het aanmerkelijkbelangpakket.¹³¹⁰ Omdat de schuld in dit geval wel bij A in de heffing betrokken wordt, maar in tegenstelling tot bij transparantie niet als zijn schuld wordt beschouwd, blijven vordering en schuld nu naast elkaar bestaan. De vordering valt daarbij in box 3, maar de schuld is een box 2-schuld, omdat deze verband houdt met de verwerving van het aanmerkelijkbelangpakket door APV B. A kan derhalve de rente op deze schuld in aftrek brengen op zijn box 2-inkomen.¹³¹¹ In vergelijking met de situatie waarin geen sprake was van inbreng verloopt de belastingheffing nu dus anders.

- (b) Inbrenger X stelt APV Y in. X woont in het Verenigd Koninkrijk, maar bezit een huis in Amsterdam dat hij tegen de waarde in het economische verkeer verkoopt aan APV Y. APV Y blijft de koopsom schuldig. Uitgaande van fiscale transparantie vallen de vordering en de schuld in het vermogen van X tegen elkaar weg en bestaat de heffingsgrondslag slechts uit de woning, ter zake waarvan X buitenlands belastingplichtig is in box 3.¹³¹² Ook in dit geval verloopt de heffing dus op dezelfde wijze als in de situatie voorafgaand aan de inbreng.

Als daarentegen uitgegaan moet worden van toerekening, bevinden zich in het vermogen van X naast de woning ook de schuld en de vordering. Ter zake van de vordering is X niet belastingplichtig, terwijl hij de schuld gezien het verband met de woning wel in mindering kan brengen op zijn rendementsgrondslag. De rendementsgrondslag is daarmee lager dan in de situatie waarin de woning nog niet verkocht was aan APV Y.¹³¹³

1310 Men kan zich afvragen of dan een (belastbare) vervreemding van het aanmerkelijk belang in aanmerking genomen moet worden op het moment van de verkoop/inbreng, een vraag die niet speelt bij fiscale transparantie. Mijns inziens is dit, mede gezien de parlementaire geschiedenis die als uitgangspunt neemt dat de inbreng fiscaal neutraal verloopt, niet het geval, zie nader paragraaf 14.3.2.2.

1311 Artikel 4.15 lid 1 Wet IB 2001.

1312 Artikel 7.7 Wet IB 2001.

1313 Voorbeeld ontleend aan T.N. Peters van Neijenhof, Het Afgezonderd Particulier Vermogen: de stand van zaken anno 2012, NTFR-B 2012-19, paragraaf 3.2.

- (c) Indien inbrenger X APV Y instelt en van APV Y de koopsom voor zijn eigen woning leent, vallen in het geval van fiscale transparantie de schuld en corresponderende vordering tegen elkaar weg en wordt X slechts in de heffing betrokken ter zake van de eigen woning. In geval van toerekening is daarentegen tevens sprake van een eigenwoningschuld¹³¹⁴ en een vordering in box 3.¹³¹⁵

Gezien de verschillen in fiscale gevolgen maakt het dus uit of sprake is van toerekening of van transparantie.

14.3.9.1 Transparantie versus toerekening in de literatuur

Dit probleem is meermaals gesignaleerd in de literatuur, waarbij de meningen of sprake is van fiscale transparantie of van toerekening niet eenduidig zijn:

- (a) Auerbach¹³¹⁶ onderzoekt of een APV transparant is voor de Wet IB 2001. Hij merkt op dat artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 allereerst het APV erkent als entiteit. Indien het APV transparant zou zijn, was deze regeling immers zinledig; de onderliggende veronderstelling is dus dat het APV niet transparant is. Of anders bezien, indien de wetgever transparantie beoogde, regelt artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 niet dát worden toegerekend, maar aan wie. Vanuit dat perspectief is echter verzuimd om de kern van wat de wetgever wilde regelen, de transparantie, op te nemen in de wettekst. Daarnaast is artikel 2.14a Wet IB 2001 opgenomen in afdeling 2.4 (Toerekeningsregels), hetgeen niet wijst op transparantie. Derhalve ligt voor de hand de interpretatie van artikel 2.14a Wet IB 2001 dat het APV zijn eigen inkomen en vermogen heeft, maar dat deze worden toegerekend aan de inbrenger(s).

Voor artikel 17a SW geldt een vergelijkbare redenering: als het APV transparant zou zijn, is deze bepaling overbodig.

- (b) Boer merkt op dat het wettelijke regime een toerekening inhoudt, maar niet tot gevolg heeft dat het APV niet zou bestaan. Ook is hij van mening dat de wetgever tijdens de parlementaire behandeling soms ten onrechte van fiscale transparantie uit lijkt te gaan.¹³¹⁷
- (c) Van der Zeijden¹³¹⁸ noemt de volgende argumenten voor toerekening:

¹³¹⁴ Aannemend dat aan alle voorwaarden van artikel 3.119a Wet IB 2001 voldaan is.

¹³¹⁵ Voorbeeld ontleend aan Hoogwout, FTV 2012/10, paragraaf 2.

¹³¹⁶ Zie Auerbach, WFR 2010/6874, paragraaf 3.1.

¹³¹⁷ Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.3.1 (onder "Verhouding toerekeningsfictie en fiscale transparantie").

¹³¹⁸ F. van der Zeijden, Over toerekening en transparantie, WPNR 2012/6949, paragraaf 3.2.

- (i) Artikel 2.14a Wet IB 2001 is opgenomen in afdeling 2.4 (Toerekening). Voorts gebruikt de wettekst het woord “toerekening”.
- (ii) Artikel 2.14a Wet IB 2001 geldt voor de Wet Vpb slechts voor een beperkt aantal artikelen. Er is derhalve geen sprake van algehele fiscale transparantie, maar slechts van toerekening dan wel transparantie met een beperkte doorwerking.
- (iii) Transparantie zegt iets wezenlijks over het “subject” van het APV, waar toerekening slechts een fiscale fictie betreft, terwijl het “wezen” van het APV erkend blijft. Het is logischer dat ficties een beperkte doorwerking hebben, dan dat een wezenlijke kwalificatie slechts effect heeft voor een beperkt deel van een heffingswet.

Gelijktijdig heeft zij ook een aantal argumenten voor fiscale transparantie, die haars inziens zwaarder wegen, gebaseerd op de invulling van de regeling in andere wet- en regelgeving en de parlementaire geschiedenis:

- (i) Een hiervoor aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis, waarin het APV wordt omschreven als fiscaal transparant, waarbij de inbrenger geacht wordt te blijven beschikken over het vermogen van het APV.¹³¹⁹
- (ii) De omstandigheid dat voor 2010 de grond om APV's fiscaal transparant te achten gelegen was in de beschikkingsmacht van de inbrenger, in combinatie met de parlementaire geschiedenis die in relatie tot dit concept opmerkt dat onder de APV-regeling deze beslissende invloed wordt verondersteld.¹³²⁰
- (iii) De mogelijkheid om de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van de Successiewet en de Wet IB 2001 onverminderd te kunnen toepassen, hetgeen op transparantie wijst. Toepassing van deze faciliteiten bij toerekening is niet logisch, omdat dan op het niveau van het APV getoetst zou moeten worden of de faciliteiten van toepassing zijn en niet op het niveau van de inbrenger.

Zij merkt ook op dat bij transparantie het afzonderen van vermogen niet langer tot een schenking leidt en in het verleden geheven schenkbelasting ter zake van de afzondering kan worden terugggevraagd. Met name het eerste aspect lijkt mij evenwel eerder pleiten voor toerekening, omdat juist voor deze situatie een regeling getroffen is (artikel 17a SW): in geval

1319 Te weten Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 11.

1320 Dit betreft Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 39.

van fiscale transparantie doet zich geen vervreemding voor, waarvan de fiscale gevolgen ongedaan gemaakt moeten worden.

Desalniettemin acht Van der Zeijden de uitkomst, dat sprake zou zijn van fiscale transparantie in plaats van toerekening, niet geheel bevredigend, met name vanwege de (thans oude) toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001. Aangezien deze toets aanknoopte bij de mate waarin vermogen onderworpen was, was mogelijk dat een deel van het APV-vermogen wegens voldoende heffing bij het APV niet bij de inbrenger in de heffing betrokken werd, terwijl een deel van het APV-vermogen wel bij de inbrenger belast is.¹³²¹ Aangezien transparantie naar haar mening iets zegt over het wezen van een bepaald vehikel, is daarmee lastig te rijmen dat een APV jegens een en dezelfde persoon gedeeltelijk transparant en gedeeltelijk niet-transparant zou kunnen zijn.

Van der Zeijden is voorts van mening dat de kwalificatie als toerekening dan wel transparantie een verschil maakt voor de vraag of sprake is van een verkrijging of een vervreemding door de inbrenger. In geval van toerekening zou haars inziens aangesloten kunnen worden bij de civielrechtelijke vervreemding of verkrijging en is er bij het einde van de toerekening ook geen vervreemding of verkrijging. Bij transparantie en daarmee vereenzelviging van APV en inbrenger zou er wel sprake zijn van een vervreemding op het moment dat het APV niet langer transparant is. Oftewel naar ik aanneem met andere woorden: het einde van de transparantie doet het APV “herleven”, hetgeen een vervreemding is, terwijl het einde van de toerekening geen vervreemding kan zijn, omdat voor de beoordeling of daarvan sprake is aangeknoopt dient te worden bij de vraag of er bij het APV een vervreemding is, die dan al dan niet wordt toegerekend. Het niet langer of juist wel gaan toerekenen leidt echter bij het APV niet tot een vervreemding en zou dat dan ook bij de inbrenger niet doen, aannemend dat wordt toegerekend.

Alvorens te bespreken of naar mijn mening sprake is van fiscale transparantie, dan wel toerekening, wil ik echter eerst stilstaan bij de vraag wat deze begrippen eigenlijk inhouden.

14.3.9.2 Kwalificatie van een rechtsfiguur en transparantie

Om de vraag te kunnen beantwoorden of zich bij de APV-regeling toerekening dan wel fiscale transparantie voordoet, is van belang om allereerst beide begrippen te definiëren. Boer gaat hierop in in het kader van zijn onderzoek naar de kwalificatie van de Anglo-Amerikaanse trust. Hij begint in dat verband met de constatering dat binnen de Nederlandse literatuur geen sprake is van uitgebreide en gesystematiseerde

¹³²¹ Zie voor deze systematiek nader De Leeuw, WFR 2012/6946.

verhandelingen met betrekking tot de theoretische achtergronden van fiscale (non) transparantie en de daarmee samenhangende suggestie dat een deel van de discussie over de inhoud van het begrip fiscale transparantie wellicht niet zozeer een kwestie is van verschil van inzicht, als wel van begripsverwarring.¹³²² Vervolgens gaat Boer in op de kwalificatie van rechtsvormen en fiscale transparantie. Hij beschrijft de kwalificatie als de fiscaal-juridische duiding van de civielrechtelijke kenmerken van een rechtsvorm. Op basis van deze kenmerken is de rechtsvorm fiscaal transparant dan wel non-transparant. De fiscale (non-)transparantie is daarmee een eigenschap die de rechtsvorm van nature heeft. Een eventuele wettelijke regeling met betrekking tot het fiscaal “zien” of “negeren” van de rechtsvorm heeft geen invloed op deze eigenschap, maar is een reactie op de primaire fiscale kwalificatie van de rechtsvorm als al dan niet transparant. In geval van non-transparantie is de rechtsvorm een rechtssubject en kan deze als zodanig belastingplichtig zijn.¹³²³

Boer gaat voorts in op wat hij “wettelijke” en “buitenwettelijke” transparantie noemt: situaties waarin een als rechtssubject gekwalificeerde rechtsvorm alsnog in specifieke gevallen geheel of gedeeltelijk wordt genegeerd. In geval van “wettelijke transparantie” is dit gebaseerd op de wet; voorbeelden zijn het fiscale eenheidsregime en de fiscale behandeling van Natuurschoonwet-lichamen.¹³²⁴ Bij “buitenwettelijke transparantie” is de basis een rechterlijke beslissing; hierbij kan gedacht worden aan de in paragraaf 14.3.10 besproken jurisprudentie, waarin stichtingen fiscaal worden genegeerd indien iemand over het stichtingsvermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Deze “(buiten)wettelijke transparantie” staat in de ogen van Boer los van de kwalificatie van rechtsvormen en (eigenlijke) fiscale transparantie, waarbij de “transparantie” in deze gevallen niet de uitkomst is van de kwalificatie, maar een reactie daarop. De wetgever komt daarbij door het terzijde stellen van de fiscale zelfstandigheid van de rechtsvorm, die op grond van de kwalificatie aanwezig is, tot een door hem gewenst resultaat. Daarmee wordt de initiële kwalificatie als zelfstandig rechtssubject bevestigd.¹³²⁵

Naast de vraag naar fiscale transparantie/kwalificatie van een rechtsvorm, staat de toerekening van inkomen en vermogen. De eerste vraag bepaalt of de rechtsvorm als zelfstandig rechtssubject erkend wordt en daarmee belastingplichtig kan zijn. De toerekening betreft daarentegen de (vervolg)vraag aan welk subject een bepaald te belasten object wordt toegerekend. De erkenning als subject is noodzakelijk om een

1322 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 3.1.

1323 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 3.2.2.

1324 Boer noemt ook fiscale en vrijgestelde beleggingsinstellingen als voorbeeld, maar dit is mijns inziens minder zuiver. In deze gevallen wordt het beoogde doel, een zo gelijk mogelijke fiscale behandeling van rechtstreekse en collectieve beleggingen (via een entiteit), niet verwezenlijkt door de beleggingsinstelling te negeren en de inkomsten van de beleggingsinstelling als zodanig bij de belegger in de heffing te betrekken, maar (mede) door de heffing bij de beleggingsinstelling weg te nemen door een multarief (artikel 28b Wet Vpb jo. artikel 9 Besluit beleggingsinstellingen) of een subjectieve vrijstelling (artikel 6a Wet Vpb).

1325 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 3.3.2.

object toegerekend te kunnen krijgen. Omgekeerd doet de omstandigheid, dat vermogen dat civielrechtelijk aan één subject toebehoort, maar in afwijking daarvan op grond van wet of jurisprudentie aan een ander subject wordt toegerekend, niet af aan de subjectieve belastingplicht c.q. het subject-zijn van het eerste subject in het algemeen.¹³²⁶

Hiervan uitgaand dient een onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de kwalificatie van een rechtsvorm als rechtssubject (of niet) en anderzijds de eventuele van deze kwalificatie afwijkende fiscale behandeling op grond van wet of jurisprudentie. Voor wat betreft het laatste kunnen mijns inziens nog twee situaties onderscheiden worden: de afwijkende fiscale behandeling geldt algemeen, dat wil zeggen voor alle directe belastingen, of er is slechts sprake van een beperkte afwijking. Een voorbeeld van het eerste is de “transparante stichting”, waarbij op grond van de omstandigheid dat een ander kan beschikken over het vermogen van de stichting als ware het zijn eigen vermogen het stichtingsvermogen bij deze ander in de heffing betrokken wordt.¹³²⁷ Deze “transparantie” van de stichting strekt zich uit over meerdere heffingen en aspecten daarvan: aan de stichting overgedragen vermogen werd geacht het vermogen van de overdrager nog niet te hebben verlaten, zodat deze ter zake hiervan vermogensbelasting verschuldigd was¹³²⁸, alsmede inkomstenbelasting met betrekking tot eventuele inkomsten¹³²⁹, giften gedaan of lijfrentepremies betaald aan de stichting niet aftrekbaar waren¹³³⁰.¹³³¹ In het verlengde hiervan ligt dat de inbreng niet leidt tot de verschuldigdheid van schenkbelasting, met dien verstande dat deze situatie bij mijn weten – logischerwijs

1326 Boer, dissertatie 2011, paragraaf 3.3.3.

1327 Zie nader paragraaf 14.3.10.

1328 Zie hof Amsterdam 21 juni 1978, ECLI:NL:GHAMS:1978:AX2829, BNB 1979/191.

1329 Zie bijvoorbeeld HR 22 juli 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9380, BNB 1982/42 en HR 30 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9086, BNB 1986/16.

1330 Zie bijvoorbeeld HR 17 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AW7646, BNB 1987/247 en HR 8 februari 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC3988, BNB 1989/111, voor de aftrek van giften en HR 17 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AX4623, BNB 1974/21, HR 14 september 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX3189, BNB 1978/15 en HR 8 januari 1986, ECLI:NL:HR:1986:BH5313, BNB 1986/87 voor de aftrek van premies. Zie voorts hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:382, rechtsoverweging 4.5, waar het hof de stelling van belanghebbende, dat de jurisprudentie inzake de fiscale transparantie van stichtingen geen relevantie heeft voor de dividendbelasting, verwierpt (er is cassatieberoep tegen deze uitspraak ingesteld).

1331 De vraag of de stichting gelijktijdig nog een subject kan zijn voor de vennootschapsbelasting blijft vooralsnog grotendeels onbeantwoord. De Hoge Raad heeft hier althans niet met zoveel woorden over geoordeeld. Deze vraag komt wel zijdelings aan de orde in HR 9 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:BH7121, BNB 1989/228, welk arrest betrekking heeft op een vennootschapsbelastingplichtige stichting. Het hof oordeelt dat (i) de omstandigheid dat een ander beschikkingsmacht heeft niet in de weg staat aan vennootschapsbelastingplicht van de stichting en dat (ii) een dergelijke beschikkingsmacht ontbreekt. Het oordeel van de Hoge Raad beperkt zich evenwel tot het tweede punt, zodat nog niet duidelijk is hoe vennootschapsbelastingplicht zich in de ogen van de Hoge Raad verhoudt tot beschikkingsmacht van een ander. Voorts betreft HR 18 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4829, BNB 1992/142, een vennootschapsbelastingplichtige stichting. De Hoge Raad baseert zijn oordeel dat sprake is van een zelfstandige stichting op de activiteiten van de stichting en het door haar uitgeoefende bedrijf en niet, althans niet met zoveel woorden, op het feit dat de stichting onderworpen was aan vennootschapsbelasting. Een redelijk uitgangspunt lijkt evenwel dat vennootschapsbelastingplicht van de stichting uitsluit dat haar inkomen en vermogen nog bij een ander in de heffing zouden worden betrokken, aangezien anders dubbele heffing zou ontstaan. Ook is er vanuit dit perspectief geen noodzaak om de stichting als transparant te beschouwen, aangezien reeds sprake is van heffing. Een expliciete uitspraak van de Hoge Raad op dit punt ontbreekt evenwel.

– niet in de jurisprudentie aan de orde is gekomen. Een vergelijkbare integrale benadering geldt voor Natuurschoonwet-lichamen.¹³³² Een beperkte toerekening is bijvoorbeeld geregeld in de artikelen 2.15 en 2.17 Wet IB 2001; de toerekening van deze bepalingen geldt slechts voor bepaalde delen van de Wet IB 2001.¹³³³

Vraag is hoe de integrale variant beschouwd moet worden. In geval van de beperkte variant is slechts sprake van toerekening van vermogen of inkomsten in een specifieke context, waarbij het belastingsubject waarbij dit vermogen c.q. deze inkomsten in eerste instantie opkomen los van deze toerekening als subject in aanmerking genomen wordt. De integrale variant gaat echter verder en dit roept de vraag op of in die gevallen toch geen sprake is van een vorm van (oneigenlijke) fiscale transparantie, in de zin dat de kwalificatie van een rechtsvorm weliswaar leidt tot de conclusie dat de rechtsvorm als belastingsubject erkend wordt, maar de wet of jurisprudentie er vervolgens toe leidt dat de rechtsvorm alsnog volledig genegeerd wordt. Het alternatief zou een integrale toerekening van alle vermogen en inkomsten van de rechtsvorm zijn. Aangezien fiscale transparantie niet tot hetzelfde resultaat hoeft te leiden als toerekening, zoals geïllustreerd door de voorbeelden in paragraaf 14.3.9, heeft deze kwalificatie fiscale relevantie.

Naar mijn mening is bij de integrale variant sprake van (een vorm van) fiscale transparantie. Dit past beter bij het concept van een integrale benadering, waarbij de rechtsvorm voor alle directe heffingen ter zijde geschoven wordt. Daarnaast vloeit dit voort uit de gebruikte formulering: artikel 10.9 lid 1 Wet IB 2001 spreekt bijvoorbeeld over de werkzaamheden, rechten en verplichtingen van het Natuurschoonwetlichaam die worden beschouwd als de werkzaamheden van diens aandeelhouders. Uit de jurisprudentie inzake het kunnen beschikken over het vermogen van stichting als ware het eigen vermogen volgt voorts eenzelfde benadering. Reeds het concept van het kunnen beschikken over vermogen als ware het iemands eigen vermogen impliceert dat degene, die juridische eigenaar van dat vermogen is, in fiscale zin terzijde geschoven wordt. Dit wordt ook onderstreept door de overigens in de jurisprudentie inzake beschikkingsmacht gebruikte formuleringen.¹³³⁴

1332 Zie artikel 10.9 Wet IB 2001, artikel 5 lid 1 sub a Wet Vpb en artikel 7a NSW. Voor de dividendbelasting was in de resolutie van 9 september 1941, nr. 1941/34, B. 7521, geregeld dat inhouding van dividendbelasting achterwege kon blijven. Deze resolutie is ingetrokken door middel van het besluit van 16 maart 2007, nr. CPP2006/1783, BNB 2007/158, waarbij is aangegeven dat de resolutie reeds was vervallen bij inwerkingtreding van de Wet DB, maar dat de praktijk er vanuit was gegaan dat deze was blijven bestaan. In de literatuur is gesuggereerd dat deze praktijk desalniettemin is blijven bestaan (zie I.W.M. Duijvesteyn en E.J.W. Heithuis, *Natuurschoonwet 1928*, Kluwer Deventer 2009, pagina 66 en R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht Div.bel. 2.1.10*), hetgeen ook consistent zou zijn.

1333 Andere voorbeelden zijn de antimisbruikbepalingen van artikel 3.92b jo. 395b lid 2 Wet IB 2001 en 4.14 lid 9 Wet IB 2001.

1334 Zie bijvoorbeeld HR 30 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9086, BNB 1986/16, waarin de Hoge Raad spreekt van het behandelen van het vermogen van een stichting als ware het vermogen van de belastingplichtige zelf. In HR 18 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4829, BNB 1992/142, wordt gesproken over het vereenzelvigen van inkomen en vermogen van een stichting met het inkomen en vermogen van een ander. In latere lagere jurisprudentie wordt ook expliciet gesproken van transparantie, zie bijvoorbeeld rechtbank Zeeland-West-Brabant 22 maart 2018,

Hiermee kunnen zich in het spectrum fiscale transparantie – toerekening drie situaties voordoen:

- (a) De kwalificatie van een rechtsvorm, op basis van de civielrechtelijke kenmerken, leidt ertoe dat deze fiscaal niet als belastingsubject erkend wordt. Deze rechtsvorm is derhalve fiscaal transparant en bij de rechtsvorm in aanmerking nemen van belastingobjecten is niet mogelijk.
- (b) De uitkomst van de kwalificatie van een rechtsvorm is dat deze als belastingsubject erkend wordt. Op grond van een wettelijke regeling dan wel de jurisprudentie wordt de rechtsvorm echter alsnog (indien aan bepaalde voorwaarden voldaan is) genegeerd en als fiscaal transparant behandeld.¹³³⁵
- (c) De kwalificatie van een rechtsvorm leidt tot de erkenning hiervan als belastingsubject en de rechtsvorm wordt in het algemeen ook als zodanig behandeld. In specifieke omstandigheden worden echter het vermogen c.q. de inkomsten van de rechtsvorm aan een ander toegerekend en bij deze ander in de heffing betrokken. Overigens is de rechtsvorm belastingplichtig. In tegenstelling tot (a) en (b) kan de toerekening zich ook ten aanzien van natuurlijke personen voordoen, zoals de toerekening van bepaalde inkomsten van minderjarige kinderen aan hun ouders.

14.3.9.3 Kwalificatie van de APV-regeling

De daadwerkelijke fiscale transparantie zoals bedoeld onder (a) in de voorgaande paragraaf doet zich mijns inziens bij APV's niet voor. De enkele omstandigheid dat de APV-regeling opgenomen is in de wet impliceert reeds dat de fiscale aanwezigheid van het APV erkend wordt. Overigens zou er bij APV's die de vorm hebben van een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam sowieso weinig reden zijn geweest om daaraan te twifelen, maar bij als APV kwalificerende rechtsfiguren zonder rechtspersoonlijkheid, zoals de trust, zou men daar genuanceerder over kunnen denken. Dan blijven over de mogelijkheid van wettelijke fiscale transparantie jegens de inbrenger of (gedeeltelijke) toerekening van vermogen en inkomen van het APV aan de inbrenger.

Naar mijn mening is sprake van toerekening. Hoewel de parlementaire geschiedenis

ECLI:NL:RBZWB:2018:1776, rechtbank Den Haag 23 maart 2018, ECLI:NL:RBDH:2018:4990 en hof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3621.

1335 Het fiscale eenheidsregime leidt daarmee, althans in de huidige vorm, mijns inziens niet tot fiscale transparantie: de dochtermaatschappijen blijven subjectief belastingplichtig, met dien verstande dat fiscale consolidatie plaatsvindt en vennootschapsbelasting geheven wordt alsof sprake is van slechts één belastingplichtige (zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2000/2001, 26 854, nr. 6, pagina 6). Transparantie impliceert het afwezig zijn van subjectieve belastingplicht. Wel gaat de consolidatie iets verder dan toerekening, omdat interne transacties in beginsel geheel genegeerd worden.

op meerdere punten suggereert dat de wetgever fiscale transparantie heeft beoogd, is dit mijns inziens niet het gevolg van de getroffen regeling. De conclusie dat sprake is van toerekening baseer ik op het volgende:

- De regeling is opgenomen in afdeling 2.4 (Toerekeningsregels) van de Wet IB 2001. De wetgever heeft ook expliciet aangegeven dat dit gedaan is om aan te geven dat sprake is van een toerekeningsbepaling.¹³³⁶ De wettekst spreekt bovendien van toerekening.
- Fiscale transparantie impliceert mijns inziens dat een entiteit voor alle (directe) heffingen transparant is. Een APV wordt evenwel slechts voor de Wet IB 2001 volledig genegeerd en voor de SW, de Wet Vpb en de Wet DB slechts gedeeltelijk. Evenals Van der Zeijden ben ik van mening dat het conceptueel problematisch is dat eenzelfde entiteit voor verschillende belastingwetten, of zelfs afhankelijk van de wijze waarop de entiteit in de heffing betrokken wordt, ineens een ander karakter zou hebben. In andere gevallen van fiscale transparantie, zoals bij besloten commanditaire vennootschappen, maar ook besloten fondsen voor gemene rekening en maatschappen, werkt de transparantie wel integraal.

Bij het APV is het daarentegen na het wijzigen van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 zelfs mogelijk dat zowel het APV als de inbrenger in de heffing worden betrokken. Hierbij doel ik niet zozeer op de samenloop met buitenlandse heffing, maar een samenloop tussen Nederlandse vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting. Een situatie waarin hiervan bijvoorbeeld sprake is, is een buitenlandse trust die een Nederlandse onroerende zaak houdt ter belegging. De trust is buitenlandse belastingplichtig met betrekking tot de onroerende zaak.¹³³⁷ Daarnaast vindt toerekening aan de inbrenger plaats (er is sprake van een belegging, dus de toerekeningsstop kan niet van toepassing zijn), die belast wordt in box 3. Er is, in tegenstelling tot bij een samenloop met buitenlandse vennootschapsbelasting, geen regeling die deze dubbele heffing wegneemt, zodat hetzelfde belastingobject bij twee subjecten in de heffing betrokken wordt.

- Fiscale transparantie impliceert bovendien dat de inbreng vanuit fiscaal perspectief een non-event is. Indien sprake is van toerekening, vindt eerst een vervreemding plaats en wordt het vermogen vervolgens weer toegerekend aan de inbrenger. Artikel 17a SW past het beste bij deze laatste benadering: in deze bepaling is geregeld dat de afzondering van vermogen als bedoeld in artikel 2.14a Wet IB 2001 niet als een verkrijging wordt aangemerkt. Mijns inziens is de inbreng van vermogen in een APV overigens überhaupt geen schenking, omdat

¹³³⁶ Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 50.

¹³³⁷ Artikel 3 lid 1 sub c jo. 17 lid 3 sub a jo. 17a sub a Wet Vpb.

het APV niet verrijkt,¹³³⁸ hetgeen betekent dat artikel 17a SW eigenlijk niet nodig is (maar wel zo duidelijk). In geval van fiscale transparantie is deze bepaling echter sowieso overbodig.

Voor de inkomstenbelasting is niet een dergelijke regeling getroffen, die voorkomt dat de inbreng een belastbare vervreemding kan zijn. Enerzijds kan men dit zien als een argument dat dus sprake zou zijn van fiscale transparantie. Anderzijds kan men betogen dat ook bij toerekening weliswaar civielrechtelijk sprake is van een vervreemding, maar fiscaal niet, omdat als gevolg van de toerekening de positie van de inbrenger voor en na de toerekening dezelfde is: bijvoorbeeld houder van dezelfde aanmerkelijkbelang aandelen. Omdat zijn positie geen wijziging ondergaat, is er ook bij toerekening geen reden om een belastbare vervreemding te zien.¹³³⁹

De conclusie dat sprake is van toerekening in plaats van fiscale transparantie is niet zonder complicaties. Dit vloeit voort uit de in paragraaf 14.3.9 genoemde effecten, maar ook uit de hiervoor genoemde omstandigheid dat in geval van toerekening de vraag kan rijzen of de inbreng niet toch als een belastbare vervreemding gezien moet worden. Ten slotte is er het door Van der Zeijden opgeworpen punt dat bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten¹³⁴⁰, maar ook de gebruikelijk-loonregeling¹³⁴¹, de vraag opkomt aan wiens situatie de criteria van de desbetreffende regeling getoetst moeten worden. Van der Zeijden is van mening dat dit in geval van toerekening de situatie van het APV zou moeten zijn, hetgeen de toepassing van dergelijke regelingen problematisch maakt, aangezien die aansluiten bij omstandigheden die de belastingplichtige, in casu de inbrenger, betreffen.

Het lijkt mij evenwel de vraag of dergelijke complicaties voortvloeien uit de toerekening als zodanig. Deze toerekening leidt ertoe dat een vermogensbestanddeel of inkomen dat toebehoort aan de één, het APV, in fiscale zin geacht wordt het vermogen of inkomen van een ander, de inbrenger, te zijn. Vervolgens moet dit vermogen of inkomen geïd

1338 Zie nader paragraaf 8.6.1.

1339 De vraag of de inbreng een vervreemding is wordt in meer detail besproken in paragraaf 14.3.2.2.

1340 In de parlementaire geschiedenis is expliciet opgemerkt dat “alle vrijstellingen en faciliteiten” onverkort van toepassing blijven (Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 21) en dat toegang bestaat tot belangrijke fiscale faciliteiten, zoals de doorschuiffaciliteit in box 2 en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van de Successiewet (Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 37). Overigens worden deze opmerkingen gemaakt in relatie tot fiscale transparantie, hetgeen mede de suggestie wekt dat in feite deze transparantie beoogd is. Gezien de duidelijke bedoeling van een fiscaal neutrale behandeling zou ik menen dat men zo nodig een beroep kan doen op deze faciliteiten, ook al is de wetgever er niet in geslaagd om een regeling te treffen die tot transparantie leidt. Toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt bovendien elders in de parlementaire geschiedenis wel genoemd in relatie tot toerekening (bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr., 9, pagina 46).

1341 Zie hiervoor Van der Zeijden, WPNR 2012/6949, paragraaf 3.1.

worden binnen de context van de heffingswetten die op de inbrenger van toepassing zijn, primair de Wet IB 2001 en de Successiewet. Als zodanig kan het toegerekende aandelenbelang voor de inbrenger een aanmerkelijk belang vormen. Tot de genoemde wetten behoren ook regelingen zoals de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en de gebruikelijk-loonregeling, die daarmee naar mijn mening in beginsel ook toepassing kunnen vinden op het toegerekende vermogen. Om tot die toepassing te komen, dient echter aan bepaalde voorwaarden voldaan te zijn c.q. moeten bepaalde omstandigheden zich voordoen, zoals – om bij de genoemde voorbeelden te blijven – het zijn van aanmerkelijkbelanghouder of een verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of schenking. Ook bij toerekening kan aan dergelijke voorwaarden voldaan zijn, al zal dit niet altijd het geval zijn. Dit lijkt mij evenwel eerder een gevolg van het niet goed aansluiten bij de civielrechtelijke criteria waar een faciliteit op gebaseerd is, dan van de persoon bij wie die criteria getoetst worden. Een voorbeeld is de doorschuiffaciliteit van artikel 4.17a Wet IB 2001, die aanknoopt bij de overgang krachtens erfrecht onder algemene of bijzondere titel. In geval van overlijden van de inbrenger doet dit zich in civielrechtelijke zin niet voor, zodat strikt genomen niet voldaan wordt aan de voorwaarden voor toepassing van de faciliteit.¹³⁴² Dit is zowel het geval bij toerekening, als indien men uitgaat van fiscale transparantie, omdat het overlijden van de inbrenger geen civielrechtelijke betekenis heeft voor het APV-vermogen, dat immers niet tot de nalatenschap behoort. Een redelijke wetstoepassing, alsmede de uitlatingen die ter zake gedaan zijn in de parlementaire geschiedenis, brengen naar mijn mening echter met zich dat een beroep op de faciliteit toch mogelijk moet zijn.¹³⁴³

14.3.9.4 Conclusie

De wetgever is bepaald niet duidelijk geweest of de APV-regeling leidt tot fiscale transparantie van het APV of slechts van toerekening van het vermogen en het inkomen van het APV. Hoewel het fiscale gevolg in de meeste gevallen vergelijkbaar zal zijn, mede gezien de uitkomst die een redelijke en consistente wetstoepassing in het licht van uitlatingen in de parlementaire geschiedenis met zich brengen, kunnen er situaties zijn waarin de uitkomst verschilt. Deze kwalificatie van de regeling is derhalve niet zonder belang.

In de parlementaire geschiedenis worden beide begrippen echter als synoniemen

1342 Op basis van dezelfde redenering is ook geen sprake van een fictieve vervreemding in de zin van artikel 4.16 lid 1 sub e Wet IB 2001. Als men daar vanuit gaat, zal echter op grond van de fictie van artikel 4.16 lid 1 sub g Wet IB 2001 alsnog een vervreemding geconstateerd worden.

1343 Voor wat betreft de gebruikelijk-loonregeling merk ik volledigheidshalve op dat rechtbank Noord-Holland met toepassing van de APV-regeling tot de conclusie komt dat de gebruikelijk-loonregeling van toepassing is (rechtbank Noord-Holland 25 februari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:1176). De rechtbank spreekt in dit verband van toerekening. Hof Amsterdam komt hierna, curieus genoeg op grond van de beschikkingsmacht die de belastingplichtige zou hebben gehad over het trustvermogen (zie voor dit aspect nader paragraaf 14.3.10), tot een vergelijkbare conclusie (hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:915, V-N 2016/28.13).

gebruikt. Daarbij is mijn indruk, gezien de gevolgen van de regeling die de wetgever kennelijk voor ogen hebben gestaan, dat fiscale transparantie beoogd is. Gezien onder meer de positionering van de regeling binnen de Wet IB 2001 en de omstandigheid dat de APV-regeling geen integrale werking heeft binnen de directe belastingen, ben ik evenwel van mening dat deze intentie dan geen weerslag heeft gevonden in de wettelijke regeling en dat sprake is van toerekening.

Desalniettemin moet geconcludeerd worden dat onduidelijkheid bestaat. Ook als men aanneemt dat sprake is van toerekening blijven er vragen, zoals of de inbreng dan geen vervreemding zou zijn. Op grond van een redelijke wetstoepassing kan men alsnog tot een redelijk consistente regeling komen, maar de omstandigheid dat dit niet direct voortvloeit uit de wettelijke regeling is bepaald niet elegant. Een verduidelijking, zo nodig gepaard met een aanpassing van de APV-regeling, lijkt mij dan ook gewenst.

14.3.10 APV-regeling en jurisprudentie inzake toerekening van stichtingsvermogen

Reeds lang voor invoering van de APV-regeling werden stichtingen onder omstandigheden aangemerkt als fiscaal transparant¹³⁴⁴, te weten als iemand over het vermogen van de desbetreffende stichting kon beschikken als ware het zijn eigen vermogen.¹³⁴⁵ In dit verband zij gewezen op (bijvoorbeeld) de volgende arresten:

- HR 14 september 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX3189, BNB 1978/15, met betrekking tot de vraag of de belanghebbende, die een stichting had opgericht en daarmee een lijfrenteovereenkomst had afgesloten, de lijfrentepremies kon aftrekken. De Hoge Raad overweegt allereerst dat de stelling, dat vermogen dat civielrechtelijk aan een stichting toebehoort onder omstandigheden voor de heffing van inkomstenbelasting als vermogen van een natuurlijke persoon beschouwd moet worden, niet in haar algemeenheid aanvaard kan worden. Wel is mogelijk dat de belanghebbende in feite over de betaalde premies dezelfde beschikkingsmacht behouden had, als hij zou hebben gehad indien deze deel van

1344 Zie paragraaf 14.3.9 voor de kwalificatie van rechtsvormen als al dan niet transparant en het (vervolgens) alsnog als fiscaal transparant aanmerken van in beginsel als rechtssubject erkende rechtsvormen op grond van wet of jurisprudentie. Hoewel de term fiscale transparantie vanuit het perspectief van het kwalificatievraagstuk wellicht niet geheel zuiver is in de onderhavige context, zal ik eenvoudshalve wel spreken van fiscale transparantie.

1345 Overigens niet zonder kritiek, vergelijk bijvoorbeeld de annotaties van Van Dijk bij de arresten HR BNB 1978/15, HR BNB 1982/42 en HR BNB 1986/16, waarin hij allereerst de vraag opwerpt waarom bij stichtingen een toets wordt aangelegd die men bij besloten vennootschappen volstrekt niet aan de orde zou achten en hij voorts het standpunt inneemt dat men niet tot toerekening zou moeten komen op grond van het enkele kunnen beschikken, maar pas op het moment dat iemand daadwerkelijk te eigen bate over het vermogen van een stichting beschikt. Zie voorts bijvoorbeeld C.P.M. van Houte, Is een stichting transparant?, WFR 1989/5872 of R. Moskowitz, Stichting en transparance: motivering; rechtsstrijd, WFR 1990/5954.

zijn eigen vermogen waren blijven uitmaken, maar deze mogelijkheid stuitte af op de vaststelling van de feiten door het hof.¹³⁴⁶

- De Hoge Raad oordeelt in vergelijkbare zin over de toerekening van vermogen in HR 22 juli 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9380, BNB 1982/42. Deze zaak betrof de vraag of aan een stichting toebehorende bezittingen en schulden bij belanghebbende in aanmerking genomen dienden te worden.
- In HR 30 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9086, BNB 1986/16, voegt de Hoge Raad toe dat, indien vaststaat dat belanghebbende kan beschikken over het vermogen van een stichting als ware het zijn eigen vermogen, niet aan nadere vereisten voldaan hoeft te worden om het vermogen van de stichting voor de heffing van inkomstenbelasting en vermogensbelasting te behandelen als het vermogen van de belanghebbende. Belanghebbende had aangevoerd dat tevens noodzakelijk zou zijn dat in feite geen onderscheid bestond tussen het vermogen van de stichtingen zijn eigen vermogen, alsmede dat hij zich in feite als rechthebbende op het vermogen van de stichting zou gedragen. Ook lijkt de Hoge Raad in dit arrest het uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW in principe niet te beschouwen als een belemmering voor de eventuele beschikkingsmacht.
- Uit HR 8 januari 1986, ECLI:NL:HR:1986:BH5313, BNB 1986/87, volgt dat het niet noodzakelijk is om daadwerkelijk te beschikken over het vermogen van een stichting om dit vermogen (en het inkomen daaruit) toegerekend te krijgen. Het enkele daarover kunnen beschikken als ware het zijn eigen vermogen volstaat voor deze toerekening.¹³⁴⁷
- Het op enig moment verkrijgen van de beschikkingsmacht over een stichting heeft ten slotte niet tot gevolg dat de persoon in kwestie geacht wordt het gehele vermogen aan de stichting te hebben onttrokken, zie HR 10 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1860, BNB 1996/94. Concrete transacties met de stichting hebben uiteraard wel hun fiscale gevolgen.

Samenvattend volgt uit deze en andere jurisprudentie dat het vermogen en de inkomsten van een stichting toegerekend kunnen worden en aldus belast kunnen worden bij degene die over het vermogen van de stichting kan beschikken als ware het zijn eigen

1346 Een geval waarin beschikkingsmacht over (in casu) geschonken bedragen wel geacht werd te zijn behouden, betreft hof Amsterdam 11 maart 1991, Infobulletin 1991/104. Aan dit oordeel verbond het hof de conclusie dat (i) de geschonken bedragen niet aftrekbaar waren, (ii) het inkomen van de stichting belast was bij de belanghebbende en (iii) dóór de stichting geschonken bedragen wél voor aftrek in aanmerking kwamen.

1347 In vergelijkbare zin HR 17 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AW7646, BNB 1987/247.

vermogen.¹³⁴⁸ Op basis van dit principe konden voor de invoering van de APV-regeling onder omstandigheden ook het vermogen en de inkomsten van een familiestichting, trust, etc. worden toegerekend en als zodanig alsnog worden belast.¹³⁴⁹

De vraag is dan hoe deze toerekening op grond van de jurisprudentie zich verhoudt tot de APV-regeling. In de parlementaire geschiedenis bij de APV-regeling is hierover het volgende opgemerkt:

*De NOB neemt wat betreft APV's verder terecht aan dat het systeem van toerekening op grond van artikel 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001 een gesloten systeem is, zodat indien aan de voorwaarden van het zesde lid wordt voldaan, er noch op basis van artikel 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 noch op basis van andere leerstukken of wettelijke bepalingen toerekening van vermogen of inkomsten van het APV plaatsvindt aan eventuele gerechtigden of aan degene die het vermogen heeft afgezonderd. Benadrukt wordt dat het gaat om het discretionaire deel van het afgezonderd particulier vermogen.*¹³⁵⁰

en

De leden van de CDA-fractie vragen zich af hoe zij de gevolgen die het transparant worden heeft, moeten zien in verhouding tot bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad d.d. 10 januari 1996 (BNB 1996/94)? Uitgangspunt is dat een APV (bijvoorbeeld een stichting) een zelfstandige entiteit is. Alleen in de situatie dat iemand over het vermogen van het APV kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen is sprake van transparantie. Ten aanzien van een APV wordt een wettelijke transparantie voorgesteld aangezien het particuliere belang (veelal van de inbrenger en zijn verwanten) wordt beoogd. De regering kiest in het wetsvoorstel voor een andere benadering. De bezittingen en schulden van het APV worden toegerekend, ongeacht of beschikt kan worden als ware het eigen vermogen zoals in het arrest aan de orde was. Zolang geen particulier belang wordt beoogd blijft de entiteit zelfstandig en geldt in beginsel geen transparantie. [Onderstrepingen AEdL]¹³⁵¹

De eerste aangehaalde passage geeft naar mijn mening aan dat indien de APV-regeling van toepassing is, het vermogen niet op andere gronden kan worden toegerekend, ook

1348 In zaken waarin sprake is van een vennootschapsbelastingplichtige stichting lijkt de Hoge Raad overigens niet tot toerekening van het vermogen en het inkomen van de stichting te komen, zie bijvoorbeeld HR 9 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:BH7121, BNB 1989/228, en HR 18 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4829, BNB 1992/142. In hoeverre dit het gevolg is van de omstandigheid dat de stichting vennootschapsbelastingplichtig is, of dat dit een toevallige omstandigheid is en men ook op grond van het ontbreken van voldoende beschikkingsmacht bij een ander tot deze uitkomst gekomen zou zijn, wordt evenwel niet duidelijk.

1349 Zie hiervoor nader paragraaf 14.2.1.

1350 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 81.

1351 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 113.

niet indien de APV-regeling uiteindelijk niet tot toerekening zou leiden omdat het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 geleverd kan worden. Strikt genomen lijkt er overigens nog wel ruimte voor toerekening op andere gronden aan een ander dan de begunstigde of de inbrenger, maar ik veronderstel dat dit niet bedoeld zal zijn. In de tweede passage wordt aangegeven dat de APV-regeling voorziet in toerekening, ongeacht of sprake is van beschikkingsmacht of niet. Dat impliceert dat naast toepassing van de APV-regeling niet ook toerekening mogelijk is op grond van het kunnen beschikken over het vermogen van het APV als ware het iemands eigen vermogen, althans dat de beschikkingsmacht niet tot een andere uitkomst leidt, omdat toerekening op basis van die beschikkingsmacht vervolgens alsnog opzijgezet wordt door de APV-regeling. Ik ga er daarbij vanuit dat de beschikkingsmacht een voorwaarde is die aan de orde komt voordat de APV-regeling wordt toegepast. Gezien de tweede hiervoor aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis impliceert het eerst toepassing van de APV-regeling en daarna het beschikkingsmachtcriterium althans dat de uitkomst toerekening aan twee personen kan zijn, de inbrenger en degene met beschikkingsmacht. Het voordeel van deze benadering is bovendien dat de veelal moeilijk te beantwoorden vraag of sprake is van beschikkingsmacht niet beantwoord hoeft te worden.

Een redelijke wetstoepassing brengt naar mijn mening derhalve met zich dat met de invoering van de APV-regeling de mogelijkheid, om vermogen van een entiteit die als APV kwalificeert op grond van beschikkingsmacht toe te rekenen, niet langer bestaat.¹³⁵² De wetgever heeft voorzien in een regeling voor die situatie en zelf ook op enig punt in de parlementaire geschiedenis aangegeven dat deze regeling uitputtend bedoeld is. Daarnaast leidt het naast elkaar toepassen van de APV-regeling en toerekening op grond van beschikkingsmacht potentieel tot een conflict, in het geval dat de uitkomst van beide niet gelijk is, hetgeen aanleiding geeft tot de vraag welk principe dan prevaleert. Zoals reeds aangegeven zou de APV-regeling in dat geval als nadien getroffen, expliciet voor een bepaalde situatie bedoelde, regeling dan voor moeten gaan. De facto zou dat doorgaans erop neerkomen dat de APV-regeling het beschikkingsmachtcriterium inderdaad opzij heeft gezet, met dien verstande dat er twee situaties denkbaar zijn waarin de APV-regeling niet tot toerekening leidt: (i) de inbrenger, zijn partner, noch zijn erfgenamen zijn te bepalen (artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001) of (ii) de toerekening van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 leidt niet tot toerekening, omdat alle erfgenamen het tegenbewijs kunnen leveren. Over de laatste situatie heeft de wetgever zich evenwel expliciet uitgelaten dat toerekening op andere gronden niet mogelijk is. Daarnaast impliceert het voorzien in een gedetailleerde regeling dat indien de uitkomst van de toepassing van die regeling is, dat geen toerekening plaatsvindt, deze uitkomst ook geaccepteerd dient te worden en men niet moet proberen om via een alternatieve route alsnog tot toerekening te komen.

1352 Althans niet in inkomstenbelastingcontext, zie nader hierna.

Jurisprudentie met betrekking tot de samenloop tussen artikel 2.14a Wet IB 2001 en toerekening op grond van beschikkingsmacht is nog nauwelijks aanwezig; ik ben bekend met een drietal zaken:

- Hof Amsterdam heeft op 23 februari 2016¹³⁵³ uitspraak gedaan in een zaak met betrekking tot toepassing van de gebruikelijk-loonregeling in de jaren 2010 – 2013. Iemand had de activiteiten van zijn eenmanszaak ingebracht in een commanditaire vennootschap, met als commanditaire vennoot een stichting en als beherend vennoot een Engelse Ltd. waarvan de aandelen in trust waren gebracht. De Ltd. werd door de rechtbank aangemerkt als inhoudingsplichtige, aangezien (i) sprake was van inbreng van de eenmanszaak in de trust, zodat de inbrenger aanmerkelijkbelanghouder van de Ltd. was,¹³⁵⁴ (ii) de inbrenger als (enige) bestuurder een (fictieve) dienstbetrekking had bij de Ltd. en (iii) de Ltd. gezien de woonplaats van haar bestuurder feitelijk in Nederland gevestigd was. Het hof onderschrijft de conclusies van de rechtbank, maar opvallend is dat het de conclusie, dat sprake is van een aanmerkelijk belang, expliciet op een andere argumentatie baseert. In plaats van de trust als APV te kwalificeren, oordeelt het hof namelijk dat de inbrenger over het vermogen van de trust kon beschikken als ware het zijn eigen vermogen en dat hij daarom tevens als houder van de aandelen in de Ltd. moet worden aangemerkt. Het hof geeft helaas niet aan waarom het zich ondanks de APV-regeling op deze argumentatie beroept.¹³⁵⁵ Mogelijk is de reden hiervoor dat het hof een inbreng niet bewezen achtte, zodat de APV-regeling niet van toepassing kon zijn (het hof spreekt van het beëindigen van de activiteiten van de eenmanszaak en het ontwikkelen van activiteiten in een nieuwe structuur), maar bij gebrek aan concrete aanwijzingen in die richting is dit niet meer dan een mogelijkheid.
- Rechtbank Den Haag oordeelde op 23 maart 2018¹³⁵⁶ over de toerekening van het vermogen van een stichting aan een zoon van de instelster, betreffende het jaar 2012. De inspecteur had hiervoor twee gronden aangevoerd, te weten primair het door de zoon kunnen beschikken over het vermogen van de stichting als ware het zijn eigen vermogen en subsidiair de inbreng in de stichting als

1353 Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:915, V-N 2016/28.13.

1354 Dit veronderstelt overigens dat de Ltd. niet (voldoende) onderworpen was aan winstbelasting, omdat anders de destijds geldende toerekeningsstop aan toerekening van de aandelen in de weg had gestaan. De feiten laten zich hier niet over uit. Indien toepassing van de APV-regeling tot de conclusie leidt dat geen toerekening plaatsvindt, zou er zoals reeds opgemerkt naar mijn mening echter geen ruimte moeten doen om alsnog toe te rekenen op basis van beschikkingsmacht.

1355 Vergelijk in dit verband ook De Wijkerslooth-Lhoëst, die – mijns inziens terecht – opmerkt dat zij het merkwaardig vindt dat het hof niet de APV-regeling toepast, maar belanghebbende als aandeelhouder aanmerkt omdat hij niet het vermoeden kan ontzenuwen dat hij hierover kon beschikken als ware het zijn eigen vermogen, aangezien het aldus kunnen beschikken met de invoering van de APV-regeling niet meer van belang is (S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, De rechter en het Afgezonderd Particulier Vermogen, Vakblad Estate Planning 2016/40, pagina 14).

1356 Rechtbank Den Haag 23 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4990, V-N 2018/35.2.1.

gevolg van het onzakelijk zijn van bepaalde transacties tussen beiden (de instelster was in het jaar waar de procedure betrekking op had nog in leven). De rechtbank oordeelt dat geen sprake is van een zodanige beschikkingsmacht dat toerekening van het stichtingsvermogen kan plaatsvinden, alsmede dat geen sprake is van een inbreng door de zoon, die leidt tot toerekening aan hem. Het valt op dat de rechtbank geen overweging besteedt aan de vraag of naar de APV-regeling nog wel ruimte is voor een toerekening op deze basis. Ook de belanghebbende lijkt voor deze vraag geen aandacht gevraagd te hebben. Hof Den Haag¹³⁵⁷ oordeelt in hoger beroep eveneens dat noch de aanwezigheid van beschikkingsmacht, noch toerekening op grond van de APV-regeling (althans aan de zoon) aan de orde zijn, maar besteedt ook geen aandacht aan de samenloop tussen toerekening op grond van beschikkingsmacht en de APV-regeling. De achtergrond hiervan kan echter zijn dat de inspecteur primair een beroep heeft gedaan op het beschikkingsmachtcriterium en subsidiair op de APV-regeling. Desalniettemin was gezien de feiten naar mijn mening sprake van een APV, met dien verstande dat de moeder de inbrenger was, zodat de vraag naar deze samenloop weldegelijk een rol speelt.

- Ten slotte is er een zaak betreffende een Oostenrijkse Privatstiftung die een verzoek had ingediend tot teruggave van Nederlandse dividendbelasting voor de jaren 2011, 2012 en 2014. De rechtbank¹³⁵⁸ oordeelde dat de Privatstiftung fiscaal transparant is, omdat de rechtbank van mening was dat haar oprichter kon beschikken over haar vermogen als ware het zijn eigen vermogen, zodat geen aanspraak bestaat op teruggave van dividendbelasting. De vraag of naast toepassing van de APV-regeling nog ruimte bestaat voor toerekening op grond van beschikkingsmacht, werd in eerste aanleg voor zover ik kan nagaan niet gesteld.

In hoger beroep is deze vraag echter wel expliciet aan de orde gekomen, omdat de Privatstiftung betoogde dat de “transparantie-jurisprudentie” achterhaald was door de APV-regeling.¹³⁵⁹ Hof’s-Hertogenbosch¹³⁶⁰ heeft dit betoog echter verworpen, met als motivering dat allereerst het APV-regime niet geldt voor de dividendbelasting (anders dan de regeling van artikel 4 lid 8 sub c Wet DB), zodat de bestaande jurisprudentie voor deze heffing niet ingeperkt kan worden door de APV-regeling. Daarnaast merkt het hof op dat voor een verzoek om teruggaaf van dividendbelasting van belang is wie de uiteindelijk gerechtigde

1357 Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3680.

1358 Zie rechtbank Zeeland-West-Brabant 20 maart 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1646, V-N 2018/39.2.1.

1359 De reden voor de inspecteur om zich in deze zaak te beroepen op transparantie van de Stiftung is mogelijk gelegen in de omstandigheid dat de toerekening van APV-vermogen niet integraal doorwerkt naar de Wet DB. Indien de Stiftung als APV zou kwalificeren, zou een teruggave van dividendbelasting mijns inziens in beginsel mogelijk zijn geweest. Zie voor deze aspecten nader paragraaf 14.5.2.

1360 Hof’s-Hertogenbosch 31 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:382, rechtsoverweging 4.6.

is tot de dividenden, hetgeen een materiële toets vereist, zoals aan de orde is in de “transparantie-jurisprudentie”. Ten slotte oordeelt het hof uitdrukkelijk dat in geval iemand kan beschikken over het vermogen van de Privatstiftung als ware het zijn eigen vermogen niet gesproken kan worden van een afgescheiden vermogen als bedoeld in artikel 2.14a Wet IB 2001, zodat het APV-regime in een dergelijke situatie niet van toepassing kan zijn. Het hof is derhalve van mening dat eerst op grond van deze jurisprudentie getoetst dient te worden of sprake is van toerekening aan een ander en dat de APV-regeling pas eventueel van toepassing kan zijn indien daarvan geen sprake is.

A-G Wattel heeft recent een conclusie genomen in deze zaak.¹³⁶¹ Hij is van mening dat de transparantie-jurisprudentie losstaat van de APV-regeling. De transparantie-jurisprudentie betreft zijns inziens de keuze bij de toerekening tussen twee hiervoor in aanmerking komende genietters. Fiscale toerekening aan een ander dan de civielrechtelijk gerechtigde kan aan de orde komen omdat het vermogen en de inkomsten van een entiteit civielrechtelijk en feitelijk onvoldoende zijn afgescheiden van het vermogen c.q. inkomsten van een ander om de entiteit als fiscaalrechtelijk zelfstandige entiteit te beschouwen. De APV-regeling betreft daarentegen de situatie van “zwevend vermogen”, dat niet toerekenbaar is aan een persoon, omdat degene die kan beschikken niet zal of mag genieten en de mogelijke toekomstige genietster niet kan beschikken.

Dit onderscheid is helder, maar miskent naar mijn mening dat zich weldegelijk situaties kunnen voordoen waarin zowel de APV-regeling als de jurisprudentie inzake de toerekening van stichtingsvermogen van toepassing kunnen zijn op een entiteit. Dit betreft gevallen waarin sprake is van een entiteit die als APV kwalificeert op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001, maar er tegelijkertijd een persoon is, zoals de inbrenger, die over het vermogen van die entiteit kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Dat deze samenloop kan bestaan, wordt ook onderstreept door procedures met betrekking tot jaren van voor de invoering van de APV-regeling, waarin de belastingdienst het standpunt innam dat bijvoorbeeld de settlor kon beschikken over trustvermogen als ware het diens eigen vermogen, om dit vermogen en de inkomsten daaruit alsnog in de heffing te kunnen betrekken.¹³⁶² De APV-regeling is uiteindelijk het antwoord op door de belastingdienst ervaren moeilijkheden om “zwevend vermogen” op basis van het concept van de jurisprudentie inzake de toerekening van stichtingsvermogen te belasten.¹³⁶³ Omdat de APV-regeling echter een ruimer bereik heeft dan puur de situatie van zwevend vermogen, maar ook de gevallen bestrijkt waarin het vermogen als gevolg van beschikkingsmacht wel bij een

1361 Conclusie A-G Wattel 26 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:704, V-N 2019/38.11, zie met name punten 9.5 – 9.7.
1362 Zie de in paragraaf 14.2.1 aangehaalde jurisprudentie.
1363 Vergelijk bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 9 – 11.

belastingsubject neerslaat, rijst de vraag of de APV-regeling in een dergelijk belang voorrang heeft.

Mogelijk is de redenering van de A-G dat de toerekening op grond van beschikkingsmacht een voorvraag is, die beantwoord dient te worden voorafgaand aan de toepassing van de APV-regeling en waarbij de APV-regeling slechts van toepassing kan zijn indien niet wordt toegerekend op grond van beschikkingsmacht. Dat is althans de strekking van de recente conclusie die A-G Niessen genomen heeft, mede onder verwijzing naar de conclusie van A-G Wattel.¹³⁶⁴ De hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis geeft echter aan dat wordt toegerekend op grond van de APV-regeling ongeacht of sprake is van beschikkingsmacht, hetgeen impliceert dat er voor een dergelijke voorvraag geen ruimte is.

In de casus waar de conclusie van A-G Wattel betrekking op heeft speelt als bijzonderheid dat de APV-regeling in beginsel niet doorwerkt naar de dividendbelasting, zodat voor de heffing waar het desbetreffende geschil op ziet de gesignaleerde samenloop zich inderdaad niet voordoet. Op het moment dat in samenhang gekeken wordt naar de inkomstenbelasting, dividendbelasting en vennootschapsbelasting, kan sprake zijn van een hybride uitkomst: voor de inkomstenbelasting voor toegerekend aan de inbrenger, maar voor de dividendbelasting en de vennootschapsbelasting wordt het APV als rechtssubject erkend, waarbij ofwel (i) de inkomsten en het vermogen ook worden toegerekend aan het APV,¹³⁶⁵ ofwel (ii) de inkomsten en het vermogen op grond van beschikkingsmacht worden toegerekend aan een ander. Die laatste persoon kan de inbrenger zijn, maar dit hoeft niet. Deze hybride uitkomst is echter met name het gevolg van de beperking van de algemene toepassing van de APV-regeling tot de inkomstenbelasting en niet zozeer van het al dan niet toerekenen op grond van beschikkingsmacht. Een oplossing hiervoor kan dan ook slechts gevonden worden in een consistentere behandeling van APV's voor de verschillende heffingen.

Concluderend zou naar mijn mening met de invoering van de APV-regeling de toepassing van het beschikkingsmachtcriterium ten aanzien van APV's achterhaald moeten zijn. De parlementaire geschiedenis biedt ook steun voor deze conclusie. Er is in zoverre echter geen zekerheid, dat in de lagere rechtspraak het beschikkingsmachtcriterium toch nog enkele malen is toegepast, ondanks het feit dat sprake was van een APV en hof 's-Hertogenbosch laat er in zijn hiervoor aangehaalde uitspraak ook geen twijfel over bestaan dat het van mening is dat het beschikkingsmachtcriterium eerst toegepast

1364 Conclusie A-G Niessen 2 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:860, V-N 2019/46.3.

1365 In dit geval doen zich in de samenloop tussen inkomstenbelasting en dividendbelasting complicaties voor, die overigens losstaan van de vraag of al dan niet toegerekend kan worden op grond van beschikkingsmacht. Voor een nadere beschrijving hiervan verwijs ik naar paragraaf 14.5.

dient te worden en pas vervolgens de APV-regeling. Mogelijk zal het arrest van de Hoge Raad in de zaak betreffende de Privatstiftung meer duidelijkheid zal verschaffen.

Overigens kan men zich afvragen in hoeverre toerekening op grond van beschikkingsmacht daadwerkelijk tot een andere uitkomst kan leiden. Er zijn in het algemeen drie situaties denkbaar:

- Allereerst kan de insteller van het APV zodanige beschikkingsmacht behouden hebben, dat op die laatste grond aan hem toegerekend kan worden. In dat geval leiden beide criteria tot dezelfde uitkomst.
- Daarnaast is denkbaar dat de toerekening op grond van beschikkingsmacht zou leiden tot toerekening aan een ander dan de insteller, zodat de uitkomsten verschillen. De vraag is echter in hoeverre deze situatie zich in de praktijk kan voordoen: logischerwijs heeft de insteller voorzien in bepaalde waarborgen, die de positie van de begunstigden moeten beschermen, los van de reeds bestaande wettelijke mogelijkheden die deze begunstigden hebben om uitvoering van het doel van het APV af te dwingen. Met andere woorden: een goed opgezet APV zou zodanige hindernissen moeten opwerpen tegen al te grote vrijpostigheid van de beheerder, dat deze niet in staat zou moeten zijn om te beschikken over het vermogen van het APV als ware het zijn eigen vermogen. In zoverre is de samenloop tussen het APV-regime en het beschikkingsmachtcriterium dus een wat theoretische discussie, met dien verstande dat natuurlijk mogelijk is dat dergelijke waarborgen ontbreken.¹³⁶⁶
- Het is mogelijk dat de toepassing van de APV-regeling ertoe leidt dat geen toerekening voor de inkomstenbelasting plaatsvindt. Dit kan zich voordoen bij de toepassing van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001. Voorts is denkbaar dat de inbrenger overleden is en dat er geen erfgenamen zijn die tevens begunstigde zijn of kunnen worden, zodat toerekening aan hen niet mogelijk is.¹³⁶⁷ Beide situaties zullen zich weliswaar vermoedelijk niet vaak voordoen, maar het is mogelijk dat de toepassing van artikel 2.14a Wet IB 2001 tot de conclusie leidt dat het APV-vermogen niet toegerekend kan worden en

1366 Ook zou zich de situatie voor kunnen doen waarin de beheerder van het APV de facto ten gunste van zichzelf beschikt, zonder dat eventuele belanghebbenden die daartegen op zouden kunnen treden gebruik maken van de middelen die zij daartoe hebben. Deze situatie dient mijns inziens onderscheiden te worden van het kunnen beschikken als ware het iemands eigen vermogen, aangezien in dat geval de mogelijkheid tot afdwingen van het APV doorslaggevend is en niet het concrete gebruik dat van die mogelijkheden gemaakt dat. Dit laat uiteraard onverlet dat daadwerkelijk onttrokken bedragen in voorkomend geval in de belastingheffing betrokken kunnen worden.

1367 Zoals in paragraaf 14.3.3.3 opgemerkt kan artikel 2.14a lid 5 Wet IB 2001 in die situatie niet leiden tot toerekening aan de begunstigden.

dus niet betrokken wordt in de heffing van inkomstenbelasting.¹³⁶⁸ Omdat in dat geval reeds een regeling is toegepast die tot toerekening van het vermogen kan leiden, is er mijns inziens geen ruimte meer om dan alsnog toe te rekenen op basis van een ander principe, het beschikkingsmachtcriterium.

- Ten slotte is er een verschil in gevolg tussen transparantie van het APV op grond van het beschikkingsmachtcriterium en toerekening op grond van de APV-regeling voor de Wet DB. Transparantie geldt ook voor de Wet DB, maar de toerekening slechts in beperkte mate, zodat een APV opbrengstgerechtigde van een dividend kan zijn en onder omstandigheden mijns inziens ook een teruggave van dividendbelasting kan krijgen.¹³⁶⁹ Een transparante entiteit heeft die laatste mogelijkheid niet. Dit verschil is echter het gevolg van de keuze van de wetgever om de toerekening niet integraal te laten doorwerken naar de Wet DB. Eventuele onwettelijke gevolgen daarvan moeten naar mijn mening echter worden opgelost door middel van een sluitende systematiek in de behandeling van APV's en niet door APV's via een omweg alsnog als transparant aan te merken.

Samenvattend is het aantal situaties waarin toerekening op grond van beschikkingsmacht tot een andere uitkomst zou leiden dan toerekening op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 vermoedelijk beperkt, maar kan dit zich wel voordoen. In aanmerking nemend dat de wetgever met de APV-regeling een keuze heeft gemaakt voor een bepaalde fiscale behandeling van APV's en gezien hetgeen dienaangaande is opgemerkt in de parlementaire geschiedenis, zou de APV-regeling toerekening op grond van beschikkingsmacht naar mijn mening echter moeten uitsluiten.

14.4 Schenk- en erfbelasting

De toerekening van het APV-vermogen aan de inbrenger en later diens erfgenamen is ook (nagenoeg¹³⁷⁰) volledig doorgevoerd in de Successiewet. Hieronder worden de

1368 Bij toepassing van de toerekeningsstop vindt in voorkomend geval nog wel heffing van schenk- en erfbelasting plaats, zie artikel 16 lid 1 respectievelijk artikel 17 lid 1 SW.

1369 Zie paragraaf 14.5.2.

1370 De APV-regeling werkt niet integraal door in de SW, zoals wel het geval is voor de Wet IB 2001, maar is primair neergelegd in de ficties van artikel 16, 17 en 17a SW. Daarnaast kan via begrippen afkomstig uit de Wet IB 2001, zoals de aanmerkelijkbelangdefinitie die doorwerkt in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, de APV-regeling indirect gelden binnen de SW. Omdat geen sprake is van een algemene regeling, is de uitkomst echter niet geheel sluitend. Een voorbeeld is artikel 35c lid 4 sub d SW, dat aanknoopt bij het bezitten van 5% van de gewone aandelen om voor de verkrijging van preferente aandelen de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te kunnen genieten. Indien de gewone aandelen gehouden worden door een APV kan strikt genomen door de "verkrijgende" erfgenaam niet aan de gestelde eisen voldaan worden, aangezien hij in civielrechtelijke zin geen houder van gewone aandelen is en de toerekening niet doorwerkt naar deze bepaling. Ik verwacht overigens dat de praktische problemen als gevolg van het ontbreken van een integrale doorwerking beperkt zullen zijn, omdat dit zich slechts in vrij specifieke situaties zal voordoen.

desbetreffende fictiebepalingen met betrekking tot de behandeling van inbreng in het APV, uitkeringen uit het APV en het overlijden van de inbrenger besproken.

14.4.1 Inbreng in het APV

Artikel 17a SW ziet op de inbreng van vermogen in een APV. Hierin is bepaald dat de afzondering van vermogen geen verkrijging is in de zin van de Successiewet. De inbreng van vermogen in het APV kan dus zonder de heffing van schenk- of erfbelasting plaatsvinden, hetgeen een logisch complement is van de toerekening van dit vermogen aan de inbrenger voor inkomstenbelastingdoeleinden.

Er wordt in artikel 17a SW geen onderscheid gemaakt tussen inbreng tijdens leven en inbreng bij overlijden, maar slechts verwezen naar de definitie van afzonderen die is neergelegd in artikel 2.14a Wet IB 2001. Ook artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001, waarin het begrip “afzondering” gedefinieerd is, maakt geen onderscheid tussen inbreng tijdens leven en inbreng bij overlijden en uit artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 volgt zelfs expliciet dat afzondering bij overlijden ook mogelijk is. Een inbreng bij overlijden, bij voorbeeld in de vorm van een legaat aan het APV, valt dus ook onder artikel 17a SW. Beide vormen van inbreng kunnen derhalve zonder heffing van schenkbelasting geschieden.

Het ontbreken van heffing op het inbrengmoment is ook logisch vanuit de gedachte dat de “reguliere” situatie van bezit en vererving van vermogen zoveel mogelijk wordt gesimuleerd. Indien wordt ingebracht bij overlijden lijkt echter toch een heffingslek te kunnen ontstaan, doordat situaties mogelijk zijn waarin ter zake van deze inbreng noch op grond van artikel 17a SW, noch op grond van artikel 16 SW, heffing plaatsvindt in verband met het overlijden van de erflater, zie nader paragraaf 14.4.3.2.

14.4.2 Uitkeringen door het APV

14.4.2.1 Algemeen

Artikel 17 SW bevat een regeling met betrekking tot de verkrijging van uitkeringen uit het APV. Ook het verkrijgen van een rechtens afdwingbare aanspraak jegens het APV valt onder deze fictiebepaling, tenzij de verkrijging van de aanspraak het gevolg is van het overlijden van de erflater.¹³⁷¹ Een dergelijke verkrijging wordt geacht afkomstig te zijn van degene aan wie het APV-vermogen voor inkomstenbelastingdoeleinden wordt toegerekend, ofwel in eerste instantie de inbrenger en na diens overlijden zijn erfgenamen. Voor zover degenen aan wie wordt toegerekend (fictief¹³⁷²) in Nederland woonachtig zijn, is de uitkering (of toekenning van een aanspraak) dus onderworpen aan schenkbelasting. Het voorgaande brengt bovendien met zich dat als het APV

1371 In dat geval is artikel 16 lid 2 SW van toepassing; deze bepaling wordt beschreven in paragraaf 14.4.3.1.
1372 Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 20.

uitkeringen doet aan de inbrenger, dit niet gezien wordt als een belastbare schenking, althans zolang sprake is van slechts één inbrenger.¹³⁷³

In artikel 26a SW is eveneens bepaald dat voor de berekening van de verschuldigde schenkelasting de schenking geacht wordt verkregen te zijn van degene aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend. De familieverhouding tussen deze persoon en de verkrijger bepaalt het toepasselijke tarief en de vrijstelling(en). De bepaling is mijns inziens overbodig: ook uit artikel 17 SW zelf vloeit al voort van wie de schenking geacht wordt afkomstig te zijn, zodat ook daaruit het toepasselijke tarief en de eventuele vrijstellingen al afgeleid kunnen worden. De wetgever lijkt dit overigens zelf ook te erkennen, aangezien in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat artikel 26a SW dient ter verduidelijking en voorkoming van misverstanden.¹³⁷⁴

Voorts merk ik op dat de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 niet doorwerkt naar artikel 17 SW. Hierin is expliciet bepaald dat vermogen, dat op grond van de toerekeningsstop voor inkomstenbelastingdoeleinden niet wordt toegerekend, geacht wordt verkregen te zijn van de persoon aan wie dit vermogen zou zijn toegerekend als de toerekeningsuitzondering niet van toepassing zou zijn geweest. De achtergrond van de bepaling is dat het in de ogen van de wetgever niet in het systeem van de Successiewet past om het nijvere deel van een APV buiten de heffing van schenkelasting en erfbelasting te laten.¹³⁷⁵

De waardering van de verkrijging geschiedt uiteraard in overeenstemming met de waarderingsvoorschriften van artikel 21 SW en hierbij kan rekening gehouden worden met de voorwaarden of tijdsbepalingen die aan een aanspraak gekoppeld zijn. Ten slotte merk ik op dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van artikel 35b e.v. SW ook van toepassing kunnen zijn ter zake van een uitkering uit het APV. Dit volgt uit de verwijzing naar de bepalingen van de Wet IB 2001, waarmee het begrip “ondernemingsvermogen” wordt ingevuld in artikel 35c lid 1 SW en waarin de toerekening van het APV-vermogen doorwerkt.^{1376 1377}

1373 Indien sprake is van meerdere inbrengers zal in elk geval op grond van de tekst van artikel 17 lid 1 SW wel sprake kunnen zijn van heffing van schenkelasting, zie nader paragraaf 14.4.2.3.

1374 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 89.

1375 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 89 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 16, pagina 11.

1376 In de parlementaire geschiedenis is ook meermaals opgemerkt dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12, Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 46, Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 38, pagina's 14 en 16 (bijlage 2) en Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 37.

1377 Een uitzondering is echter artikel 35c lid 4 SW, inzake de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van de SW te kunnen toepassen op preferente aandelen. Indien de gewone aandelen, genoemd in sub d van deze bepaling, gehouden worden door een APV, in plaats van door de verkrijger van de preferente aandelen in privé, dan zal niet voldaan zijn aan de voorwaarden van de bepaling. Hierbij merk ik op dat dit punt niet speelt bij de tekstueel vergelijkbare bepaling in artikel 4.17a lid 3 Wet IB 2001, aangezien de toerekening van het APV-vermogen op grond van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 voor de integrale Wet IB 2001 geldt.

Deze verwijzing naar de Wet IB brengt echter ook bepaalde beperkingen met zich. De toerekening vindt immers niet plaats indien voldaan is aan de onderworpenheidstoets van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001. De inbrenger houdt hiermee op ondernemingsvermogen te hebben. Voor de Wet IB 2001 zelf is dit geen probleem, want als het ondernemingsvermogen geschonken wordt of als de inbrenger overlijdt in de periode dat het vermogen niet wordt toegerekend is geen beroep op de doorschuiffaciliteiten voor de inkomstenbelasting noodzakelijk.¹³⁷⁸ Artikel 17 lid 1 SW bepaalt echter dat de verkrijging van (ondernemings)vermogen dat niet toegerekend wordt ook een fictieve schenking is. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan echter naar de tekst van artikel 35c SW niet van toepassing zijn, omdat door het gebrek aan toerekening niet voldaan is aan de kwalificatie “ondernemingsvermogen”, noch aan de bezitstermijn. Een redelijke wetstoepassing brengt mijns inziens met zich dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in deze situatie ook van toepassing is en dat past bovendien in de gedachte dat zo veel mogelijk wordt gedaan alsof de inbreng niet heeft plaatsgevonden. De wettekst zelf biedt hier echter vooralsnog geen mogelijkheid toe.

Het (tijdelijk) niet toerekenen van vermogen kan bovendien ook consequenties hebben indien een uitkering van ondernemingsvermogen gedaan wordt of indien de inbrenger overlijdt op een moment dat niet voldaan is aan de eisen van de toerekeningsstop en wel aan hem wordt toegerekend. Eén van de voorwaarden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is de bezitseis van artikel 35d SW. Deze knoopt aan bij definitie van onderneming, aanmerkelijkbelanghouder, etc. van de Wet IB 2001, dus door toerekening van APV-vermogen kan aan deze eis voldaan zijn, ook al is in civielrechtelijke zin geen sprake van bezit. Indien het APV echter gedurende een periode kort voorafgaand aan de uitkering of het overlijden voldoende belast is geweest, kan dit met zich brengen dat de bezitsperiode niet lang genoeg geduurd heeft en de faciliteit niet van toepassing kan zijn.¹³⁷⁹ Ook in deze situatie brengt redelijke wetstoepassing naar mijn mening met zich dat de faciliteit alsnog verleend wordt, maar biedt de wettekst zelf hier geen aanknopingspunten voor. Het voorgaande geldt bovendien voor de voortzettingseis: indien het vermogen na de “bedrijfsopvolging” in het APV blijft, bijvoorbeeld in geval van overlijden van de inbrenger, dan kan het voldoende belast worden van het APV met zich brengen dat de verkrijger niet lang genoeg voortzet in de zin van artikel 35e SW. Met de aanpassing van de toerekeningsstop is het toepassingsbereik daarvan evenwel beperkt geworden, als gevolg waarvan het voorgaande met name theoretische problemen zal betreffen.

1378 Zolang de aandelen niet toegerekend worden is geen sprake van een (fictieve) vervreemding bij de inbrenger en dus geen heffingsmoment. In het geval van schenking lijkt me dan wel vereist dat het APV ter zake van deze vervreemding voldoende belast is (en al dan niet een met de deelnemingsvrijstelling vergelijkbare objectieve vrijstelling geniet). In geval van overlijden is dit niet noodzakelijk, aangezien dan geen daadwerkelijke vervreemding plaatsvindt.

1379 Vergelijk Hoogwout en Verstijnen, FTV 2013/46, pagina 9. Gezien het besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, punt 3.5 kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op zich van toepassing zijn bij fictieve verkrijgingen. Wel geldt onverkort dat aan de bezitstermijn voldaan moet zijn, zie HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3139, V-N 2018/2.25.

14.4.2.2 Aansprakelijkheid van de inbrenger voor de schenkbelasting

Schenkbelasting wordt op grond van artikel 36 SW geheven van de verkrijger, maar gezien artikel 46 lid 3 Invorderingswet is de schenker hoofdelijk aansprakelijk voor de schenkbelasting verschuldigd door de verkrijger. Een vraag is of dit ook geldt voor de inbrenger van vermogen in een APV, die op grond van artikel 17 SW fictief als schenker wordt beschouwd.

Deze fictie geldt echter slechts voor de Successiewet en de daarop berustende bepalingen en daarmee niet voor de Invorderingswet. De Invorderingswet kent ook geen eigen regelingen met betrekking tot het APV, anders dan het bijzondere verhaalsrecht van artikel 23a Invorderingswet en daarmee geen vergelijkbare fictie. Dit brengt mijns inziens met zich dat de aansprakelijkheid van een schenker zich niet kan uitstrekken tot de inbrenger van vermogen in een APV dat een uitkering doet. Om dat te bewerkstelligen zou de fictie, die deze inbrenger als schenker aanmerkt, ook opgenomen moeten worden in de Invorderingswet.

14.4.2.3 APV-vermogen toegerekend aan meerdere personen

In paragraaf 14.4.2.1 ben ik in algemene zin ingegaan op de fictie van artikel 17 SW, op grond waarvan uitkeringen uit een APV als schenkingen worden aangemerkt. In deze paragraaf bespreek ik de complicaties die zich voor kunnen doen indien het APV-vermogen op enig moment wordt toegerekend aan meer dan één persoon.

14.4.2.3.1 Effecten wettelijke regeling

Op grond van artikel 17 lid 1 SW wordt de uitkering geacht een schenking te zijn van de persoon of personen waaraan het APV-vermogen voor inkomstenbelasting wordt toegerekend. Via de delegatiebepaling in artikel 17 lid 2 SW en artikel 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is artikel 4a Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 van overeenkomstige toepassing, zodat de in paragraaf 14.3.2.5 beschreven regels over de verdeling van het toe te rekenen APV-vermogen over de verschillende personen aan wie wordt toegerekend hier doorwerken. Dit is van belang in geval van meerdere inbrengers; bij vererving wordt de verdeling van de toerekening bepaald door de regels van artikel 2.14a Wet IB 2001.

Als het vermogen van een APV wordt toegerekend aan meerdere personen, wordt een uitkering uit dit APV dus in principe geacht te bestaan uit meerdere schenkingen, van al deze personen, waarbij de omvang van de deelschenking afhankelijk is van het aandeel van de desbetreffende schenker in het APV-vermogen. Voor iedere deelschenking dient afzonderlijk het toepasselijke tarief vastgesteld te worden en voor iedere deelschenking

kan een vrijstelling toegepast worden.¹³⁸⁰ Deze spreiding van de schenking over meerdere personen kan leiden tot een hogere totale belastingdruk, doordat deels een hoger tarief van toepassing is, maar ook tot een lagere totale belastingdruk, doordat in totaal een hogere vrijstelling verkregen wordt.

Voorbeeld: uitkering bij toerekening APV-vermogen aan meerdere personen

Inbrenger X heeft in 1993 vermogen ingebracht in APV Y. X is in 2008 in Nederland overleden. Hij was op dat moment niet gehuwd of als partner geregistreerd en had geen testament gemaakt. Zijn erfgenamen waren derhalve zijn vier kinderen, A, B, C en D, ieder voor een gelijk deel.¹³⁸¹ In 2019 doet APV Y een uitkering van € 100.000 aan Z, de zoon van A.

Op grond van artikel 17 lid 1 SW wordt deze uitkering voor schenkbelastingdoeleinden gekwalificeerd als vier schenkingen door A, B, C en D, van elk € 25.000. Op de schenking van A is tarief I van toepassing¹³⁸² en geldt de ouder-kindvrijstelling van € 5.428¹³⁸³. Over deze schenking is derhalve € 1.957 aan schenkbelasting verschuldigd.¹³⁸⁴ Ter zake van de schenkingen van B, C en D is tarief II van toepassing en geldt voor iedere schenking de derdenvrijstelling van € 2.173.¹³⁸⁵ Per schenking is € 6.848 aan schenkbelasting verschuldigd en ter zake van de totale uitkering moet Z € 22.501 aan schenkbelasting betalen.¹³⁸⁶

Als Z daarentegen een schenking van € 100.000 van A zou hebben verkregen, zou hij slechts € 9.457 aan schenkbelasting hebben hoeven betalen.¹³⁸⁷ De omstandigheid dat het APV-vermogen aan meerdere personen wordt toegerekend leidt in dit geval dus tot een aanmerkelijk hoger bedrag aan verschuldigde schenkbelasting. In een andere situatie kan de splitsing van de schenking uiteraard voordelig uitwerken, indien het tarief bij alle “schenkers” gelijk is en door de splitsing meermaals van een vrijstelling gebruik gemaakt kan worden. Ik zou echter verwachten dat het toerekenen van de schenking regelmatig wel het gevolg heeft dat op een deel hiervan een hoger tarief van toepassing wordt, zoals in het gegeven voorbeeld.

Daarnaast rijst de vraag in hoeverre gelijke uitkeringen aan alle erfgenamen, bijvoorbeeld als A, B, C en D hiervoor ieder € 100.000 uit het APV ontvangen, deze erfgenamen geacht worden het ontvangen bedrag geschonken te hebben gekregen van de anderen, in plaats van dit onbelast te kunnen ontvangen omdat zij het desbetreffende

1380 Dit volgt ook uit een voorbeeld in de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 37 – 38).

1381 Op grond van artikelen 4:10 en 4:11 BW.

1382 Artikel 24 SW.

1383 Artikel 33 ten 5° SW (ik abstraheer van de eenmalige verhoogde vrijstelling).

1384 $(25.000 - /- 5.428) * 10\%$.

1385 Artikel 24 SW respectievelijk artikel 33 ten 7° SW.

1386 $(25.000 - /- 2.173) * 30\%$ respectievelijk $1.957 + (3 * 6.848)$.

1387 $(100.000 - /- 5.428) * 10\%$.

bedrag toch al toegerekend kregen. Dit effect komt onlogisch en onredelijk over, maar vloeit mijns inziens wel voort uit de letterlijke wettekst.

14.4.2.3.2 Nuancering in parlementaire geschiedenis

De wetgever is echter van mening dat het voornoemde effect zich niet in alle gevallen voordoet. In de parlementaire geschiedenis wordt een voorbeeld gegeven van inbrenger X, die een irrevocable trust instelt en vervolgens overlijdt met achterlating van zijn twee dochters Y en Z als erfgenamen voor gelijke delen. Y en Z worden geacht het trustvermogen ieder voor de helft geërfd te hebben. Vervolgens wordt de trust opgeheven en krijgen Y en Z ieder de helft van het trustvermogen. Van deze uitkeringen wordt gezegd dat het niet zo is dat Y voor 50% van zichzelf verkrijgt en voor 50% van Z, en vice versa, maar dat Y en Z uitsluitend hun eigen deel krijgen. Dit zou volgen uit de systematiek van de wet. De wetgever geeft aan dat in algemene zin gesteld kan worden dat iedere inbrenger, of diens erfgenamen na zijn overlijden, zonder heffingsgevolgen zijn deel uit het APV kan halen, mits ieders bezittingen en schulden goed geadministreerd zijn en de handelwijze controleerbaar is.¹³⁸⁸

Deze uitkomst is mijns inziens echter niet in overeenstemming met de tekst van artikel 17 lid 1 SW,¹³⁸⁹ dat schrijft voor dat Y inderdaad voor 50% (onbelast) van zichzelf verkrijgt en voor 50% (belast) van Z en vice versa. Hoewel het standpunt van de wetgever in deze mij redelijk voorkomt, vindt dit dus geen steun in de wettekst. Het beroep op de wetssystematiek kan bovendien naar mijn mening deze uitkomst, in weerwil van de duidelijke wettekst, niet dragen.¹³⁹⁰ Een belastingplichtige kan zich uiteraard in een dergelijke situatie met een beroep op de parlementaire geschiedenis op het standpunt stellen dat geen schenkbelasting verschuldigd is. Ik vraag mij echter af of dit standpunt succesvol zal zijn. Aan een uitlating van de staatssecretaris tijdens het wetgevingsproces kan in beginsel geen vertrouwen worden ontleend, tenzij de staatssecretaris niet optreedt in de hoedanigheid van medewetgever, maar als uitvoerder.¹³⁹¹ Aangezien beide opmerkingen van de staatssecretaris zijn gemaakt in

1388 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 93. Zie tevens Kamerstukken I, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. D, pagina 30 – 31. De wetgever trekt hier overigens de parallel met de situatie waarin geen inbreng heeft plaatsgevonden te ver door, aangezien zijn formulering impliceert dat de uitkering uit het APV gebaseerd is op een handeling van de inbrenger of de erfgenamen. Vanuit een civielrechtelijk perspectief is het uiteraard de bestuurder van het APV die handelt op basis van een discretionaire bevoegdheid.

1389 Evenzo Hoogwout en Verstijnen, FTV 2013/46, pagina 7.

1390 Daarbij is de vraag in hoeverre het uitkeren van eigen "aandelen" wel tot een consistent system leidt, als ook rekening gehouden wordt met het uitgangspunt van gemeenschappelijke "eigendom" dat de wetgever voor inkomstenbelastingdoeleinden voor ogen staat (nader beschreven in paragraaf 14.3.2.5). Zie hiervoor nader het vervolg van deze paragraaf.

1391 Zie bijvoorbeeld HR 7 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5400, BNB 1993/336 en HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9000, BNB 2008/92. Zie voorts Wattel, FED 1990/335, die uitgebreid ingaat op het vertrouwen dat ontleend kan worden aan uitlatingen gedaan als medewetgever en de consequenties die daaraan verbonden kunnen worden.

reactie op vragen van de Kamerleden en bovendien weinig concreet zijn, zodat directe toepassing op de situatie van een specifieke belastingplichtige moeilijk is, treedt de staatssecretaris hier mijns inziens op als medewetgever. Zijn opmerkingen kunnen dan nog dienen tot wetshistorische interpretatie van artikel 17 SW. De tekst hiervan is in mijn ogen echter helder en interpretatie van de bepaling, waarbij de uitkomst afwijkt van de duidelijke tekst, lijkt me niet aan de orde. Overigens is, zelfs indien een succesvol beroep op de parlementaire geschiedenis mogelijk zou zijn, dit een verre van elegante benadering en het heeft in hoge mate de voorkeur dat de wetgever het systeem van het onder omstandigheden zonder heffing van schenkbelasting kunnen ontvangen van een eigen “aandeel” uit een APV, dat hij kennelijk voor ogen heeft, nader uitwerkt en vastlegt in een wettelijke regeling.

Daarnaast speelt de vraag hoe dit uitkeren uit “aandelen” zich verhoudt tot de gemeenschappelijke “eigendom” die voor inkomstenbelastingdoeleinden tot uitgangspunt is genomen en die via aanknopings bij de toerekening van artikel 2.14a Wet IB 2001 ook kan doorwerken in de Successiewet 1956. Er zijn gemakkelijk varianten op het voorbeeld van de wetgever te bedenken waarin dit spanningsveld zich op een of meerdere vlakken voordoet, doordat de uitkering van of uit een “aandeel” aan de één tot heffing van inkomstenbelasting bij een ander leidt, zoals geïllustreerd kan worden aan de hand van het volgende voorbeeld.

Voorbeeld: opheffing van het APV na tijdsverloop

X stelt een APV in en overlijdt vervolgens met achterlating van twee erfgenamen, te weten zijn kinderen Y en Z. Het is de bedoeling van X dat Y en Z in beginsel per saldo evenveel uit het APV ontvangen. Na het overlijden van X blijft het APV enkele jaren voortbestaan. Het APV-vermogen bedraagt € 5.000.000 op het moment van overlijden van X en in de loop van tien jaar ontvangt Y een jaarlijkse uitkering van € 100.000.¹³⁹² Z ontvangt niets. Na tien jaar besluit de bestuurder van het APV om het APV op te heffen. Het APV-vermogen bedraagt nu bijna € 6.000.000.¹³⁹³ Opheffing van het APV door uitkering aan Y en Z van hun eigen “aandeel” stuit echter op de volgende complicaties:

- (a) Wat is überhaupt de omvang van ieders aandeel? Ieder 50% van het op het moment van opheffing aanwezige vermogen lijkt mij in elk geval niet het juiste antwoord, aangezien dan geen rekening gehouden wordt met de uitkeringen die Y ontvangen heeft. € 2.500.000 uitkeren aan Y en € 3.500.000 aan Z lijkt me echter ook niet zuiver. Dan wordt weliswaar rekening gehouden met de uitkeringen

1392 Welke uitkeringen in elk geval volgens de tekst van artikel 17 lid 1 SW voor de helft geacht worden afkomstig te zijn van Z en als zodanig onderworpen zijn aan schenkbelasting. Zie echter ook de contouren van een alternatief systeem beschreven in paragraaf 15.5.

1393 Er van uitgaand dat het jaarlijkse rendement van het APV 4% is en de uitkering van € 100.000 steeds aan het begin van het jaar plaatsvindt.

die Y ontvangen heeft, maar niet op het rendement dat Y hiermee heeft kunnen behalen. Men kan stellen dat een groter deel van het door het APV behaalde rendement aan Z toekomt en dat Y bij de laatstgenoemde verdeling dus te veel ontvangt. Om dit te ondervangen zou echter daadwerkelijk een administratieve “verdeling” van het APV-vermogen tussen Y en Z aangebracht moeten worden. Dit brengt de nodige administratieve lasten met zich. Afgezien daarvan geeft een dergelijke verdeling aanleiding tot de vraag of de “verdeling” af kan doen aan het discretionaire karakter van het APV.¹³⁹⁴

- (b) Bij de opheffing van het APV kan wellicht rekening gehouden worden met de uitkeringen aan Y en de meer indirecte gevolgen daarvan, maar artikel 2.14a Wet IB 2001 gaat hier aan voorbij. Hiervoor wordt het uitgangspunt van gemeenschappelijke “eigendom” gehanteerd. Dat heeft als gevolg dat, afhankelijk van welk vermogen aan Y wordt uitgekeerd en de box waarin dit valt, bij een uitkering sprake kan zijn van een belaste vervreemding door Z aan Y. Daarnaast blijft de toerekening mijns inziens ook na de uitkering 50% aan ieder.¹³⁹⁵ Er zijn althans geen indicaties in de parlementaire geschiedenis dat hier de gemeenschappelijke “eigendom” niet langer van toepassing zou zijn. Als gevolg hiervan is Y gedurende de periode dat het APV bestaat inkomstenbelastingplichtig met betrekking tot een deel van het vermogen dat, als bij de opheffing rekening gehouden wordt met de uitkeringen en rendementen daarop, uiteindelijk aan Z wordt uitgekeerd.

Kortom, de omstandigheid dat uitkeringen zijn gedaan leidt tot een spanningsveld tussen een uitkering van de “aandelen” waar ieder volgens een zuivere verdeling “recht” op zou hebben en het voor de inkomstenbelasting gehanteerde uitgangspunt van gemeenschappelijke “eigendom”.

14.4.2.3.3 Creatie van sub-APV's¹³⁹⁶

Naast de hiervoor beschreven schenkbelastingproblematiek bij een APV waarvan het vermogen wordt toegerekend aan meerdere personen, kan in een dergelijk geval de toerekening voor de inkomstenbelasting tot fiscale belemmeringen leiden. Na het

¹³⁹⁴ Zie hierover nader paragraaf 15.5.3.

¹³⁹⁵ Als de uitkering vermogen omvat dat voor 50% aan Y wordt toegerekend en voor 50% aan Z vloeit dit reeds voort uit de uitkering. In andere gevallen brengt de uitkering naar mijn mening een vervreemding met zich, omdat zich een “vermogensverschuiving” voordoet. Deze “vermogensverschuiving” kan inkomstenbelastinggevolgen hebben, naast de eventuele heffing over een belaste “vervreemdingswinst” als gevolg van de uitkering (vergelijk in dit verband tevens het voorbeeld in paragraaf 14.3.2.5).

¹³⁹⁶ Onder een sub-APV versta ik in dit verband de situatie waarin het oorspronkelijke APV wordt opgesplitst en verdeeld in meerdere APV's. Dit dient onderscheiden te worden van de sub-trust in de zin dat een beneficiary op zijn beurt zijn beneficial interest gaat houden of overdraagt aan een trustee ten gunste van een ander (zie Harris 2002, pagina 41 en Zwolve 2000, pagina 284 – 285)

overlijden van de inbrenger wordt het APV-vermogen immers toegerekend aan diens erfgenamen, die dan ieder fiscaal behandeld worden als rechthebbende op een pro rata aandeel van ieder vermogensbestanddeel en als schuldenaar van een pro rata aandeel van iedere schuld.¹³⁹⁷ De consequentie hiervan is dat, afhankelijk van in welke box het APV-vermogen valt, uitkeringen uit het APV kunnen leiden tot een belaste vervreemding bij de erfgenamen die geen uitkering ontvangen.¹³⁹⁸ Aangezien het laten voortbestaan van een APV, waarvan het vermogen wordt toegerekend aan meerdere personen, dus behoorlijke nadelen kan hebben, rijst de vraag of deze nadelen weggenomen kunnen worden door het APV te splitsen in een deel per erfgenaam.

Hiertoe zou het bestuur van het APV na het overlijden van de inbrenger voor iedere erfgenaam een sub-APV kunnen instellen, en daar per erfgenaam ieders aandeel in inbrengen. Hierbij kan ook de gemeenschappelijk “eigendom” opgeheven worden en kunnen de bezittingen en schulden verdeeld worden over de sub-APV's. Als het box 3-vermogen betreft geeft dit geen aanleiding tot heffing en ook als het om vermogen gaat waarvan een vervreemdingswinst in beginsel belast is kan dit zonder daadwerkelijke belastingheffing geschieden, mits de verdeling maar snel genoeg na het overlijden van de inbrenger plaatsvindt en nog geen waardeaan groei heeft plaatsgevonden. Ook moet mijns inziens een beroep gedaan kunnen worden op doorschuif faciliteiten die zien op de verdeling van een nalatenschap, zoals die van artikel 4.17b Wet IB 2001. De toerekening brengt met zich dat ook deze faciliteiten toegepast kunnen worden.¹³⁹⁹

Dan resteert echter nog het punt dat een uitkering aan een erfgenaam/begunstigde gezien wordt als een schenking van niet alleen de persoon in kwestie, maar ook pro rata schenking van alle andere erfgenamen. Bij het creëren van sub-APV's is dit echter mijns inziens geen belemmering. Het instellen van sub-APV's impliceert wellicht dat het (oorspronkelijke) APV zijn discretionaire karakter verliest. Dit hoeft echter geenszins het geval te zijn, bijvoorbeeld als per erfgenaam een sub-APV wordt ingesteld voor hemzelf en zijn afstammelingen, zonder dat afdwingbare rechten worden toegekend. Op deze manier kan voorkomen worden dat de inkomstenbelastingposities van de erfgenamen elkaar beïnvloeden en bovendien heeft iedere erfgenaam nu zijn “eigen” APV, waaruit hij zonder schenkbelasting een uitkering kan ontvangen. Per generatie kan zo een verdere splitsing van het vermogen worden gemaakt. Het nadeel van deze opzet is echter wel dat de flexibiliteit afneemt, omdat het APV-vermogen per staak verdeeld wordt. Het is dus de vraag wat wenselijker wordt geacht, flexibiliteit of een ruimere mogelijkheid om uitkeringen te doen zonder heffing van schenkbelasting of tegen een lager tarief (aan de kinderen van de erfgenaam) en voorts in voorkomend geval zonder de heffing van inkomstenbelasting.

1397 Zie paragraaf 14.3.2.5.

1398 Zie paragraaf 14.3.3.2.

1399 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 12 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 50.

Het lijkt dan aantrekkelijk om personen in de andere familiestaken als “reservebegunstigden” te handhaven, voor het geval één staak eindigt, maar het is de vraag of dit mogelijk is. Dit hangt samen met de vraag wie als inbrenger van de sub-APV's gezien moet worden, de oorspronkelijke inbrenger of de erfgenaam “wiens” APV het is. Men dient naar mijn mening de oorspronkelijke inbrenger ook als inbrenger van de sub-APV's te zien indien de creatie van de sub-APV als een “door-afzondering”, een voortzetting van de oorspronkelijke afzondering beschouwd wordt. Voor het aanmerken van de erfgenamen als inbrenger van hun “eigen” sub-APV is mijns inziens vereist dat de creatie daarvan als een nieuwe afzondering gezien wordt. Voor de eerste benadering spreekt daarbij naar mijn mening dat de erfgenaam pas inbrenger kan zijn indien hij op enig moment de beschikkingsmacht over het desbetreffende vermogen heeft gehad en heeft kunnen kiezen voor wel of niet inbrengen (hetgeen vermoedelijk strijdig is met het doel van het APV). Dit impliceert een uitkering van APV-vermogen aan de erfgenamen, die gezien de problematiek van de “wederzijdse schenking” tot heffing van schenkbelasting leidt.¹⁴⁰⁰ ¹⁴⁰¹ Zolang de verdeling van het APV in sub-APV's slechts berust op een beslissing van de bestuurder van het APV, lijkt het mij moeilijk om de erfgenamen als inbrenger van de sub-APV's te zien.¹⁴⁰² Hoewel ook een andere benadering denkbaar is, is mijn conclusie derhalve dat de oorspronkelijke inbrenger ook inbrenger van de sub-APV's is.

Deze conclusie brengt met zich dat het niet mogelijk is om één sub-APV per staak te creëren, maar de leden van de andere staken te handhaven als “reservebegunstigden”. Het vermogen van de sub-APV's moet immers pro rata toegerekend worden aan de erfgenamen van de oorspronkelijke inbrenger en als men reservebegunstigde is bij de overige sub-APV's, kan ter zake daarvan het tegenbewijs van artikel 2.14 lid 6 Wet IB 2001 niet geleverd worden. De gewenste scheiding in de toerekening komt dan niet tot stand. Hiervoor is vereist dat per APV de overige erfgenamen van de inbrenger definitief geen begunstigden zijn.

Het creëren van sub-APV's per staak lijkt derhalve mogelijk, maar gaat ten koste van de flexibiliteit. Om de APV-regeling neutraler te laten uitwerken, zou daarom voorzien moeten worden in een systeem dat een dergelijke “verdeling” van het APV-vermogen

1400 Voorts staat het verschaffen van beschikkingsmacht haaks op het doel van het APV als beschermingsfiguur, zodat het bestuur van het APV daar reeds om die reden in principe van zou moeten afzien.

1401 Inkomstenbelasting is pas aan de orde als sprake is van box 2 of box 3-vermogen en van een beclaimde meerwaarde, hetgeen bij verdeling in sub-APV's kort na het overlijden van de inbrenger veelal niet het geval zal zijn.

1402 Vergelijk ook de volgende passage uit de toelichting bij artikel 4a lid 4 Uitvoeringsregeling IB 2001: *Een Stiftung stort een deel van haar vermogensbestanddelen in een door de Stiftung ingestelde Anglo-Amerikaanse trust. De bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van de Stiftung alsmede die van de trust worden toegerekend aan de inbrenger van het vermogen in de Stiftung.* (Staatscourant nr. 20549, 31 december 2009). Hieruit volgt dat in de ogen van de wetgever een inbreng door het ene APV in een ander APV als een inbreng door de oorspronkelijke inbrenger dient te worden aangemerkt.

toestaat zonder dat personen uit een familiestaak definitief uitgesloten moeten worden als begunstigden van het sub-APV dat niet primair op de belangen van deze staal gericht is.

14.4.2.3.4 Conclusie

Hoe sympathiek het wellicht ook is om voor bepaalde situaties, waarin betrokkenen vermoedelijk ook niet de beleving hebben iets van een ander te ontvangen, mogelijk te willen maken om de uitkering te krijgen zonder heffing van schenkbelasting, de wetgever heeft met zijn voorbeeld mijns inziens met name verwarring geschapen. De suggestie is gewekt dat bepaalde uitkeringen zonder heffing van schenkbelasting plaats zouden kunnen vinden, terwijl dit strijdig is met de tekst van artikel 17 lid 1 SW.

Mijns inziens zou de wetgever dan ook, indien hij inderdaad van mening is dat het in bepaalde situaties mogelijk moet zijn dat iedere betrokkene zijn eigen “aandeel” uit het APV zonder de heffing van schenkbelasting ontvangt, hiervoor een heldere wettelijke regeling¹⁴⁰³ moeten treffen. Ik denk hierbij aan de volgende situaties:

- De inbrenger is overleden en het APV wordt opgeheven zonder dat tussentijds uitkeringen aan één of meer erfgenamen hebben plaatsgevonden, of slechts uitkeringen van relatief dezelfde omvang.¹⁴⁰⁴ De erfgenamen krijgen ieder hun pro rata “aandeel” in de waarde van het APV-vermogen.
- Er zijn weliswaar meerdere inbrengers, maar het APV heeft nog geen uitkeringen aan hen gedaan, of uitkeringen van relatief dezelfde omvang. De inbrengers ontvangen ieder hun pro rata “aandeel” in het APV-vermogen.

Dit neemt echter niet weg dat het concept van uitkeringen uit eigen “aandelen” op gespannen voet staat met het voor inkomstenbelastingdoeleinden gehanteerde uitgangspunt van gemeenschappelijke “eigendom”. Een alternatief voor het voorgaande is een systeem dat meer aansluit bij de situatie waarin geen inbreng heeft plaatsgevonden en dus ook meer mogelijkheden biedt om uitkeringen aan een bepaald “aandeel” toe te rekenen, bijvoorbeeld ook door dit “aandeel” gedeeltelijk uitgekeerd te krijgen. In paragraaf 15.5 schets ik de contouren van een dergelijk systeem.

1403 Gezien de duidelijke tekst van artikel 17 lid 1 SW volstaat mijns inziens een interpretatie van de staatssecretaris in een beleidsbesluit niet op dit punt.

1404 Uitkeringen aan anderen dan erfgenamen leiden er niet toe dat de “aandelen” ongelijk van grootte worden, zodat dit geen probleem zou moeten zijn. Om dezelfde reden lijkt opheffing zonder schenkbelasting mij ook mogelijk indien wel uitkeringen aan de erfgenamen zijn gedaan, maar de omvang hiervan overeenstemt met de pro rata “aandelen” van de erfgenamen. Wel kunnen deze uitkeringen, zoals hiervoor beschreven, inkomstenbelastinggevolgen hebben gehad.

14.4.2.4 Afdwingbare aanspraken

Voor zover een APV niet-discretionair is, speelt artikel 17 SW geen rol met betrekking tot uitkeringen die gedaan worden.¹⁴⁰⁵ De uitkering vormt immers geen schenking, maar de voldoening aan een verplichting door het bestuur van het APV. De begunstigde had reeds een rechtens afdwingbare aanspraak jegens het APV en hij is bij de verkrijging hiervan reeds in de heffing betrokken. Dit kan erfbelasting zijn, indien de aanspraak ten gevolge van het overlijden van de inbrenger is ontstaan (artikel 16 lid 2 SW), of schenkbelasting, indien de aanspraak los van het overlijden van de inbrenger is toegekend (op grond van artikel 17 lid 1 SW¹⁴⁰⁶). De aanspraak kan toegekend zijn onder een voorwaarde of tijdsbepaling, maar dit zijn slechts factoren die de waardering op het moment van toekennen beïnvloeden. De latere vervulling hiervan geeft geen aanleiding tot (aanvullende) heffing.

14.4.3 Overlijden van de inbrenger

14.4.3.1 Algemeen

Ten slotte kent de Successiewet een regeling voor de situatie waarin de inbrenger, of later diens erfgenaam, overlijdt. Artikel 16 lid 1 SW bepaalt dat APV-vermogen dat aan de erflater is toegerekend tot diens overlijden, en met ingang van zijn overlijden wordt toegerekend aan diens erfgenamen, geacht wordt krachtens erfrecht door die erfgenamen krachtens erfrecht verkregen te zijn. Als de erflater (al dan niet fictief¹⁴⁰⁷) in Nederland woonachtig is, is dus erfbelasting verschuldigd over het APV-vermogen. Iedere erfgenaam wordt daarbij geacht een aandeel in het APV-vermogen te verkrijgen dat overeenstemt met het pro rata aandeel hierin dat aan hem wordt toegerekend voor inkomstenbelastingdoeleinden. Het is voor erfgenamen die geen begunstigde van het APV zijn dus ook met oog op de erfbelasting van belang dat zij het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB kunnen leveren. APV-vermogen dat voor de inkomstenbelasting onder de toerekeningsuitzondering van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 valt maakt deel ook deel uit van de fictieve erfrechtelijke verkrijging.¹⁴⁰⁸ De omstandigheid dat (op enig

1405 Met dien verstande dat bij een volledig non-discretionaire entiteit de APV-regeling geheel geen toepassing vindt, zie HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, BNB 2015/152, nader besproken in paragraaf 14.3.7.2.

1406 In het verlengde van paragraaf 15.5 merk ik op dat, indien het administratief bijhouden van "aandelen" in het APV-vermogen mogelijk zou zijn, de aanspraak bij toekenning anders dan ten gevolge van overlijden ten laste van een bepaald aandeel gebracht zou kunnen worden. In geval van een aanspraak die als gevolg van overlijden ontstaat is hier mijns inziens minder ruimte voor. De met de aanspraak corresponderende schuld kan vergeleken worden met een schuld ten laste van de gezamenlijke erfgenamen. Bij "verdeling" van de nalatenschap kan de schuld wel aan een bepaald "aandeel" toebedeeld worden.

1407 Vergelijk Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 10, pagina 20.

1408 Het paste naar de mening van de wetgever niet binnen de gekozen opzet van de Successiewet om het nijvere deel van het APV buiten de heffing van erfbelasting te laten (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 89 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 16, pagina 11).

moment) de toerekeningsstop van toepassing is, kan bovendien tot gevolg hebben dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing is of niet behouden kan worden, zie paragraaf 14.4.2.1, maar dit lijkt mij gezien de reikwijdte van de toerekeningsstop met name een theoretisch probleem.

Ter zake van deze fictieve erfrechtelijke verkrijging en de daadwerkelijke erfrechtelijke verkrijging tezamen zijn het tarief en de vrijstelling van toepassing gebaseerd op de familieverhouding tussen de inbrenger/erflater en diens erfgenamen. Een afzonderlijke fictiebepaling vergelijkbaar met artikel 26a SW ontbreekt hier, naar ik aanneem omdat de fictieve erfrechtelijke verkrijging meeloopt in de fiscale behandeling van de daadwerkelijke verkrijging van de erfgenaam en de wetgever daarom een bepaling voor het wegnemen van twijfel over het toepasselijke tarief en vrijstelling niet nodig achtte.

In aanvulling op het voorgaande bevat artikel 16 lid 2 SW een regeling voor de situatie waarin iemand als gevolg van het overlijden van de inbrenger een in rechte vorderbare aanspraak op het APV krijgt. De verkrijging van deze aanspraak wordt eveneens aangemerkt als een erfrechtelijke verkrijging en als zodanig belast. Degene die op grond van artikel 16 lid 1 SW geacht wordt het APV-vermogen als zodanig te erven moet dan mijns inziens de waarde van deze separaat belaste aanspraak van de waarde van zijn fictieve erfrechtelijke verkrijging in mindering kunnen brengen. Indien dit niet kan zou het APV-vermogen (deels) tweemaal belast worden. Daarnaast kan betoogd worden dat de erfgenaam, die krachtens artikel 16 lid 1 SW verkrijgt, niet alleen het vermogen, waar de aanspraak op ziet, toegerekend krijgt, maar ook de met de aanspraak corresponderende schuld. Aangezien de fictieve erfrechtelijke verkrijging gebaseerd is op de toegerekende bezittingen en schulden zou deze schuld dus vanzelf de waarde van de verkrijging verminderen. De tekst van artikel 16 lid 1 SW sluit echter niet volledig aan op dit argument, omdat dit verwijst naar de bezittingen en schulden dit tot het overlijden aan de erflater werden toegerekend en daarna aan diens erfgenamen. De met de aanspraak corresponderende schuld valt hier niet onder, aangezien die tijdens leven nog niet bestond, zodat deze naar de letterlijke tekst niet in mindering gebracht kan worden. Desalniettemin zou het toch redelijk zijn om een aftrek toe te staan, om dubbele heffing te voorkomen.¹⁴⁰⁹

Tot slot merk ik op dat de tekst van artikel 16 lid 1 SW niet geheel zuiver geformuleerd lijkt te zijn. De bepaling regelt een fictieve verkrijging door de erfgenamen van de inbrenger, zonder erfgenamen nader te definiëren. Derhalve moet “erfgenaam” voor de toepassing van deze fictie mijns inziens in civielrechtelijke zin worden opgevat. Artikel 2.14a

1409 De parlementaire geschiedenis gaat niet op dit punt in. In indirecte zin kan echter wellicht een beroep gedaan worden op de opmerking dat het eerste en het tweede lid van artikel 16 SW beogen een sluitend systeem te creëren met betrekking tot discretionaire, niet-discretionaire en gedeeltelijk discretionaire APV's (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 33). Dubbele heffing past immers ook niet binnen een sluitend systeem.

Wet IB 2001 brengt voor de toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden echter enige wijzigingen aan ten opzichte van het civielrechtelijke begrip erfgenaam: toevoegingen in geval van onderfde erfgenamen (lid 4) of “anti-fiscale testamenten” (lid 6), of beperkingen in geval van een geslaagd beroep op de tegenbewijsregeling (lid 6). De wijzigingen op grond van lid 6 hebben gevolgen voor de toerekening en zijn daarmee ook van invloed op de toepassing van artikel 16 lid 1 SW. Lid 4 grijpt echter direct aan bij het begrip “erfgenaam”, voor de toepassing van de Wet IB 2001 en de daarop berustende bepalingen, maar daarmee niet voor artikel 16 SW. Hoewel ik aanneem dat beoogd is dat een uitbreiding van het begrip erfgenaam op grond van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 ook doorwerkt naar artikel 16 SW, had dit naar mijn mening dan expliciet in deze laatste bepaling geregeld moeten worden. Wellicht dat dit over het hoofd is gezien, omdat artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 pas op een later moment in het wetgevingsproces is toegevoegd. Het verdient mijns inziens aanbeveling om dit alsnog te regelen. Op dit moment kan gesteld worden dat de fictieve verkrijging van artikel 16 lid 1 SW niet geldt voor onderfde erfgenamen aan wie op grond van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 alsnog wordt toegerekend voor inkomstenbelastingdoeleinden.

14.4.3.2 Inbreng bij overlijden

Artikel 16 lid 1 SW knoopt aan bij APV-vermogen dat tot aan het overlijden van de erflater aan hem werd toegerekend op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 en met ingang van zijn overlijden wordt toegerekend aan zijn erfgenamen. Als gevolg daarvan valt vermogen dat als gevolg van het overlijden wordt ingebracht mijns inziens niet binnen het bereik van deze bepaling. Hierbij kan gedacht worden aan een erflater die een APV tot erfgenaam heeft benoemd of een legaat aan het APV in zijn testament heeft opgenomen. Weliswaar wordt dit vermogen na het overlijden toegerekend aan de erfgenamen, maar van toerekening tot het overlijden van de inbrenger is geen sprake¹⁴¹⁰, zodat niet voldaan is aan de criteria van artikel 16 lid 1 SW. Aangezien de inbreng zelf vanwege artikel 17a SW ook geen aanknopng biedt voor de heffing van schenk- of erfbelasting,¹⁴¹¹ lijkt bij inbreng als gevolg van overlijden eenmaal een “overgang” van vermogen op de volgende generatie zonder heffing bewerkstelligd te kunnen worden.

De wetgever is overigens een andere interpretatie van artikel 16 SW toegedaan. In de parlementaire geschiedenis is namelijk gezegd dat het afzonderen van vermogensbestanddelen in een APV als gevolg van overlijden van de inbrenger of diens

1410 Artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 knoopt aan bij afzondering van vermogen, waarbij expliciet de afzondering bij overlijden genoemd wordt. De wettekst geeft aan dat ook in geval van afzondering bij overlijden wordt toegerekend aan de inbrenger. Dit kan alleen gedurende een ondeelbaar moment op het tijdstip van overlijden zijn. Daarvoor is de inbrenger immers nog eigenaar van het desbetreffende vermogen en na het overlijden wordt het vermogen, blijkens artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001, toegerekend aan de erfgenamen van de inbrenger. Met toerekening op het ondeelbare moment van overlijden is niet voldaan aan het vereiste dat tot het overlijden van de erflater aan hem wordt toegerekend.

1411 Zie paragraaf 14.4.1.

erfgenamen als gevolg van artikel 16 SW niet wordt aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht van het APV zelf, maar als een verkrijging krachtens erfrecht door de desbetreffende erfgenamen.^{1412 1413} Deze interpretatie strookt echter niet met de wettekst. Om tot de in de parlementaire geschiedenis weergegeven interpretatie te komen had de tekst van artikel 16 lid 1 SW moeten luiden “die tot het overlijden van de erflater ingevolge dat artikel zijn toegerekend aan die erflater, of die als gevolg van het overlijden van de erflater zijn afgezonderd in de zin van artikel 2.14a lid 3 Wet IB 2001”. Zonder toevoeging van de laatste zinsnede valt inbreng als gevolg van overlijden bij een letterlijke lezing althans niet onder artikel 16 SW.

Overigens zou ik menen dat een inbreng in het APV in de vorm van een verkrijging krachtens erfrecht zonder nadere regeling gekwalificeerd wordt als een belaste verkrijging door het APV.¹⁴¹⁴ De omstandigheid dat artikel 16 lid 1 SW hierop niet de door de wetgever beoogde uitzondering maakt brengt echter niet met zich dat dan heffing optreedt, aangezien artikel 17a SW deze verkrijging alsnog uitzondert. Deze laatste bepaling maakt geen onderscheid tussen inbreng tijdens leven en inbreng als gevolg van overlijden.

14.4.3.3 Samenloop met regelingen in het testament.

In deze paragraaf zal ik kort ingaan op de verhouding tussen de regelingen die de inbrenger in zijn testament getroffen heeft en het in het APV ingebrachte vermogen. Vooropgesteld zij daarbij dat het APV-vermogen niet langer eigendom van de inbrenger is en dat dit dus ook geen deel uitmaakt van de nalatenschap van de inbrenger. De bepalingen uit diens testament zijn daarmee niet van toepassing op het APV-vermogen.¹⁴¹⁵

Bij de toerekening van het APV-vermogen en de fictieve vererving daarvan op grond van artikel 16 SW wordt daarentegen aangeknoopt bij ieders omvang van de verkrijging krachtens erfrecht, zonder dat daarbij gekeken wordt naar de aard van de verkrijging. Dit verschil in uitgangspunt kan tot merkwaardige effecten leiden, hetgeen ik zal

¹⁴¹² Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 33 – 34. De verwijzing naar afzondering als gevolg van het overlijden van de erfgenamen van de inbrenger lijkt overigens zinledig: als vermogen wordt afgezonderd als gevolg van het overlijden van een erfgenaam, zondert die af in de hoedanigheid van inbrenger en niet in de hoedanigheid van erfgenaam van een (andere) inbrenger. Een uitzondering is wellicht denkbaar indien het overlijden van de erfgenaam tot het creëren van een sub-APV leidt en de erfgenaam gezien moet worden als degene die het vermogen in dit sub-APV heeft afgezonderd (zie voor een nadere analyse van de kwalificatie van een dergelijk sub-APV paragraaf 14.4.2.3.3). Het lijkt echter niet waarschijnlijk dat de wetgever het oog heeft gehad op deze situatie.

¹⁴¹³ In vergelijkbare zin Van der Avoird 2012, pagina 172.

¹⁴¹⁴ Althans uitgaand van een discretionair en onherroepelijk ingesteld APV. Mijsinzijns zou zonder de nadere regels inzake APV's de hoofdregel uit de trustarresten (HR 18 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:BI5819, BNB 1999/35 (tot en met 37) nog steeds moeten gelden.

¹⁴¹⁵ Wel is de vraag of de inbreng van het vermogen in het APV in strijd kan komen met de legitieme portie. Dit wordt besproken in paragraaf 8.6.

illustreeren aan de hand van een korte bespreking van een aantal veel voorkomende testamentsvormen. Ter vergelijking ga ik allereerst in op de situatie dat de inbrenger zonder testament overlijdt.

Bij het onderstaande ga ik steeds uit van de volgende casus. Inbrenger X is gehuwd met Y, onder huwelijkse voorwaarden inhoudende een koude uitsluiting. Het vermogen van X bedraagt € 3 miljoen. Voorts is € 12 miljoen ingebracht in APV Z. Begunstigden van het APV zijn X en zijn afstammelingen, alsmede Y. Er zijn twee kinderen, A en B. Op het moment dat X overlijdt is Y 62 jaar oud.

14.4.3.3.1 Wettelijke verdeling

Indien X zonder testament overlijdt, zijn Y, A en B erfgenamen, ieder voor $\frac{1}{3}$.¹⁴¹⁶ De wettelijke verdeling is van toepassing op de nalatenschap van X.¹⁴¹⁷ Derhalve verkrijgt Y alle goederen en schulden en krijgen A en B ieder een vordering op Y van € 1 miljoen. Aangezien het versterkerrecht van toepassing is en de vorderingen gezien artikel 4:13 lid 4 BW in beginsel slechts een rente dragen van de wettelijke rente voor zover deze hoger is dan 6%, dient voor de berekening van de verschuldigde erfbelasting rekening gehouden te worden met een fictief vruchtgebruik van Y van de onderbedelingsvorderingen van A en B. De waarde van dit vruchtgebruik bedraagt 60% van de waarde van de vordering (zie artikel 21 leden 14 en 15 SW jo. artikelen 5 jo. 10 Uitvoeringsbesluit SW). In deze context heeft Y derhalve een verkrijging van € 2,2 miljoen en A en B ieder een verkrijging van € 400.000.

De vraag is of deze waardering voor erfbelastingdoeleinden van invloed kan zijn op de toerekening van het APV-vermogen in de inkomstenbelasting. De APV-regeling zwijgt over de invloed van waardering op de toerekening en biedt derhalve geen aanknopingspunten voor de beantwoording van deze vraag. Naar mijn mening dient het uitgangspunt echter civielrechtelijke verkrijging van ieder $\frac{1}{3}$ te zijn. Dit is, ongeacht de waardering die voor de erfbelasting aan de verkrijging gekoppeld wordt, het aandeel waarvoor ieder erfgenaam is. Er is ook geen indicatie dat voor het begrip “erfgenaam” een ander uitgangspunt dan het civielrechtelijke begrip gehanteerd zou moeten worden.¹⁴¹⁸ Daarnaast doet ook in fiscale context het in aanmerking nemen van het fictieve vruchtgebruik er niet aan af dat men ieder voor $\frac{1}{3}$ deel erfgenaam is.

Voor de bepaling van het aandeel in het APV-vermogen dat zij toegerekend krijgen, dient naar mijn mening echter de civielrechtelijke verkrijging als uitgangspunt genomen

1416 Artikel 4:10 jo. 4:11 BW.

1417 Artikel 4:13 BW.

1418 Behoudens uiteraard de correcties op grond van lid 4 en lid 6, maar deze zouden mijns inziens los moeten staan van de waardering.

te worden.¹⁴¹⁹ Dit betekent dat Y, A en B ieder $\frac{1}{3}$ van het APV-vermogen toegerekend krijgen, oftewel € 4 miljoen per persoon. De fictieve verkrijgingen uit hoofde van artikel 16 SW in aanmerking nemend, komt de belastbare verkrijging van Y uit op € 6,2 miljoen en die van A en B op elk € 4,4 miljoen.

De toerekening loopt in dit geval in zoverre parallel met de verkrijgingen krachtens erfrecht dat zowel de (civielrechtelijke) verkrijging als het toe te rekenen aandeel per persoon $\frac{1}{3}$ is. Een knelpunt is wel gelegen in de omstandigheid dat de betrokkenen geen middelen verkrijgen om de erfbelasting ter zake van de “verkrijging” van het APV-vermogen te betalen.¹⁴²⁰ Dit klemmt te meer voor kinderen A en B, aangezien die geheel geen beschikking krijgen over middelen tot het betalen van de erfbelasting, als gevolg van de wettelijke verdeling. Voor de erfbelasting voor hun aandeel in de nalatenschap wordt dit opgelost doordat de langstlevende de door hen verschuldigde erfbelasting dient te voldoen en dit bedrag in mindering kan brengen op haar schuld aan het desbetreffende kind, aangezien deze schulden als schulden van de nalatenschap kwalificeren.¹⁴²¹ Het lijkt mij echter de vraag of dit ook geldt voor de erfbelasting die verschuldigd wordt als gevolg van een fictieve verkrijging op grond van artikel 16 SW. Deze belastingschuld lijkt mij niet zozeer verband te houden met het opvallen van de nalatenschap (en deze “verkrijging” staat ook los van de nalatenschap), als wel met het overlijden van de erflater als inbrenger in een APV. Deze conclusie beschermt de langstlevende, maar werkt uiteraard nadelig uit voor de kinderen.

Uitkeringen aan één begunstigde worden bovendien in beginsel als afkomstig van Y, A en B beschouwd, zodat deze leiden tot de verschuldigdheid van schenkbelasting (zie paragraaf 14.4.2.3).

14.4.3.3.2 Vruchtgebruiktestament

Indien X zijn kinderen A en B tot erfgenamen benoemt en Y het vruchtgebruik van zijn

1419 In aanmerking nemend dat “erfgenaam” een civielrechtelijk begrip is en geen sprake is van een andersluidende bepaling.

1420 Het is daarom naar mijn mening aan te bevelen om bij de instelling van het APV te bepalen dat het APV deze “belastingschade” aan de erfgenamen dient te vergoeden. Daarbij rijst de vraag hoe de aanspraak op een dergelijke vergoeding fiscaal gekwalificeerd moet worden. Naar mijn mening is in beginsel sprake van een in box 3 te belasten vermogensrecht, met dien verstande dat gezien de voorwaardelijkheid hiervan de waardering problematisch is. Het zou de werkbaarheid van de APV-regeling daarom mijns inziens ten goede komen indien het APV de belasting, verschuldigd door degenen aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend, zou kunnen vergoeden zonder dat (het recht op) deze vergoeding als zodanig fiscale gevolgen heeft. Zie hiervoor nader paragraaf 15.8.

Als geen sprake is van een aanspraak, maar het APV de verschuldigde erfbelasting op eigen initiatief vergoedt of voldoet voor de erfgenaam, dan is geen sprake van een vermogensrecht in box 3, maar van een uitkering, met alle eventuele gevolgen van dien (zie paragrafen 14.3.2.6, 14.3.3.2 en 14.4.2.3).

1421 Op grond van artikel 4:13 jo. 4:7 lid 1 sub e BW respectievelijk artikel 4:14 BW.

nalatenschap legateert, heeft Y een belastbare verkrijging van 60% van € 3 miljoen is € 1,8 miljoen en de kinderen ieder een verkrijging van € 600.000.¹⁴²²

Op grond van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 wordt het APV-vermogen slechts toegerekend aan A en B. Aangezien Y echter onterfde erfgenaam is¹⁴²³ en tevens begunstigde van het APV, dient zij op grond van artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 alsnog als erfgenaam in aanmerking genomen te worden. De wijze van verdeling van het toe te rekenen vermogen over de erfgenamen is niet duidelijk. Bij gebrek aan goede aanknopingspunten voor de toerekening¹⁴²⁴ lijkt mij een toerekening van $\frac{1}{3}$ aan ieder de meest voor de hand liggende uitkomst. Dit leidt ertoe dat de totale belastbare verkrijging van A uitkomt op € 5,8 miljoen en die van de kinderen op 4,6 miljoen per persoon.

De toerekening op grond van de APV-regeling staat dus geheel los van de regelingen die de inbrenger in zijn testament getroffen heeft. Het lijkt ook niet eenvoudig om een met de testamentaire voorziening vergelijkbare regeling door het APV te laten uitvoeren. Er zijn twee benaderingen denkbaar:

- (a) Het APV wordt verplicht om – althans na het overlijden van X – de vruchten van het APV-vermogen uit te keren aan Y, eventueel met de bevoegdheid om (desgewenst of in bepaalde omstandigheden) ook het vermogen zelf aan te wenden. Dit laatste kan vergeleken worden met een verteringsbevoegdheid bij een vruchtgebruik. Voor wat betreft het kapitaal kan reeds een aanspraak worden toegekend aan A en B, maar dit kan eventueel ook opengelaten worden. Dat laatste ligt in zoverre meer voor de hand, dat men zich bij een concreet recht voor A en B kan afvragen wat de meerwaarde is van het APV boven het testament en de daarin getroffen voorzieningen.

Voor zover sprake is van een afdwingbare aanspraak, valt deze aanspraak buiten de toerekening op grond van de APV-regeling (zie ook paragraaf 14.3.7.3) en wordt deze aanspraak als zodanig belast.¹⁴²⁵ Aan te bevelen is om deze pas bij het overlijden van X te laten ontstaan, omdat eerdere toekenning gezien artikel 17 SW op dat moment al leidt tot de heffing van schenkbelasting, alsmede een

1422 Gewaardeerd volgens de Successiewet. In de civielrechtelijke verhouding zou men een andere waarderingsmaatstaf kunnen hanteren. Ik abstraheer echter verder van dit verschil.

1423 De omstandigheid dat Y als legataris een grotere waarde verkrijgt dan haar erfdeel bij versterf lijkt mij hier niet relevant, omdat artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 slechts aanknoopt bij het zijn van erfgenaam.

1424 De testamentaire regeling lijkt mij hier van ondergeschikt belang, omdat dit niets zegt over de aanwending van het APV-vermogen. Aangezien het APV discretionair is, ontbreekt ook nog een concrete begunstiging die als aanknopingspunt kan dienen. Dit laatste kan wellicht anders zijn bij hele concrete wensen van de inbrenger, eventueel gecombineerd met een bereidheid van de beheerder van het APV om daaraan uitvoering te geven. Bij gebrek aan dergelijke factoren lijkt toerekening in gelijke delen mij nog de minst slechte optie (zie tevens paragraaf 14.3.6.3).

1425 Indien niet alleen Y een afdwingbare aanspraak krijgt, maar ook A en B, resteert geen discretionair element. Gezien HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:849, BNB 2015/152, vindt toerekening op grond van de APV-regeling dan niet plaats (zie paragraaf 14.3.7.2).

in box 3 belastbaar vermogensrecht. Hetzelfde geldt uiteraard voor de “bloot eigendom” van de kinderen, indien aan hen ook al een aanspraak is toegekend.¹⁴²⁶ Defiscalisering in de inkomstenbelasting (na het overlijden van X) is niet aan de orde, aangezien geen sprake is van een vruchtgebruik op grond van het testament van X of op grond van buitenlandse wettelijk erfrecht, als bedoeld in artikel 5.4 lid 3 sub a Wet IB 2001.

- (b) X spreekt jegens het APV de wens uit dat het APV op zodanige wijze uitkeringen zal doen, dat Y gedurende haar leven de vruchten van het APV vermogen zal krijgen, al dan niet naar behoefte en eventueel in combinatie met de mogelijkheid om ook kapitaal uit te keren. Voor wat betreft de periode na het overlijden van Y zou X de wens kunnen uiten dat het APV het resterende vermogen uitkeert aan A en B of, en wellicht logischer, die ter eigen discretie aanwendt voor niet alleen A en B, maar ook hun afstammelingen (als niet meer dan een vruchtgebruiktestament was beoogd, heeft een APV immers weinig meerwaarde).

De uitkering van de vruchten wordt in dit geval aangemerkt als een schenking van Y, A en B, ieder voor een gelijk deel. Dat betekent dat Y over twee derde van iedere uitkering schenkbelasting betaalt tegen een tarief van 30% - 40%, tenzij het geringe bedragen betreft. De heffing van schenkbelasting loopt daarmee niet parallel met de bedoeling achter de uitkeringen. Afhankelijk van de samenstelling van het vermogen kan bovendien sprake zijn van inkomstenbelastingaspecten.

Het is derhalve naar mijn mening niet goed mogelijk om een APV te laten samenlopen met een vruchtgebruiktestament, in elk geval niet indien het de wens van de inbrenger is dat de voorziening uit het testament ook op het APV-vermogen van toepassing is. Volledigheidshalve merk ik ook op dat het civielrechtelijke vruchtgebruik uit hoofde van het testament bij overlijden van Y zonder nadere heffing van erfbelasting teniet gaat. Het aan Y toegerekende APV-vermogen wordt evenwel op grond van artikel 16 SW als een fictieve verkrijging door A en B aangemerkt en als zodanig belast met erfbelasting.

14.4.3.3.3 Keuzelegaat tegen inbreng

Een andere mogelijkheid is dat X in zijn testament een keuzelegaat tegen inbreng ten gunste van Y heeft opgenomen. Ik ga er hierbij vanuit dat Y tevens een relatief klein erfdeel heeft, bijvoorbeeld 1%, en dat sprake is van een rente van 6% op de onderbedelingsvorderingen van A en B. In beginsel zal men daarbij door middel van

¹⁴²⁶ Indien geen sprake is van discretionaire elementen, is de APV-regeling als zodanig ook niet van toepassing, maar worden slechts de desbetreffende aanspraken in de heffing betrokken, zie paragraaf 14.3.7 en in het bijzonder paragraaf 14.3.7.2.

een bijvoorbeeld een opvullegaat de verkrijging van Y zodanig willen maximaliseren dat haar echtgenotenvrijstelling en 10%-schijf benut worden en de kinderen de resterende waarde verkrijgen.

Uitgaande van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 zou Y 1% van het APV-vermogen toegerekend krijgen en A en B ieder 49,5%. Y is echter partieel onterfd, omdat haar erfdeel bij versterf $\frac{1}{3}$ zou zijn geweest. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat partiële onterving ook onder artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 valt. Zoals aangegeven in paragraaf 14.3.6.3 brengt een letterlijke lezing van deze bepaling dan met zich dat een afwijking van de erfdelen bij versterf niet mogelijk is en dat men per definitie daarop terugvalt, omdat bij iedere afwijking sprake is van een partiële onterving. Dat leidt ertoe dat Y alsnog, net als A en B, $\frac{1}{3}$ van het APV-vermogen toegerekend krijgt en ter zake daarvan in de heffing van erfbelasting betrokken wordt.

De toerekening van het APV vermogen staat derhalve ook hier geheel los van wat de inbrenger in zijn testament geregeld heeft. Het spiegelen van de testamentaire regeling in de voorzieningen van het APV is voorts ook in dit geval niet goed haalbaar: de volledige gerechtigdheid tot het vermogen voor Y in combinatie met onderbedelingsvorderingen voor A en B leent zich niet goed voor inpassing in het APV. Daarnaast zijn er in elk geval schenkbelastingeffecten, doordat ofwel belaste aanspraken worden toegekend, ofwel de uitkeringen deels worden aangemerkt als schenking van de andere begunstigten aan de ontvanger.

14.4.3.3.4 Tweetrapsmaking

Tot slot bespreek ik de variant waarin sprake is van een tweetrapsmaking. In afwijking van de eerdere voorbeelden ga ik nu uit van inbrenger/erflater X (ongetrouwd), die als afstammelingen zijn kinderen A en B nalaat, ieder voor 50%. De tweetrapsmaking houdt in dat A en B beide bezwaarde zijn en tevens verwachter, die verkrijgt indien het andere kind zonder afstammelingen overlijdt. A overlijdt tien jaar na X zonder afstammelingen (of echtgenoot). B verkrijgt nu als verwachter. Ik abstraheer van waardemutaties of vertering van het bezwaarde vermogen in de periode tussen het overlijden van X en dat van A.

Het daadwerkelijk door A van X geërfde vermogen gaat bij het overlijden van A als gevolg van vervulling van de voorwaarden over op B als verwachter. B is ter zake van deze verkrijging erfbelasting verschuldigd op basis van het ouder-kind tarief, aangezien hij geacht wordt te verkrijgen van X.

Daarnaast is B de erfgenaam bij versterf van A, zodat hij het "aandeel" van B in het APV-vermogen toegerekend krijgt na diens overlijden. Dit is zowel het geval indien B daadwerkelijk erfgenaam is, op grond van het erfrecht bij versterf of het testament van

A, als indien A een ander als erfgenaam heeft aangewezen, aangezien B in dat geval een onterfde erfgenaam is als bedoeld in artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001. B is derhalve erfbelasting verschuldigd ter zake van deze fictieve verkrijging, waarbij hij nu geacht wordt van A te verkrijgen in plaats van van X. Aangezien het tarief in deze verhouding veel hoger is dan in de verhouding ouder-kind, werkt de “vererving” via het APV veel ongunstiger uit dan de toepassing van de tweetrapsmaking.

14.4.3.3.5 Conclusie

De voorzieningen die in het testament getroffen worden staan geheel los van het APV, het APV-vermogen en het door het APV gevoerde uitkeringsbeleid. Indien wordt toegerekend aan meer dan één persoon is het echter, gezien het in aanmerking nemen van schenkingen over en weer op grond van artikel 17 SW, moeilijk om dit zonder heffing van schenkbelasting te laten geschieden. Aangezien de overgang van de toerekening op de erfgenamen in beginsel reeds tot de heffing van erfbelasting heeft geleid, kan men zijn vraagtekens zetten bij de redelijkheid van deze uitkomst, althans voor zover een begunstigde niet meer ontvangt dan het aan hem toegerekende deel.¹⁴²⁷ Het voorgaande maakt het ook moeilijk om veel voorkomende testamentaire voorzieningen door middel van een APV uit te voeren. Concluderend kan een APV in civielrechtelijke zin weliswaar heel flexibel zijn in de mogelijkheden tot uitkering, maar als gevolg van de fiscale behandeling wordt een groot deel van deze flexibiliteit weer weggenomen.

14.4.4 Mutaties in de groep van begunstigten

Evenals voor de inkomstenbelasting rijst voor de schenk- en erfbelasting de vraag of een mutatie in de groep begunstigten tot een belastbaar feit kan leiden. Met een mutatie in de groep van begunstigten doel ik hier niet op het toekennen van afdwingbare aanspraken,¹⁴²⁸ maar op het toevoegen van personen aan of het schrappen van personen uit de groep van begunstigten, waaraan de beheerder van het APV op discretionaire basis uitkeringen kan doen. Voorts heb ik niet het oog op wijzigingen die zich voordoen als gevolg van het overlijden van de inbrenger of een begunstigde, maar slechts die mutaties die op initiatief van bijvoorbeeld de beheerder van het APV plaatsvinden.

In civielrechtelijke zin is uiteraard geen sprake van een verkrijging, aangezien zich slechts een verschuiving voordoet in de mogelijkheden om uitkeringen te ontvangen als begunstigde van het APV. Wel kunnen er inkomstenbelastinggevolgen zijn, waarbij de volgende situaties onderscheiden kunnen worden:

- (a) Een of meerdere inbrengers zijn tevens begunstigde en worden als zodanig geschrapt. Dit heeft geen gevolgen voor de inkomstenbelasting, omdat voor

¹⁴²⁷ Zie paragraaf 15.5 voor en oplossingsrichting voor deze problematiek.

¹⁴²⁸ De verkrijging hiervan is belast op grond van artikel 16 of 17 SW.

de toerekening aan de inbrenger niet vereist is dat deze begunstigde is van het APV.

- (b) Om dezelfde reden wijzigt er niets in de toerekening in de – vermoedelijk vrij theoretische – situatie dat een inbrenger initieel geen begunstigde was, maar later als zodanig is toegevoegd.
- (c) Er wordt een begunstigde, die geen erfgenaam is, geschrapt. Ook dit heeft geen gevolgen voor de toerekening voor de inkomstenbelasting, aangezien door het ontbreken van erfgenaamschap er geen aanknopingspunt was voor toerekening van APV-vermogen aan deze persoon.
- (d) Er wordt een begunstigde, die tevens erfgenaam is van de inbrenger, geschrapt. Naar mijn mening zou deze persoon vanaf dat moment alsnog het tegenbewijs moeten kunnen leveren, als gevolg waarvan niet langer APV-vermogen aan hem toegerekend wordt.¹⁴²⁹ Gezien het bepaalde in artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 wordt dan het aandeel in het APV-vermogen, dat aan de overige erfgenamen wordt toegerekend, vergroot.
- (e) Een persoon, die geen erfgenaam is van de inbrenger, wordt toegevoegd als begunstigde. Ook nu ontbreekt een aanknopingspunt voor de toerekening, zodat deze toevoeging geen gevolgen heeft voor de toerekening.
- (f) Ten slotte kan een persoon, die wel erfgenaam is van de inbrenger, worden toegevoegd als begunstigde. Ook dit heeft geen gevolgen voor de toerekening: gezien de mogelijkheid om als begunstigde te worden toegevoegd, was het leveren van het tegenbewijs voor deze erfgenaam onmogelijk, zodat toerekening aan hem al plaats moet hebben gevonden.

Concluderend is de enige situatie waarin zich een wijziging in de toerekening voordoet het schrappen van een begunstigde-erfgenaam. De vraag is of een dergelijke verschuiving in de toerekening gezien zou moeten worden als een belastbare schenking.¹⁴³⁰ Naar mijn mening is er echter geen aanknopingspunt voor de heffing van schenkbelasting. De omstandigheid dat er een verschuiving in de toerekening optreedt, leidt niet tot een vermogensvermeerdering in civielrechtelijke zin, zodat reeds om die reden geen sprake kan zijn van een schenking in de zin van de Successiewet.¹⁴³¹

1429 Zie paragraaf 14.3.6.6.2.

1430 Erfbelasting speelt mijns inziens niet. Een wijziging in de begunstiging zal in principe niet samenhangen met een overlijden, anders dan door overlijden van een inbrenger of erfgenaam en dit is niet het soort mutatie waar ik in deze context naar kijk.

1431 Artikel 1 lid 7 SW jo. artikel 7:186 lid 2 BW; er is geen sprake van verrijking van de een en verarming van de ander en een bevoordelingsbedoeling bij de begunstigde die geschrapt wordt moeilijk te construeren lijkt. Wellicht dat men in specifieke gevallen, waarin het initiatief tot het schrappen van

Daarnaast regelen de artikelen 16 en 17 SW een aantal fictieve verkrijgingen, maar de enige verschuiving in de toerekening die daaronder valt, is het overlijden van de inbrenger of een erfgenaam en de daaruit voortvloeiende toerekening aan diens erfgenamen. De situatie waarin begunstigden geschrapt worden is niet geregeld, dus indien de wetgever van mening is dat deze situatie aanleiding geeft tot het heffen van schenkbelasting, dan zou dit expliciet geregeld moeten worden.

De vraag is of hiervoor een aanleiding aanwezig is. De gedachte achter de APV-regeling is het bereiken van een resultaat dat vergelijkbaar is met de fiscale gevolgen in de situatie waarin geen inbreng had plaatsgevonden: de inbreng zelf wordt genegeerd, maar “vererving” van het APV-vermogen of “schenkingen”/uitkeringen hieruit worden wel belast. In het laatste geval vindt echter een daadwerkelijke verrijking van de ontvangende begunstigde plaats, hetgeen niet het geval is bij een verschuiving in de toerekening als gevolg van het schrappen van een begunstigde. Deze laatste situatie laat zich wellicht enigszins vergelijken met erfgenamen in een onverdeelde nalatenschap, waarvan er uiteindelijk één ophoudt om erfgenaam te zijn, bijvoorbeeld omdat hij verwerpt, maar als buiten de wil¹⁴³² van deze erfgenaam gelegen omstandigheden zijn onwaardigheid of vervallenverklaring van het erfdeel denkbaar. In deze gevallen wordt voor de heffing van (in casu) erfbelasting aangesloten bij de gewijzigde situatie. Deze parallel zou aanleiding kunnen zijn om bij een mutatie in de groep van begunstigden aanvullend te heffen bij degene die meer APV-vermogen toegerekend krijgt. Heffing van erfbelasting ligt dan meer voor de hand dan schenkbelasting.

Een dergelijke regeling vereist dan naar mijn mening een complement in de vorm van een regeling die de initiële heffing bij de geschrapte begunstigde vermindert. De erfgenaam wiens recht vervallen wordt verklaard kan ook aanspraak maken op een restitutie van erfbelasting, op grond van artikel 53 SW.^{1433 1434} Op vergelijkbare wijze zou de begunstigde, die als zodanig geschrapt wordt maar wel erfbelasting heeft betaald ter zake van een fictieve verkrijging in de zin van artikel 16 SW als gevolg van het overlijden van de erflater, een restitutie van de erfbelasting moeten kunnen krijgen. Op dit moment is een dergelijke regeling echter niet getroffen, zodat hiervoor de tekst van artikel 53 SW uitgebreid zou moeten worden.¹⁴³⁵

de desbetreffende begunstigde uitgaat en die het oogmerk heeft om daarmee anderen als begunstigden te laten optreden, een bevoordelingsbedoeling kan worden aangenomen. De elementen verrijking en verarming ontbreken daarmee echter nog steeds.

1432 Althans in die zin dat de aan de gebeurtenis die leidt tot onwaardigheid of vervallenverklaring van het erfdeel doorgaans vermoedelijk ten minste een zekere intentie van de (potentiële) erfgenaam ten grondslag zal liggen, maar dat het naar mijn mening te ver gaat om daaruit af te leiden dat de (geobjectiveerde) wil van deze persoon zich richt op diens uitsluiting als erfgenaam.

1433 De vervallenverklaring is de vervulling van een ontbindende voorwaarde, zie artikel 4:131 lid 1 BW.

1434 De vergelijking met verwerping of onwaardigheid is minder goed te maken, omdat deze terugwerkt tot (artikel 4:190 lid 4 BW) respectievelijk werkt vanaf (artikel 3 lid 1 BW) het overlijden van de erflater en de persoon in kwestie derhalve nooit erfgenaam is geweest.

1435 Vergelijk tevens Hoogwout en Verstijnen. FTV 2013/46, pagina 8, die betwijfelen of een erfgenaam die van de lijst van potentiële begunstigden wordt afgehaald zich op artikel 53 SW kan beroepen.

Concluderend komt het mij niet onredelijk voor en ook passend binnen de systematiek van de APV-regeling om bij een verschuiving van de toerekening als gevolg van het schrappen van een begunstigde ook de heffing van erfbelasting hierop aan te passen. Dat vereist naar mijn mening echter zowel de toevoeging van een mogelijkheid om te heffen bij degene die een groter aandeel krijgt toegerekend, bijvoorbeeld aan artikel 16 SW¹⁴³⁶ of eventueel artikel 52 SW, als een mogelijkheid voor degene die geschrapt wordt om restitutie van de eerder betaalde erfbelasting te krijgen.

14.5 Vennootschapsbelasting en dividendbelasting

De focus van mijn onderzoek ligt op de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting. Hoewel ik in deze paragraaf kort zal ingaan op enige aspecten van de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting, is het zeker niet mijn bedoeling om deze uitputtend te bespreken, maar slechts om enkele aandachtspunten te signaleren, die spelen in relatie tot de desbetreffende heffing indien sprake is van een APV.

14.5.1 Vennootschapsbelasting

Vooropgesteld zij dat de APV-regeling niet integraal doorwerkt naar de Wet Vpb, maar slechts naar specifieke bepalingen hiervan.¹⁴³⁷ Aannemend dat geen sprake is van een fiscaal transparante entiteit¹⁴³⁸, wordt het APV derhalve voor toepassing van de Wet Vpb als rechtssubject erkend. Daarmee kan een APV vennootschapsbelastingplichtig zijn, waarbij tevens de rechtsvorm een rol speelt.

Indien sprake is van een in Nederland gevestigd APV, is van belang of het APV een rechtsvorm heeft die rechtspersoonlijkheid bezit, zoals een stichting. In dat geval is het APV binnenlands belastingplichtig op grond van artikel 2 lid 1 sub e Wet Vpb, indien en voor zover het APV een onderneming drijft. Aangezien een APV zelden tot nooit zelf een onderneming zal drijven, wordt daarmee aan binnenlandse belastingplicht in principe niet toegekomen.^{1439 1440} Een ruimere belastingplicht zou vereisen dat het

1436 Met een regeling voor de aangiftetermijn in artikel 45 lid 3 SW.

1437 Artikel 8 lid 15 Wet Vpb. Zie voor een analyse van de gevolgen van het al dan niet doorwerken van de APV-regeling naar de Wet Vpb A.C.P. Bobeldijk en A.E. de Leeuw, Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet Vpb 1969 en enige andere belastingwetten (delen 1 en 2), WFR 2011/6914 en 2011/6915. Volledigheidshalve merk ik op dat de zinsnede *met dien verstande dat artikel 2.14a, zevende lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 voor de toepassing van artikel 10a buiten toepassing blijft*, pas op een later moment aan artikel 8 lid 15 Wet Vpb is toegevoegd.

1438 In de zin dat de uitkomst van kwalificatie van de rechtsfiguur op grond van diens civielrechtelijke kenmerken is dat deze rechtsfiguur als rechtssubject erkend moet worden, vergelijk nader paragraaf 14.3.9.2.

1439 De eis van artikel 3 lid 2 Wet Vpb, dat sprake moet zijn van vergelijkbaarheid met een Nederlandse stichting, in het kader van de binnenlandse belastingplicht wordt niet gesteld.

1440 Volledigheidshalve zij nog gewezen op artikel 4 sub a Wet Vpb, dat onder het drijven van een onderneming in de zin van artikel 2 lid 1 sub e Wet Vpb mede verstaat een daarmee uiterlijk overeenkomende activiteit, waarmee in concurrentie getreden wordt met ondernemingen gedreven

APV een rechtsvorm heeft die te vergelijken is met een kapitaalvennootschap, (open) commanditaire vennootschap, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij¹⁴⁴¹, of dat sprake is van een (open) fonds voor gemene rekening. Hoewel niet geheel ondenkbaar, zal het zich mijns inziens doorgaans niet voordoen dat het APV een rechtsvorm heeft waarin door anderen wordt deelgenomen op basis van aandelen, lidmaatschapsrechten, participaties, etc.¹⁴⁴²

Ook kan sprake zijn van een APV dat geen rechtspersoonlijkheid heeft, zoals een trust. Naar mijn mening is dan sprake van een doelvermogen (zie nader hieronder). Doelvermogens worden echter niet genoemd in artikel 2 Wet Vpb als belastingplichtige entiteiten, hetgeen tot gevolg heeft dat een doelvermogen niet binnenlands belastingplichtig kan zijn, tenzij het aan de criteria van een van de wel genoemde categorieën belastingplichtige entiteiten zou voldoen. Ik onderschrijf de conclusie van Boer dat hier in geval van een trust in ieder geval geen sprake van is en verwijst voor een nadere uiteenzetting eenvoudshalve naar zijn analyse.¹⁴⁴³

Veelal zal het APV evenwel niet in Nederland gevestigd zijn en rijst de vraag of sprake kan zijn van buitenlandse belastingplicht. Afhankelijk van de rechtsvorm kan dit het geval zijn als rechtspersoon (artikel 3 lid 1 sub a Wet Vpb) of als doelvermogen (artikel 3 lid 1 sub b Wet Vpb). Rechtspersoonlijkheid bezittende APV's zijn buitenlands belastingplichtig voor zover sprake is van Nederlands inkomen met dien verstande dat deze belastingplicht beperkt kan worden indien sprake is van een met een naar Nederlands recht opgerichte vereniging of stichting vergelijkbaar lichaam, op grond van artikel 3 lid 2 Wet Vpb. In dat geval kan slechts sprake zijn van belastingplicht voor zover het APV een onderneming drijft. Aangezien goed denkbaar is dat een buitenlands APV een stichting-achtige¹⁴⁴⁴ figuur is, bijvoorbeeld de Curaçaose stichting particulier fonds of de Liechtensteinse Stiftung, rijst de vraag wanneer sprake is van voldoende vergelijkbaarheid met de Nederlandse stichting om een beroep op deze uitzondering te kunnen doen. In de parlementaire geschiedenis is hierover het volgende gezegd:

Of het buitenlandse lichaam vergelijkbaar is met een naar Nederlands recht opgerichte vereniging of stichting als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel e, van de Wet Vpb 1969 zal afhangen van de civielrechtelijke wet- en regelgeving van

-
- door natuurlijke personen of lichamen als bedoeld in artikel 2 lid 1 sub a – d Wet Vpb. De gelijkstelling van artikel 4 sub b en c Wet Vpb zullen zich bij een APV naar mijn mening doorgaans niet voordoen.
- 1441 Zie artikel 2 lid 1 sub a – c Wet Vpb. Van een vereniging of stichting als bedoeld in sub f.
- 1442 De inbreng op dergelijke aandelen, lidmaatschapsrechten of participaties geldt ook niet als afgezonderd vermogen in de zin van de APV-regeling (zie artikel 2.14a lid 2 Wet IB 2001). Dat neemt echter niet weg dat bijvoorbeeld een BV naar mijn mening wel op contractuele basis als APV zou kunnen fungeren (zie De Leeuw, WPNR 2015/7067).
- 1443 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.2.2. Volledigheidshalve merk ik op dat specifieke trustvormen die meer het karakter van een beleggingsfonds hebben, zoals een unit trust, wellicht wel inpasbaar zijn binnen een categorie binnenlands belastingplichtigen, waarbij de vergelijking met het fonds voor gemene rekening in mijn ogen dan het meest voor de hand ligt.
- 1444 Een met een vereniging te vergelijken figuur ligt bij een APV mijns inziens niet voor de hand.

het desbetreffende land, de statuten of de overeenkomsten en de Nederlandse wet- en regelgeving. Indien sprake is van eigendomsbewijzen (aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten) of van een economische deelgerechtigdheid die tegenover de afzondering van vermogen staat, zal het buitenlandse (charitatieve) lichaam in ieder geval niet vergelijkbaar zijn met een stichting of vereniging. Bij een vereniging en stichting wordt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel verwezenlijkt. In geval van een vereniging mag de winst, zo deze behaald wordt, niet onder de leden worden verdeeld. Kenmerkend voor een stichting is het ontbreken van leden en het verbod op het doen van uitkeringen aan de oprichters of aan hen die deel uitmaken van de organen van een stichting.

Bij de toets of het buitenlandse lichaam vergelijkbaar is met eerdergenoemde verenigingen en stichtingen, is de rechtspersoonlijkheid van de buitenlandse entiteit als zodanig niet van doorslaggevend belang. Dit betekent bijvoorbeeld dat [...] de beperkte buitenlandse belastingplicht ook geldt voor buitenlandse privaatrechtelijke (charitatieve) doelvermogens, indien deze vergelijkbaar zijn met eerdergenoemde verenigingen of stichtingen. [Onderstrepingen AEdL]¹⁴⁴⁵

Bij deze passage vallen twee aspecten op: (i) voor stichting-achtige figuren is van belang dat sprake is van een uitkeringsverbod en (ii) ook doelvermogens kunnen in voorkomend geval een beroep doen op de beperking van hun belastingplicht. Gezien de nadruk op het uitkeringsverbod lijkt mij de vraag in hoeverre een APV als vergelijkbaar met een stichting beschouwd kan worden. Indien dit een doorslaggevend criterium is, zal van vergelijkbaarheid veelal geen sprake zijn, aangezien buitenlandse stichting-achtige rechtsfiguren die als APV functioneren naar hun aard in beginsel geen uitkeringsverbod kennen. Overigens kan men zich afvragen hoe zuiver deze vergelijking is, in aanmerking nemend dat een Nederlandse stichting ook als APV kan fungeren, zij het niet op grond van het feit dat zij naar haar aard uitkeringen mag doen, maar op grond van een contractuele verhouding.¹⁴⁴⁶ Ook kan gezegd worden dat een APV door middel van een daartoe bestemd vermogen een in zijn statuten (of andere regeling die het APV beheerst) vermeld doel verwezenlijkt. Indien men het uitkeringsverbod beschouwt als een (sterke) aanwijzing dat sprake is van een stichting-achtige figuur, maar niet als doorslaggevend, is er ruimte om een APV aan te merken als beperkt buitenlands belastingplichtig in de zin van artikel 3 lid 2 Wet Vpb.

Indien het APV daarentegen geen rechtspersoonlijkheid heeft, zal dit mijns inziens in beginsel een doelvermogen zijn zoals bedoeld in artikel 3 lid 1 sub c Wet Vpb. Een doelvermogen is geen civielrechtelijk begrip. Het begrip “doelvermogen” is ook niet nader gedefinieerd, waardoor niet volledig duidelijk is wat hier wel of niet onder

1445 Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/2012, 33 003, nr. 3, pagina 81 – 82.

1446 Zie nader paragraaf 8.2.2.

valt. In de parlementaire geschiedenis worden geen voorbeelden gegeven, maar is een doelvermogen als volgt omschreven:

Het woord „doelvermogens” wordt in deze wet uitsluitend met betrekking tot buitenlandse belastingplichtigen gehanteerd. Het brengt een aansluiting tot stand met de bepaling van artikel 2, eerste lid, letter c, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Met het gebruik van deze term in het onderwerpelijke artikel wordt [...] beoogd een sluitpost aan te brengen om gevallen, waarin een door buitenlands recht beheerst, afzonderlijk vermogen optreedt dat naar Nederlandse rechtsbegrippen niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een rechtspersoon dan wel een commanditaire vennootschap op aandelen of een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, fiscaal op dezelfde wijze te kunnen behandelen als ten aanzien van de evengenoemde lichamen geschiedt. [Onderstreping AEdL]¹⁴⁴⁷

De omschrijving van het doelvermogen als sluitpost impliceert een ruime invulling van dit begrip. Mijns inziens zal een niet rechtspersoonlijkheid bezittend APV hier dan ook onder vallen. Voor de trust wordt dit in de literatuur ook vrij algemeen aanvaard.¹⁴⁴⁸ Ook een APV zonder rechtspersoonlijkheid kan derhalve vennootschapsbelastingplichtig zijn. Hierbij valt het verschil in behandeling tussen in Nederland gevestigde en buiten Nederland gevestigde doelvermogens op: de eerste zijn zoals hiervoor besproken niet vennootschapsbelastingplichtig en de tweede wel.¹⁴⁴⁹

In dit verband rijst de vraag of een in het buitenland gevestigd APV vennootschapsbelastingplichtig kan zijn in Nederland ter zake van een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap. Buitenlandse belastingplicht op grond van artikel 17 lid 3 sub b Wet Vpb is dan denkbaar, indien (mede) sprake is van het houden van het aandelenbelang door het APV met als hoofddoel of een van de hoofddoelen het ontgaan van de heffing van inkomstenbelasting bij een ander. Een uitgebreide analyse van dit aspect gaat het bestek van dit onderzoek te buiten, maar in het algemeen zal van een dergelijk ontgaansmotief in mijn ogen geen sprake zijn: tenzij sprake is van een materiële onderneming bij het APV, hetgeen zich zelden of nooit zal voordoen, vindt toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden plaats. De inbrenger blijft derhalve ook na de inbreng van zijn aanmerkelijk belang in het APV belastingplichtig, zodat geen inkomstenbelasting ontgaan wordt en het APV dus niet

1447 Kamerstukken II, vergaderjaar 1959/1960, 6000, nr. 3, pagina 17 rechterkolom.

1448 Zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.2.3, Gilissen, dissertatie 2012, pagina 446, en J.L. van de Streek, Cursus Belastingrecht Vpb.1.0.6.F.d.

1449 Men kan zich afvragen of dit niet in strijd komt met EU-recht, zie Boer, dissertatie 2011, paragraaf 9.2.3. A-G Wattel is in elk geval de mening toegedaan dat de kring buitenlands belastingplichtigen van artikel 3 Wet Vpb vanwege EU-recht niet ruimer kan zijn dan die van artikel 2 Wet Vpb (conclusie A-G Wattel van 26 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:782, V-N 2019/54.45, punten 7.7 en 7.26).

vennootschapsbelastingplichtig is. Aangezien bij belastingplicht van het APV dubbele heffing ontstaat (zie hierna) is dit naar mijn mening ook een evenwichtige uitkomst.

Ten slotte is van belang om op te merken dat bij een buitenlands belastingplichtig APV een samenloop van Nederlandse vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting kan ontstaan. Stel dat de trustee van een buitenlandse trust eigenaar is van een ter belegging gehouden onroerende zaak in Nederland. De trust is als doelvermogen buitenlands belastingplichtig voor zover Nederlands inkomen genoten wordt. Daarvan is onder meer sprake indien de trust een onderneming heeft in Nederland, hetgeen bij fictie het geval is bij het houden van een in Nederland gelegen onroerende zaak.¹⁴⁵⁰ Derhalve is ter zake van het met de onroerende zaak behaalde resultaat vennootschapsbelasting verschuldigd. Daarnaast krijgt de inbrenger de onroerende zaak toegerekend en is hij ter zake daarvan box 3-heffing verschuldigd als binnenlands of buitenlands belastingplichtige. Aangezien geen sprake is van een onderneming, is de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 niet van toepassing, zodat ook inkomstenbelasting verschuldigd is. In tegenstelling tot bij een samenloop tussen buitenlandse vennootschapsbelasting¹⁴⁵¹ en Nederlandse inkomstenbelasting is er geen regeling die in dit geval de dubbele heffing wegneemt.¹⁴⁵² Naar mijn mening dient hier derhalve in voorzien te worden, hetgeen in nader bespreek in paragraaf 15.10.

14.5.2 Dividendbelasting

Het is goed denkbaar dat het APV aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap houdt, die al dan niet voor de inbrenger als gevolg van de toerekening een aanmerkelijk belang vormen. Dit geeft aanleiding tot de vraag ten laste van wie de heffing van dividendbelasting plaats vindt en hoe de samenloop van deze dividendbelasting met de heffing van inkomstenbelasting bij de inbrenger wordt weggenomen.

Op grond van artikel 1 lid 1 Wet DB wordt de dividendbelasting geheven van degene die rechtstreeks of door middel van certificaten gerechtigd is tot de opbrengst van de aandelen waarop het dividend wordt uitgekeerd. De opbrengstgerechtigde is in dit geval het APV, in aanmerking nemend dat wordt aangeknoopt bij de rechtstreekse gerechtigdheid. De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis is in dit verband van belang:

Dezelfde verschillende leden hebben gevraagd, of moet worden aangenomen dat een andere mogelijkheid om tot de opbrengst van aandelen enz. gerechtigd te zijn dan rechtstreeks of door middel van certificaten uitgesloten moet worden

1450 Artikel 17 lid 3 sub a jo. 17a sub a Wet Vpb.

1451 Op grond van artikel 25b Bvdb 2001.

1452 Zie ook Boer WFR 2017/7216, alsmede P.T.R.J. Vermeulen en M.F.P. de Clercq, Een pleidooi voor meer transparantie bij APV's, FTV 2018/9, die pleiten voor afschaffing van de toerekeningsstop.

geacht. De ondergetekenden is geen andere mogelijkheid bekend waarbij nog gezegd kan worden dat de persoon in kwestie gerechtigd is tot de opbrengst van de in het eerste artikel van het ontwerp bedoelde aandelen, winstbewijzen en winstdelende obligaties. De ondergetekenden merken overigens op dat, al ware er een andere mogelijkheid aanwezig om tot de opbrengst van de onderwerpelijke effecten gerechtigd te zijn, er toch wel steeds een natuurlijk persoon of lichaam rechtstreeks of door middel van certificaten gerechtigd zal zijn tot de opbrengst van die effecten. [Onderstreping AEdL]¹⁴⁵³

Uit deze passage valt voorts af te leiden dat rechtspersoonlijkheid niet vereist is om de aandeelhouder als opbrengstgerechtigde tot het dividend aan te merken. Derhalve kan ook een APV zonder rechtspersoonlijkheid, zoals een trust, opbrengstgerechtigde tot het dividend zijn.¹⁴⁵⁴ Voorts maakt het voor het zijn van opbrengstgerechtigde niet uit of sprake is van vennootschapsbelastingplicht, hetgeen ook blijkt uit de teruggaveregeling van artikel 10 Wet DB.¹⁴⁵⁵ Mijns inziens wordt de dividendbelasting derhalve ingehouden ten laste van het APV.

Tenzij deze dividendbelasting op enige wijze teruggevraagd of verrekend kan worden, ontstaat echter samenloop met de inkomstenbelasting geheven van de inbrenger. Er zijn twee mogelijkheden om deze samenloop weg te nemen: (i) teruggave van de dividendbelasting aan het APV op grond van artikel 10 Wet DB of (ii) verrekening van de dividendbelasting als voorheffing met de verschuldigde inkomstenbelasting op grond van artikel 9.2 Wet IB 2001. In beide gevallen is de toepassing van de desbetreffende regeling echter niet evident en de uitkomst van deze benaderingen is ook niet geheel gelijk.

Voorbeeld: teruggave dividendbelasting versus verrekening met inkomstenbelasting

Inbrenger X heeft APV Y ingesteld en 100% van de aandelen in beleggingsvennootschap Z BV ingebracht. In 2019 keert Z BV een dividend van € 1.000.000 uit aan APV Y, waarop € 150.000 dividendbelasting wordt ingehouden. Daarnaast is X ter zake van de dividenduitkering € 250.000 aan inkomstenbelasting verschuldigd. Zonder een maatregel om deze samenloop van heffing weg te nemen, bedraagt de belastingdruk derhalve 40%. Indien geen uitkering door APV Y plaatsvindt, is als gevolg van de dividenduitkering het vermogen in APV Y toegenomen met € 850.000 en is het vermogen van X afgenomen met € 250.000.

¹⁴⁵³ Kamerstukken II, vergaderjaar 1962/1963, 6000, nr. 11, pagina 2 – 3.

¹⁴⁵⁴ Zie voor specifiek de trust ook de conclusie van A-G Wattel van 23 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1315, V-N 2019/12.8, punt 8.13 e.v. Zie voorts O.C.R. Marres, Dividendbelasting, Wolters Kluwer Deventer 2018, pagina 12, die opmerkt dat lichamen die vennootschapsbelastingplichtig (kunnen) zijn, waaronder doelvermogens, opbrengstgerechtigde kunnen zijn.

¹⁴⁵⁵ Zie voorts de hiervoor aangehaalde conclusie van A-G Wattel, paragrafen 7 en 8, en de aldaar aangehaalde literatuur.

Stel dat APV Y de dividendbelasting kan terugvragen, dan is de vermogenstoename van APV Y per saldo gelijk aan de dividenduitkering van € 1.000.000. APV Y kan dit bedrag geheel of gedeeltelijk uitkeren aan X om de inkomstenbelasting te voldoen, maar dat hoeft niet. APV Y zou ook het gehele bedrag van de dividenduitkering kunnen aanwenden voor uitkeringen aan andere begunstigen. Voor X betekent dit een vermogensafname van € 250.000.

Indien echter X de dividendbelasting kan verrekenen, dan bedraagt zijn vermogensafname nog € 100.000. De vermogenstoename van APV Y blijft beperkt tot € 850.000. Over het APV en X samen bezien is het resultaat economisch gelijk: de heffing is nu beperkt tot in totaal € 250.000. In civielrechtelijke zin is er echter wel een verschil, aangezien nu 15% van de (bruto)uitkering per definitie aan X toekomt, terwijl het door APV Y uit te keren bedrag beperkt is tot de na heffing van dividendbelasting resterende 85%. In aanmerking nemend dat X in er in dit scenario nog steeds in vermogen op achteruit gaat, komt dit mij overigens niet voor als een onredelijke uitkomst. Vanuit het perspectief dat de APV-regeling beoogt te simuleren dat geen sprake is van inbreng, lijkt mij dit ook het meest passende resultaat.

Verrekening bij de inbrenger in plaats van een teruggave aan het APV voorkomt bovendien een heffingslek in het geval van een inbrenger die niet belastingplichtig is in Nederland.

Voorbeeld: buitenlandse inbreng en verrekening versus teruggave van dividendbelasting

Inbrenger A heeft APV B ingesteld. A houdt een belang van 4% in C BV en hij brengt dit belang in in APV B. In 2019 keert C BV een dividend van € 1.000.000 aan APV B. Hierop houdt C BV € 150.000 aan dividendbelasting in. Het dividend wordt toegerekend aan A, maar A is ter zake hiervan in Nederland geen inkomstenbelasting verschuldigd, aangezien geen sprake is van een aanmerkelijk belang.¹⁴⁵⁶

Stel dat de dividendbelasting in het algemeen in aanmerking genomen zou moeten worden bij de inbrenger, dan leidt dit niet tot een verrekening bij A, aangezien hij niet belastingplichtig is ter zake van zijn belang in C BV. Dit resultaat is vergelijkbaar met de uitkomst van de situatie waarin A zijn belang in C BV rechtstreeks was blijven houden en C BV het dividend zou hebben uitgekeerd.¹⁴⁵⁷ De inbreng van de aandelen in het APV werkt derhalve neutraal uit. Het eindresultaat is dat het APV-vermogen is toegenomen met € 850.000.

1456 Ik abstraheer van buitenlandse heffing bij A en een eventuele mogelijkheid tot verrekening van de dividendbelasting hiermee.

1457 Aan de mogelijkheid van een eventuele teruggave van dividendbelasting op grond van artikel 10a Wet DB ga ik voorbij.

Deze neutraliteit wordt doorbroken indien in plaats daarvan APV B de dividendbelasting kan terugvragen. Deze teruggave is afhankelijk van bepaalde eisen die gesteld worden aan APV B als opbrengstgerechtigde tot het dividend (zie paragraaf 14.5.2.1 hierna) en de omstandigheid dat A niet belastingplichtig is ter zake van de aandelen C BV heeft daar geen invloed op. Indien APV B de dividendbelasting terug krijgt, is het APV vermogen toegenomen met per saldo € 1.000.000, terwijl A als direct houder van de aandelen slechts een vermogenstoename van € 850.000 had gehad. Derhalve is in dit geval sprake van een heffingslek.

Ook vanuit dit perspectief komt verrekening van de dividendbelasting bij de inbrenger, voor zover daar aanspraak op bestaat, mij voor als de meest zuivere benadering. Het is echter de vraag of de inbrenger hier aanspraak op kan maken, dan wel of de huidige regelgeving ertoe leidt dat toch een teruggave gevraagd zou moeten worden door het APV of dat wellicht geen van beide mogelijk is. Hierna toets ik derhalve aan de voorwaarden van zowel de teruggave als de verrekening van dividendbelasting.

Overigens kan niet alleen samenloop ontstaan tussen de dividendbelasting en de inkomstenbelasting, maar ook tussen de dividendbelasting en de vennootschapsbelasting. Hoewel dit vermoedelijk geen veel voorkomende situatie zal zijn, is denkbaar dat het APV vennootschapsbelastingplichtig is ter zake van een aandelenbelang in een Nederlandse vennootschap. Indien de deelnemingsvrijstelling (en daarmee de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB) niet van toepassing is, wordt ter zake van het dividend zowel dividendbelasting als vennootschapsbelasting geheven. Normaal gesproken zou verrekening van de dividendbelasting als voorheffing van de vennootschapsbelasting mogelijk zijn op grond van artikel 25 Wet Vpb. Aangezien de toerekening op grond van de APV-regeling echter doorwerkt naar deze bepaling (artikel 8 lid 15 Wet Vpb), is het gevolg naar mijn mening dat verrekening door het APV niet mogelijk is en dat dubbele heffing ontstaat. De toelichting op deze regeling is het voorkomen van misbruik,¹⁴⁵⁸ dat zich naar mijn mening echter niet voor kan doen.¹⁴⁵⁹ Deze bepaling dient derhalve naar mijn mening geschrapt te worden.

14.5.2.1 Teruggave van dividendbelasting

Een teruggave van dividendbelasting wordt op grond van artikel 10 Wet DB slechts verleend aan een in Nederland gevestigde rechtspersoon die niet aan vennootschapsbelasting onderworpen is (en geen VBI-status heeft), alsmede aan een lichaam dat in een andere EU of EER lidstaat gevestigd is, aldaar niet onderworpen is

1458 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 60. De toelichting is summier en geeft niet aan waaruit het misbruik in geval van artikel 25 Wet Vpb zou moeten bestaan.

1459 Zie Bobeldijk en De Leeuw, WFR 2011/6914, paragraaf 3.2.7. Ik merk op dat ik thans van mening ben dat het APV wel als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt moet kunnen worden (zie paragraaf 14.5.2.1.1). Dit betekent echter niet dat verrekening van de dividendbelasting mogelijk wordt.

aan de heffing van belastingheffing naar de winst en, in geval van een buiten Nederland gevestigd lichaam, tevens niet vennootschapsbelastingplichtig zou zijn geweest, indien het lichaam in Nederland gevestigd zou zijn geweest. Steeds is vereist dat de rechtspersoon c.q. het lichaam de uiteindelijk gerechtigde¹⁴⁶⁰ is tot het dividend.

Er treedt een aantal complicaties op bij de toepassing van deze regeling ten aanzien van een APV:

- (a) Een eerste vraag is of het APV wel als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt kan worden, in aanmerking nemend dat het vermogen wordt aangehouden met als doel uitkering aan de beneficiaries. In zoverre kan derhalve gezegd worden dat het APV-vermogen en de inkomsten daaruit nooit toekomen aan het APV zelf, met dien verstande dat nog niet duidelijk is welke specifieke begunstigde uiteindelijk de door het APV ontvangen dividenden zal krijgen. Ik ga hierna nader op dit punt in.
- (b) Daarnaast zit er een tekstueel verschil tussen het eerste en het tweede lid van artikel 10 Wet DB, er wordt gesproken over een rechtspersoon dan wel een lichaam. Zoals hiervoor opgemerkt kan een niet-rechtspersoonlijkheid bezittend APV mijns inziens als lichaam aangemerkt worden, zodat voldaan kan worden aan de vereisten van artikel 10 lid 2 Wet DB. Een in Nederland gevestigd APV zonder rechtspersoonlijkheid zou bij een letterlijke lezing echter geen teruggave van dividendbelasting kunnen krijgen, omdat het eerste lid wel rechtspersoonlijkheid vereist. Het lijkt er echter op dat dit verschil niet zozeer een bewuste keuze van de wetgever is geweest, als wel het gevolg van de – onterechte – veronderstelling dat onder “rechtspersonen” alle voor teruggave in aanmerking komende Nederlandse entiteiten begrepen zouden zijn.¹⁴⁶¹ Dat in aanmerking nemend komt het mij voor dat er ruimte moet zijn om ook aan een in Nederland gevestigd APV zonder rechtspersoonlijkheid een teruggave te verlenen.¹⁴⁶² Volledig zeker is dit evenwel niet.
- (c) Het is goed denkbaar dat het APV niet in een EER lidstaat gevestigd is, zodat een teruggave van dividendbelasting geheel niet mogelijk is. Op grond van artikel 10 lid 3 Wet DB zijn er onder voorwaarden wel mogelijkheden voor lichamen in andere staten om toch een teruggaven van dividendbelasting te krijgen, maar

1460 Het begrip opbrengstgerechtigde is ruimer dan het begrip uiteindelijk gerechtigde, zodat mogelijk is dat de ontvanger van een dividend wel als opbrengstgerechtigde moet worden aangemerkt, maar niet de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is, zie R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingdienst Div.bel. 1.1.1.A.*

1461 Kamerstukken II, vergaderjaar 2007/2008, 31 404, nr. 8, pagina 7 – 8.

1462 Zie tevens de conclusie van A-G Wattel van 23 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1315, V-N 2019/12.8, punt 8.16.

de mogelijkheid dat het APV niet in een in aanmerking komende staat gevestigd is, blijft bestaan.

- (d) Voorts is mogelijk dat het APV weldegelijk onderworpen is aan een winstbelasting in de staat van vestiging.¹⁴⁶³ Gezien het bepaalde in artikel 10 lid 2 Wet DB zou dit betekenen dat het APV geen teruggave van dividendbelasting zou kunnen krijgen, hetgeen overigens niet onredelijk is indien verrekening van dividendbelasting in het vestigingsland van het APV mogelijk is. In dit verband zij echter gewezen op de hiervoor reeds aangehaalde conclusie van A-G Wattel,¹⁴⁶⁴ die van mening is dat de eis, dat het lichaam dat teruggave van dividendbelasting verzoekt, in het vestigingsland niet onderworpen mag zijn aan een winstbelasting, niet verenigbaar is met EU-recht en dat slechts relevant is of de dividendbelasting in het vestigingsland verrekend kan worden. De uitkomst dat geen teruggave van dividendbelasting verkregen kan worden vanwege heffing op APV-niveau verdraagt zich voorts, aannemend dat ook geen verrekening in de inkomstenbelasting mogelijk is, niet met de systematiek van de APV-regeling. Op grond van artikel 25b Bvdb 2001 mag deze heffing verrekend worden met de Nederlandse inkomstenbelasting die van de inbrenger geheven wordt. Deze heffing wordt derhalve geneutraliseerd. De consequentie daarvan zou mijns inziens moeten zijn dat met deze heffing bij het APV voor de toepassing van artikel 10 Wet DB geen rekening gehouden wordt, maar strikt genomen stelt de wettekst dit vereiste wel. Daarbij is wel redelijk om rekening te houden met een eventuele verrekening van de Nederlandse dividendbelasting op het niveau van het APV.

Van deze punten is de vraag of het APV de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is, het meest fundamenteel. Desalniettemin kunnen ook de overige aspecten tot gevolg hebben dat een APV niet in alle gevallen de dividendbelasting kan terugvragen. In aanmerking nemend dat mijns inziens verrekening bij de inbrenger in principe evenmin mogelijk is,¹⁴⁶⁵ acht ik deze uitkomst onredelijk.

Voor wat betreft de kwalificatie van het APV als uiteindelijk gerechtigde is het volgende van belang. De Wet DB kent slechts een negatieve definitie van uiteindelijk gerechtigde, in artikel 4 leden 7 en 8 Wet DB, die ook van toepassing is voor de teruggave

1463 In dit verband rijst de vraag of een in het buitenland gevestigd APV vennootschapsbelastingplichtig kan zijn in Nederland ter zake van de aandelen in de in Nederland gevestigde uitkerende vennootschap. Naar mijn mening is dit doorgaans niet het geval, omdat als gevolg van de toerekening aan de inbrenger en de daarmee samenhangende belastingplichtig in de inkomstenbelasting geen sprake is van een motief om inkomstenbelasting te ontgaan. Aan binnenlandse belastingplicht wordt in principe evenmin toegekomen, aangezien het APV ofwel geheel niet binnen het bereik van artikel 2 Wet Vpb valt (trusts/doelvermogens), ofwel onder artikel 2 lid 1 sub e Wet Vpb valt en geen onderneming drijft. Zie voor de vennootschapsbelastingpositie van het APV nader paragraaf 14.5.1.

1464 Punt 8.6 van de conclusie.

1465 Zie paragraaf 14.5.2.2 hierna.

van dividendbelasting op grond van artikel 10 Wet DB. Om te beoordelen of het APV in aanmerking kan komen voor een teruggave van dividendbelasting, dienen daarom mijns inziens de volgende toetsen te worden aangelegd: (i) kan het APV in het algemeen beschouwd worden als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend? en (ii) brengt de uitzondering van artikel 4 lid 7 Wet DB met zich dat het APV alsnog niet als uiteindelijk gerechtigde kan worden aangemerkt? Hierna ga ik op beide punten in.

14.5.2.1.1 Het APV als uiteindelijk gerechtigde

Bij gebreke aan een wettelijke definitie van uiteindelijk gerechtigde moet teruggevallen worden op de jurisprudentie.¹⁴⁶⁶ De Hoge Raad¹⁴⁶⁷ heeft geoordeeld dat indien men vrijelijk kan beschikken over het (recht op) dividend, terwijl niet wordt opgetreden als zaakwaarnemer of lasthebber, men uiteindelijk gerechtigde is. Het is daarbij niet van belang of men ook gerechtigd is tot de onderliggende aandelen. De uiteindelijke gerechtigdheid moet worden getoetst op het moment van terbeschikkingstelling van het dividend en niet op het moment waarop het dividend gedeclareerd werd. Daarnaast kan voor invulling van het begrip uiteindelijk gerechtigde gekeken worden naar de recente arresten van het HvJ EU.¹⁴⁶⁸ Het HvJ EU heeft hierin – in de context van de Interest- en Royalty Richtlijn¹⁴⁶⁹ – de volgende invulling aan dit begrip gegeven: uiteindelijk gerechtigde is niet een formeel vastgestelde begunstigde, maar de entiteit die het economische genot van de ontvangen interest heeft en derhalve vrij kan beslissen over het gebruik ervan. Het element van vrij kunnen beschikken over het ontvangen inkomen komt in beide interpretaties terug.¹⁴⁷⁰

Of een APV beschouwd kan worden als uiteindelijk gerechtigde hangt naar mijn mening met name af van hoe men omgaat met de omstandigheid dat het vermogen van het

1466 Vergelijk Marres 2018, paragraaf 8.5.2 en de daar aangehaalde brief van de staatssecretaris (brief van 11 december 2002, V-N 2003/2.4).

1467 HR 6 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5639, BNB 1994/217, rechtsoverweging 3.2.

1468 HvJ EU 26 februari 2019, zaken C115/16, C118/16, C119/16 en C299/16, ECLI:EU:C:2019:134, V-N 2019/14.10, zie rechtsoverwegingen 84 – 94 en in het bijzonder rechtsoverweging 89.

1469 Richtlijn 2003/49/EC van 3 juni 2003.

1470 In dit verband zij nog gewezen op een antwoord van de staatssecretaris op Kamervragen inzake mede deze arresten van het HvJ EU. De vraagsteller wil weten of het begrip uiteindelijk gerechtigde voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling van de dividendbelasting moet worden uitgelegd volgens het meest recente commentaar op het OESO-modelverdrag, gelijk het HvJ EU heeft gedaan in zijn arresten, alsmede bevestigd hebben dat deze uitleg strenger is dan die van de Hoge Raad in het (hiervoor aangehaalde) arrest BNB 194/217. De staatssecretaris antwoordt dat inderdaad het meest recente OESO-commentaar gevolgd moet worden, maar dat de strekking van de formulering hiervan zodanig vergelijkbaar is met de van de Hoge Raad, dat niet geconcludeerd kan worden dat de uitleg van de OESO strenger is dan die van de Hoge Raad (zie reactie d.d. 14 juni 2019 op Kamervragen d.d. 8 mei 2019, met nummer 2019Z09124, vraag 14).

A-G Wattel heeft over de verhouding tussen de uitleg van de Hoge Raad en de arresten van het HvJ EU opgemerkt dat het HvJ EU de term “uiteindelijk gerechtigde” economischer lijkt te benaderen dan de Hoge Raad gedaan heeft in het arrest HR 6 april 1994, BNB 1994/217, maar dat in beide benaderingen vrije beschikkingsmacht over de dividenden een vereiste is (conclusie A-G Wattel van 26 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:704, V-N 2019/38.11, punt 9.13).

APV bestemd is om (uiteindelijk) ten goede te komen aan de begunstigden en het APV in zoverre geen economisch belang bij het vermogen heeft. Van een mogelijkheid om vrij te beslissen over het gebruik van het vermogen is overigens mijns inziens wel in grote mate sprake: uitkeringen vinden plaats op discretionaire basis. Daarnaast zal de beheerder van het APV doorgaans een grote mate van vrijheid hebben met betrekking tot het investeringsbeleid door het APV. Met andere woorden: tot het moment dat het APV door ommekomst van de termijn, waarvoor het APV is ingesteld, eindigt en daarmee het beheer door het APV ophoudt en het vermogen op enige wijze tot uitkering komt, heeft de beheerder van het APV een grote mate van vrijheid. Deze vrijheid wordt echter begrensd door het ontbreken van economisch belang bij het vermogen.

In de kern zijn dan twee redeneringen mogelijk met betrekking tot het APV als uiteindelijk gerechtigde:

- (a) Men beschouwt het ontbreken van economisch belang bij het APV zelf als doorslaggevend, als gevolg waarvan het APV geen uiteindelijk gerechtigde kan zijn. Hierbij kan mijns inziens de rechtsvorm van het APV ook een rol spelen. Indien bijvoorbeeld sprake is van een trust of een SPF, is het doen van uitkeringen een essentieel onderdeel van het doel van het APV. Dat biedt naar mijn mening ruimte voor het argument dat het APV weldegelijk te eigen bate over het vermogen kan beschikken, omdat dit vermogen dan in overeenstemming met zijn doel wordt besteed. Aldus gezien zou het APV toch als uiteindelijk gerechtigde gezien kunnen worden. Dit laatste argument is in mijn beleving echter minder sterk in geval van een contractueel opgelegde verplichting hetgeen zich voordoet bij de Nederlandse stichting die als APV fungeert.¹⁴⁷¹
- (b) Men legt de nadruk op de vrijheid van de beheerder van het APV om gedurende het bestaan van het APV over het APV-vermogen te kunnen beschikken. Daarnaast kan belanggehecht worden aan de omstandigheid dat men weliswaar kan zeggen dat het APV geen eigen economisch belang bij het APV-vermogen heeft, maar dat ook geen ander aangewezen kan worden die dat wel heeft. Weliswaar berust het economische belang bij de klasse van begunstigden als geheel, maar gedurende het bestaan van het APV is, tot het moment dat daadwerkelijk uitkeringen plaatsvinden, geen begunstigde te individualiseren die een concreet economisch belang heeft. Het is ook goed denkbaar dat de uitkeringen (mede) zullen worden gedaan aan personen die op het moment, waarop getoetst moet worden wie de uiteindelijk gerechtigde is, nog helemaal

¹⁴⁷¹ Zie paragraaf 8.2.2. Hierbij zij aangetekend dat deze vormgeving noodzakelijk is vanwege het uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW. Doorgaans kennen als APV kwalificerende rechtsfiguren echter geen uitkeringsverbod en kan het doen van uitkeringen rechtstreeks(er) in hun doelstelling worden opgenomen. De Nederlandse stichting is in zoverre dus meer uitzondering dan regel.

niet bestaan. Het ontbreken van een andere uiteindelijk gerechtigde¹⁴⁷² kan een ondersteunend argument zijn om het APV dan toch als uiteindelijk gerechtigde aan te merken.

Alles overziend is mijn voorzichtige conclusie om het APV wel als uiteindelijk gerechtigde aan te merken. Het beheer en de besteding van het APV-vermogen door het APV ten dienste van diens doel en de daarmee samenhangende beschikkingsmacht wegen daarbij voor mij uiteindelijk zwaarder dan het ontbreken van een “eigen” economisch belang. Daarbij merk ik op dat uiteindelijk iedere rechtspersoon beperkt wordt in de aanwending van haar vermogen door haar doelstelling en dat daarin als zodanig ook geen reden wordt gezien om de rechtspersoon niet als uiteindelijk gerechtigde aan te merken. Het is de vraag of de omstandigheid, dat bij een APV dit doel expliciet inhoudt dat het vermogen ten goede komt aan een bepaalde groep begunstigen, dat wezenlijk anders maakt. Ook voorkomt deze benadering dat geheel geen sprake is van een uiteindelijk gerechtigde door het ontbreken van anderen met een concreet economisch belang.

14.5.2.1.2 Toepassing van artikel 4 lid 7 Wet DB op een APV

Zelfs indien het APV in beginsel als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt kan worden, kan artikel 4 lid 7 Wet DB alsnog met zich brengen dat APV gediskwalificeerd wordt als uiteindelijk gerechtigde. Op grond hiervan is een opbrengstgerechtigde geen uiteindelijk gerechtigde indien:

- sprake is van een samenstel van transacties;
- aannemelijk is dat het dividend geheel of gedeeltelijk direct of indirect ten goede is gekomen aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon die geen aanspraak heeft op toepassing van de inhoudingsvrijstelling, terwijl de opbrengstgerechtigde dit wel heeft, of deze persoon in mindere mate aanspraak heeft op een vermindering of teruggave van dividendbelasting dan de opbrengstgerechtigde; en
- de persoon die het dividend genoten heeft voorafgaand aan het samenstel van transacties een belang had in de entiteit die het dividend uitkeerde en deze persoon direct of indirect een vergelijkbaar belang behoudt of verkrijgt.

Artikel 4 lid 8 Wet DB geeft nadere invulling aan deze bepaling, waaronder door middel

1472 Volledigheidshalve merk ik op dat het HvJ EU in zijn hiervoor aangehaalde arrest tevens heeft geoordeeld dat het voor het weigeren van de erkenning van een entiteit als uiteindelijk gerechtigde niet noodzakelijk is dat de Lidstaat, die dit weigert, een andere uiteindelijk gerechtigde identificeert. Ik neem evenwel aan dat hierbij de veronderstelling is dat er wel een dergelijke uiteindelijk gerechtigde is, maar dat niet noodzakelijk is om vast te stellen wie dit is.

van de bepaling dat de artikelen 2.14a en 10a.7 Wet IB 2001 van overeenkomstige toepassing zijn. Met andere woorden: de APV-regeling werkt door in de uitzonderingen op het zijn van uiteindelijk gerechtigde.¹⁴⁷³

Ik zal echter eerst ingaan op de toepassing van artikel 4 lid 7 Wet DB als zodanig. Indien slechts sprake is van een “reguliere” inbreng van aandelen in een APV zou ik namelijk menen dat deze bepaling niet met zich brengt dat het APV wordt uitgesloten als uiteindelijk gerechtigde:

- De inbreng op zichzelf beschouwd is slechts een enkele transactie en behoudens de toepassing van artikel 4 lid 8 sub b Wet DB, waar mijns inziens doorgaans geen sprake van zal zijn, is daarmee niet voldaan aan het vereiste dat zich een samenstel van transacties moet voordoen. Uitkeringen door het APV maken dit naar mijn mening niet anders. Weliswaar bestaat noodzakelijkerwijs een bepaald verband tussen de inbreng en de uitkering, aangezien het laatste zich zonder het eerste niet kan voordoen, maar dat maakt nog niet dat sprake is van een samenstel als bedoeld in artikel 4 lid 7 Wet DB.
- Het is zeer de vraag of het door het APV ontvangen dividend in relevante zin ten goede is gekomen aan de inbrenger. Het kan uiteraard voorkomen dat het APV het dividend weer uitkeert aan de inbrenger, omdat deze tevens begunstigde is. In inkomstenbelastingcontext wordt het doen van uitkeringen door het APV ook beschouwd als tegenprestatie voor de inbreng.¹⁴⁷⁴ In de context van artikel 4 lid 7 Wet DB wordt evenwel vereist dat de tegenprestatie is verricht in samenhang met het dividend (bijvoorbeeld in de vorm van een dividendvervangende betaling¹⁴⁷⁵) en daar is naar mijn mening bij een uitkering door het APV in beginsel geen sprake van. De uitkering door het APV hangt veelal niet rechtstreeks samen met het door het APV ontvangen dividend, in die zin dat het dividend weliswaar de bron kan zijn waaruit de uitkering wordt gefinancierd, maar dat deze uitkering geen tegenprestatie is voor het in staat stellen van het APV om het dividend te ontvangen.
- Ten slotte moet de inbrenger zijn belang of een vergelijkbaar belang bij de aandelen behouden of verkrijgen en hier is bij een inbreng van de aandelen in het APV sec geen sprake van. Na de inbreng heeft de inbrenger noch juridisch, noch economisch een belang bij de ingebrachte aandelen behouden. Men kan hier wijzen op de doorwerking van de APV-regeling op grond van artikel 4 lid 8 sub c Wet DB. Dit brengt echter naar mijn mening niet met zich dat de inbrenger geacht

¹⁴⁷³ Dit is het enige onderdeel van de Wet DB waarin de APV-regeling doorwerkt.

¹⁴⁷⁴ HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3639, BNB 2007/18 (en 19) en HR 20 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY5991, BNB 2008/122.

¹⁴⁷⁵ Kamerstukken II, vergaderjaar 2001/2002, 27 896, nr. 5, pagina 4.

kan worden zijn belang behouden te hebben op een wijze die met zich brengt dat het APV geen uiteindelijk gerechtigde meer is: deze doorwerking impliceert dat alle transacties tussen de inbrenger en het APV genegeerd moeten worden, zodat het gevolg eerder is dat het APV niet door de uitzondering als uiteindelijk gerechtigde gediskwalificeerd wordt (zie ook hierna).

Kortom, als de positie van het APV getoetst wordt aan artikel 4 lid 7 Wet DB als zodanig, dient naar mijn mening in beginsel geconcludeerd te worden dat deze bepaling niet tot gevolg heeft dat het APV niet langer als uiteindelijk gerechtigde gezien kan worden.

De vraag is evenwel of de doorwerking van de APV-regeling op grond van artikel 4 lid 8 sub c Wet DB dit anders maakt. De parlementaire toelichting op deze bepaling is helaas uiterst summier en beperkt zich tot het volgende:

Om te voorkomen dat afgezonderde particuliere vermogens als bedoeld in de voorgestelde artikelen 2.14a en 10a.7 van de Wet inkomstenbelasting 2001 worden gebruikt om de werking van artikel 4, zevende lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965 te beperken, wordt voorgesteld een onderdeel aan artikel 4, achtste lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965 toe te voegen. Het voorgestelde onderdeel c van artikel 4, achtste lid, beoogt voor de toepassing van artikel 4, zevende lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965 door een afgezonderd particulier vermogen heen te kijken naar de achterliggende natuurlijke persoon aan wie de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven ingevolge de artikelen 2.14a en 10a.7 van de Wet inkomstenbelasting 2001 worden toegerekend.¹⁴⁷⁶

Deze toelichting verschaft weinig duidelijkheid. Naar mijn mening is de strekking van deze passage echter niet dat het APV per definitie wordt uitgesloten als uiteindelijk gerechtigde.¹⁴⁷⁷ Dat had aanmerkelijk eenvoudiger en minder cryptisch geregeld kunnen worden, door een bepaling in artikel 4 Wet DB op te nemen die dat met zoveel woorden regelt. Het per definitie uitsluiten van het APV impliceert bovendien dat zich de situatie voor kan doen dat er geen uiteindelijk gerechtigde is, aangezien er, behoudens in gevallen van dividendstripping door middel van een APV, geen andere persoon is aan te wijzen die als uiteindelijk gerechtigde aan te merken is. De begunstigden komen hiervoor niet in aanmerking, vanwege het ontbreken van een economisch belang bij het dividend.

De bepaling ziet in mijn ogen op de situatie dat er meer gebeurt dan alleen de inbreng van aandelen in een APV, de situatie waarin sprake is van een samenstel van transacties die als dividendstripping aangemerkt kan worden en waarbij de inbrenger zijn belang

1476 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 60.

1477 Marres en Niels menen op grond van deze bepaling dat het APV geen uiteindelijk gerechtigde kan zijn (zie Marres 2018, paragraaf 8.5.8 en B. Niels, NDFR (onderdeel Dividendbelasting), aantekening 7.15 bij artikel 4 Wet DB).

bij de desbetreffende aandelen behoudt via het APV. In een dergelijke situatie heeft de doorwerking van de APV-regeling meerwaarde, omdat zonder die doorwerking de toepassing van artikel 4 lid 7 Wet DB voorkomen zou kunnen worden, juist vanwege het discretionaire karakter van het APV. Overigens is het effect van deze bepaling mijns inziens dat het APV juist minder snel als uiteindelijk gerechtigde geweigerd zal worden, omdat transacties tussen APV en inbrenger worden genegeerd.¹⁴⁷⁸

14.5.2.1.3 Conclusie

Concluderend is het APV opbrengstgerechtigd tot het dividend. Het APV zou daarbij naar mijn mening ook, ondanks het ontbreken van een eigen economisch belang bij het dividend, als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt moeten worden. Het APV kan het dividend wel vrijelijk aanwenden voor de vervulling van zijn doelstelling. Daarnaast wordt zo voorkomen dat geheel geen sprake is van een uiteindelijk gerechtigde, omdat de begunstigten, vanwege het ontbreken van ieder economisch belang bij het dividend, ook niet als zodanig in aanmerking komen. De mijns inziens vrij cryptische regeling van artikel 4 lid 8 sub c Wet DB heeft daarbij mijns inziens tot gevolg dat het APV eerder als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt moet worden, dan dat deze bepaling aan een zodanige kwalificatie in de weg staat. Om in aanmerking te komen voor een teruggave van de dividendbelasting moet evenwel aan meerdere vereisten voldaan worden, waarvan de toepassing bij een APV tot problemen kan leiden.

14.5.2.2 Verrekening van dividendbelasting

Het is echter niet slechts de eventuele teruggave van dividendbelasting aan het APV die op complicaties stuit. Ook de verrekening van de dividendbelasting met de van de inbrenger geheven inkomstenbelasting roept vragen op. Artikel 9.2 Wet IB 2001 maakt de verrekening van de geheven dividendbelasting als voorheffing mogelijk. Wel is gezien lid 2 vereist dat de belastingplichtige (i) ten laste van wie de dividendbelasting is ingehouden (ii) de uiteindelijk gerechtigde is tot het dividend. Evenals in artikel 4 lid 7 Wet DB is slechts een (gelijkluidende) negatieve definitie gegeven, van wie geen uiteindelijk gerechtigde is. Met betrekking tot deze vereisten merk ik het volgende op:

- Het vereiste dat de dividendbelasting ingehouden moet zijn ten laste van de inbrenger wordt niet vervuld. De toerekening van artikel 2.14a Wet IB 2001 werkt

¹⁴⁷⁸ Auerbach (WFR 2010/6874, paragraaf 5.4) is eveneens van mening dat artikel 4 lid 8 sub c Wet DB buiten twijfel stelt dat een transactie tussen inbrenger en APV geen besmette transactie is in de zin van artikel 4 lid 7 Wet DB, omdat het APV voor toepassing van deze bepaling wordt weggedacht. Zie voorts Brandsma, Cursus Belastingdienst Div.bel. 2.2.0.D.n, die van mening is dat het negeren van het APV voor de toepassing van artikel 4 lid 7 Wet DB veelal tot gevolg heeft dat deze bepaling geen toepassing zal vinden.

zoals opgemerkt slechts in zeer beperkte mate door naar de Wet DB, zodat het APV de opbrengstgerechtigde is ten laste van wie de dividendbelasting wordt ingehouden. Hoewel het mij niet onredelijk voorkomt dat de inbrenger deze dividendbelasting kan verrekenen, vereist dit mijns inziens wel een aanvulling op artikel 9.2 Wet IB 2001, waarin geregeld wordt dat dividendbelasting ingehouden ten laste van een APV, in verband met dividend dat op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001 aan de belastingplichtige wordt toegerekend, tevens wordt aangemerkt als voorheffing voor de desbetreffende belastingplichtige.

- Voorts is vereist dat de inbrenger aangemerkt kan worden als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend. Als men de juridische en economische verhoudingen bekijkt, is hier bij een APV geen sprake van, vanwege het ontbreken van afdwingbare aanspraken. Desalniettemin valt er naar mijn mening wel wat te zeggen voor het standpunt dat de toerekening tot gevolg heeft dat de inbrenger als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend te gelden heeft, althans voor inkomstenbelastingdoeleinden. Consequentie van dit standpunt is wel dat er spanning ontstaat met het voor dividendbelastingdoeleinden als uiteindelijk gerechtigde aanmerken van het APV.

Gezien het voorgaande ben ik van mening dat het verrekenen van de dividendbelasting bij de inbrenger bij de huidige formulering van de wettekst niet mogelijk is. Duidelijker, maar ook niet volledig zeker, is het verzoeken om een teruggave door het APV.

14.5.2.3 Conclusie

Naar mijn mening zou de dividendbelasting, die is ingehouden op dividenden uitgekeerd aan het APV, eenmaal in aanmerking genomen moeten worden. Dit kan ofwel de vorm hebben van een teruggave aan het APV, ofwel de vorm van verrekening bij de inbrenger. Het effect van teruggave is niet hetzelfde als het effect van verrekening, zie paragraaf 14.5.2. Aangezien verrekening de belastingdruk bij de inbrenger, die mogelijk geen uitkering ontvangt om die belasting uit te betalen, mitigeert, heeft verrekening van de dividendbelasting mijn voorkeur. Bovendien kan zich bij teruggave aan het APV in geval van een buitenlandse inbrenger, die niet belastingplichtig is in Nederland, zonder nadere maatregel een heffingslek voordoen.

Niettegenstaande deze voorkeur concludeer ik dat bij de huidige stand van de wetgeving de teruggave van dividendbelasting aan het APV de aangewezen route is.¹⁴⁷⁹ Deze benadering is beter inpasbaar in de wettekst, die niet is aangepast om het eenmaal in aanmerking kunnen nemen van de dividendbelasting mogelijk te maken.

¹⁴⁷⁹ Als praktische benadering ligt overigens voor de hand om – uiteraard in alle openheid – zowel te verzoeken om teruggave aan het APV als verrekening bij de inbrenger, om de kans op het een maal in aanmerking kunnen nemen van de dividendbelasting te maximaliseren.

Desalniettemin bestaat er spanning tussen de wettekst en een teruggave aan het APV en kan zich bovendien de situatie voordoen dat het APV niet kan voldoen aan de voorwaarden voor teruggave, terwijl de inbrenger de dividendbelasting wel had kunnen verrekenen indien de aandelen niet waren ingebracht in het APV.

Voor zover als gevolg daarvan geen teruggave van dividendbelasting verkregen kan worden, noch verrekening van de dividendbelasting bij de inbrenger, terwijl de inbrenger bij het rechtstreeks houden van de aandelen deze verrekening wel gekregen had, is mijns inziens sprake van een knelpunt, omdat de inbreng in het APV niet fiscaal neutraal behandeld wordt. In paragraaf 15.9 bespreek ik een voorstel om dit knelpunt weg te nemen. Voorts ben ik van mening dat de huidige onduidelijkheid over het kunnen verkrijgen van een teruggave dan wel verrekening van dividendbelasting weggenomen dient te worden, welke benadering men ook kiest om deze belasting in aanmerking te kunnen nemen.

14.6 Invordering

Tot slot zal ik kort ingaan op een specifieke regeling voor de invordering van aan APV's gerelateerde belastingschulden, die gelijktijdig met de APV-regeling is ingevoerd. Artikel 23a Invorderingswet geeft de ontvanger een bijzonder verhaalsrecht voor zover aanslagen zijn opgelegd als gevolg van de toerekening van APV-vermogen op grond van artikel 2.14a Wet IB 2001. Verhaal is in dat geval tevens mogelijk op goederen van:

- het APV zelf; en
- een derde waarin het APV direct of indirect een belang heeft van 5% of meer. In dit laatste geval is het verhaal beperkt tot het belang van het APV in de desbetreffende entiteit.

In de parlementaire geschiedenis wordt de invordering van APV-gerelateerde belastingschulden omschreven als een drierapsraket: eerst wordt geprobeerd de belastingschuld te innen bij de inbrenger, voor zover dat niet slaagt bij het APV en voor zover invordering bij het APV niet slaagt bij entiteiten waarin het APV een belang heeft. De laatste mogelijkheid is met name bedoeld voor de situatie dat de inbrenger onvoldoende verhaal biedt en invordering bij het APV op praktische problemen stuit vanwege de vestiging van het APV in een jurisdictie waarin de invordering niet of moeilijk geëffectueerd kan worden. Indien het APV dan een belang heeft in bijvoorbeeld een Nederlandse BV, zou verhaal op het vermogen van de BV mogelijk zijn.¹⁴⁸⁰

¹⁴⁸⁰ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 60 – 62, alsmede Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 9, pagina 50 – 51 en pagina 83. Uit de wettekst volgt een bepaalde volgorde bij de invordering overigens niet.

Op deze regeling is van meerdere kanten kritiek gekomen, zoals de volgende:

- (a) De Raad van State achtte het verhaalsrecht onevenredig aan het te dienen belang en heeft geadviseerd om artikel 23a Invorderingswet te schrappen.¹⁴⁸¹ De vraag of de rechten van derden voldoende beschermd zijn komt ook op meerdere punten terug in de parlementaire geschiedenis, evenals de houdbaarheid van het verhaalsrecht in het licht van artikel 1 lid 1 Eerste Protocol EVRM.¹⁴⁸²
- (b) Vetter¹⁴⁸³ heeft meerdere aandachtspunten bij het verhaalsrecht, waaronder in hoeverre de derde, waarin het APV een belang heeft, indien deze geconfronteerd wordt met invordering door de ontvanger de mogelijkheid heeft om de onderliggende aanslag ter discussie te stellen, alsmede de belangen van (niet-gerelateerde) anderen die een belang hebben in de desbetreffende entiteit. Ook wijst hij op tekstuele onvolkomenheden, zoals het ontbreken van een toevoeging aan de wettekst dat het verhaal geen betrekking heeft op boetes (omdat verhaal hiervoor op het vermogen van een derde die geen verwijt treft niet mogelijk is) en het niet expliciet vermelden dat het verhaalsrecht ook op de schenk- en erfbelasting ziet. Voorts merkt hij op dat artikel 23a Invorderingswet in strijd kan zijn met artikel 1 lid 1 Eerste Protocol EVRM.
- (c) Feteris¹⁴⁸⁴ wijst onder meer op beperkingen die in de parlementaire geschiedenis gesuggereerd worden, maar niet in de wettekst tot uitdrukking zijn gebracht. Dit betreft een beperking van het verhaalsrecht tot de Nederlandse eigendommen van het APV en het vermogen van in Nederland gevestigde deelnemingen, alsmede de volgorde waarin invordering zou moeten plaatsvinden. Hij vindt de mogelijkheid van verhaal op het vermogen van een deelneming van het APV ook niet voor de hand liggen, vanwege onder meer de omstandigheid dat deze deelneming haar aandeelhouders en hun fiscale betalingsgedrag niet uitkiest.

Het lijkt mij inderdaad goed denkbaar dat toepassing van dit verhaalsrecht onredelijke gevolgen heeft, met name voor een deelneming van het APV of derden die tevens een belang in deze deelneming hebben. De praktische toepassing van het verhaalsrecht lijkt overigens in de praktijk tot dusver beperkt. Ik ben althans niet bekend met jurisprudentie met betrekking tot deze regeling.

1481 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 4, pagina 13.

1482 Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, pagina 82 – 83, evenals Kamerstukken II, vergaderjaar 2009/2010, 31 930, nr. 13, pagina 6 – 9.

1483 J.J. Vetter, Art. 23a Invorderingswet 1990 (nieuw); een zegen voor de fiscale procespraktijk, TFB 2009/07. Voor verdere details en de overige kritiekpunten zij verwezen naar dit artikel.

1484 M.W.C. Feteris, Nieuwe formeelrechtelijke verschijnselen in de schenk- en erfbelasting, in: Draaieirckels van formeelbelastingrecht, vriendenbundel R. Niessen, Sdu Amersfoort 2009, pagina 122 – 126.

14.7 Conclusie: toepassing APV-regeling bij vermogensbescherming

Als APV kwalificerende rechtsvormen bieden vanuit civielrechtelijk perspectief mogelijkheden om vermogen op afstand te zetten van de inbrenger en zijn erfgenamen. Zij hebben dan niet langer een concrete aanspraak op het ingebrachte vermogen, maar kunnen hier wel baat van hebben in de vorm van uitkeringen door het APV. De verschillende rechtsvormen die als APV kunnen kwalificeren kennen doorgaans een hoge mate van flexibiliteit, hetgeen hen geschikt maakt als beschermingsfiguur. Een vraag is wel in hoeverre de legitimarissen van de inbrenger met een beroep op hun legitieme portie de inbreng van vermogen in het APV gedeeltelijk teniet zouden kunnen doen.¹⁴⁸⁵ Het is echter in ieder geval mogelijk om een significant deel van het vermogen van de inbrenger onder te brengen in een APV als beschermingsfiguur.

Vanuit fiscaal perspectief zijn er echter meerdere belemmeringen, die aan het gebruik van een APV als beschermingsfiguur in de weg staan, ofwel omdat niet duidelijk is hoe de APV-regeling in een bepaalde situatie uitwerkt, ofwel omdat de inbreng in het APV niet fiscaal neutraal uitwerkt.

Als voornaamste, als knelpunt¹⁴⁸⁶ te beschouwen, onduidelijkheden kunnen de volgende aspecten genoemd worden:

- Het is niet duidelijk wie de inbrenger is, indien de persoon die inbrengt in gemeenschap van goederen is gehuwd. Mijns inziens zou dit uitsluitend de persoon moeten zijn die de inbrenghandeling verricht, maar volledig zeker is dit niet. Aangezien het toerekenen van het APV-vermogen aan meer dan één persoon tot verschillende complicaties kan leiden (zie ook hierna) zijn er potentieel nadelige consequenties indien toch aan beide echtgenoten toegerekend moet worden. Anders dan door het wijzigen van het huwelijksvermogensregime zou dit effect ook niet te voorkomen zijn. Overigens kan zich ook bij toerekening aan slechts de inbrengende echtgenoot onder omstandigheden belastingheffing voordoen.
- Artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 schrijft voor dat na het overlijden van de inbrenger toegerekend moet worden aan diens erfgenamen, in de verhouding waarin zijn verkrijger krachtens erfrecht zijn. Onduidelijk is of dit met zich brengt dat ook rekening gehouden dient te worden met legaten en lastbevoordelingen ontvangen door de erfgenamen.
- Een letterlijke lezing van de regeling voor onterfde erfgenamen van artikel 2.14a

1485 Zie paragraaf 8.6.

1486 Zoals beschreven in hoofdstuk 2.

lid 4 Wet IB 2001 leidt mijns inziens tot de conclusie dat de toerekening uitkomt op het erfdeel bij versterf, omdat iedere afwijking een gedeeltelijke onterving impliceert en in de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat ook een partiële onterving binnen het bereik van de regeling valt. Op zijn minst lijkt mij niet uit te sluiten dat dit de consequentie van de regeling is.

- Naast dit aspect is onduidelijk op welke basis toegerekend moet worden indien eenmaal is vastgesteld dat artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 van toepassing is. Een vergelijkbare vraag speelt overigens bij toerekening aan de begunstigten in geval van een onbekende inbrenger op grond van lid 5, alsmede bij een correctie van de toerekening op grond van de maatregel tegen “anti-fiscale” testamenten van lid 6.
- Het is niet volledig duidelijk of het tegenbewijs (alsnog) geleverd kan worden indien de erfgenaam begunstigde is geweest en op enig moment als zodanig geschrapt wordt. Mijns inziens zou dit overigens wel het geval moeten zijn, met dien verstande dat indien reeds sprake was van toerekening aan de desbetreffende erfgenaam het einde hiervan fiscale gevolgen kan hebben.
- Het is niet duidelijk hoe omgegaan moet worden met een APV dat deels discretionair en deels niet-discretionair is. De parlementaire geschiedenis hinkt hier op twee gedachten: enerzijds toerekening van het volledige vermogen en het in aanmerking nemen van een met de afdwingbare aanspraak corresponderende schuld en anderzijds het slechts toerekenen van APV-vermogen voor zover het APV discretionair is. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 15 april 2015, BNB 2015/152, weliswaar beslist dat bij een volledig niet-discretionaire entiteit geen toerekening plaatsvindt, maar dit laat de fiscale behandeling van een gedeeltelijk discretionair APV open. Overigens impliceert een sluitend systeem mijns inziens dat de eerste benadering gevolgd moet worden, omdat anders sprake is van een heffingslek.
- Het is niet volledig duidelijk of de APV-regeling van toepassing is op entiteiten waarbij ofwel de instelling van de entiteit, ofwel de inbreng van vermogen herroepelijk zijn.
- Het is niet duidelijk of toepassing van de APV-regeling leidt tot toerekening van vermogen of tot fiscale transparantie. In de parlementaire geschiedenis worden beide als synoniemen gebruikt, maar de fiscale gevolgen zijn niet in alle gevallen gelijk.
- Het is niet duidelijk in hoeverre er naast de APV-regeling nog ruimte is om entiteiten als fiscaal transparant aan te merken op grond van het in de

jurisprudentie ontwikkelde concept van het kunnen beschikken over het vermogen van die entiteit als ware het iemands eigen vermogen.

- Er is geen regeling in de Successiewet opgenomen voor de situatie dat een erfgenaam-begunstigde geschrapt wordt. Mijns inziens zou dan de toerekening moeten verschuiven naar de resterende erfgenaam-begunstigde, omdat degene die geschrapt is nu alsnog het tegenbewijs moet kunnen leveren. Er is echter geen aanknopingspunt voor de heffing van schenkbelasting in deze situatie. Naar mijn mening zou een regeling vergelijkbaar met artikel 53 SW, die de eerdere heffing van erfbelasting corrigeert naar de nieuwe situatie, echter niet onredelijk zijn. Het ontbreken van een dergelijke regeling is overigens niet zozeer een bezwaar voor de betrokkenen, als wel een punt waarop het systeem van de APV-regeling niet volledig sluitend is.

Naast deze onduidelijkheden is een aantal andere knelpunten te signaleren bij toepassing van de APV-regeling, indien men als uitgangspunt neemt dat de APV-regeling weliswaar bedoeld is om misbruik tegen te gaan, maar dat daarbij ook voorkomen zou moeten worden dat een verslechtering in de fiscale positie optreedt ten opzichte van de situatie waarin geen inbreng heeft plaatsgevonden:

- Toerekening van het APV-vermogen aan meerdere personen kan op verschillende wijzen fiscaal nadelig uitwerken:
 - o Bij meerdere inbrengers kan de inbreng leiden tot heffing van inkomstenbelasting, omdat de ene inbrenger geacht wordt een deel van de door hem ingebrachte vermogensbestanddelen aan de andere inbrenger te vervreemden. Dit zal met name spelen bij aanmerkelijkbelang aandelen.
 - o Indien iemand vermogen inbrengt in een reeds bestaand APV, waarvan het vermogen tot dat moment wordt toegerekend aan een ander, wordt het pro rata deel van het vermogen dat aan ieder van hen wordt toegerekend gebaseerd op de waarde van de inbreng respectievelijk de waarde van het APV-vermogen op het moment van de inbreng. Het is onduidelijk hoe in dit verband rekening gehouden moet worden met een afzondering van vermogen tegen de waarde in het economische verkeer en daarmee niet duidelijk wie na de tweede inbreng welk deel van het APV-vermogen en de inkomsten daaruit in zijn aangifte inkomstenbelasting moet verantwoorden. Deze onduidelijkheid werkt door in de schenken-erfbelastingevolgen.
 - o De uitkering van vermogen door het APV kan eveneens een belaste vervreemding zijn, van degene aan wie vermogen wordt toegerekend

aan degene die de uitkering ontvangt. Ook dit zal met name spelen bij aanmerkelijkbelangaandelen.

- o Uitkeringen kunnen ook op meer indirecte wijze leiden tot belastingheffing bij een persoon aan wie wordt toegerekend, maar die geen uitkering ontvangt. Dit is bijvoorbeeld het geval indien het APV een 100%-belang in een vennootschap houdt en zich een dividend laat uitkeren om de uitkering aan de begunstigde te financieren. Degene die geen uitkering ontvangt is wel inkomstenbelasting verschuldigd over een evenredig deel van de dividenduitkering.
- o Ten slotte worden uitkeringen gezien artikel 17 SW geacht schenkingen te zijn van degene(n) aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend. Stel dat dit twee personen zijn, die elk een even grote uitkering uit het APV ontvangen, dan leidt een letterlijke lezing van de wettekst tot de conclusie dat zij ieder 50% van hun uitkering onbelast van zichzelf ontvangen en 50% belast van de ander. Een redelijke uitkomst is mijns inziens dat er in dit geval geen heffing plaatsvindt. De staatssecretaris heeft in de parlementaire geschiedenis weliswaar gezegd dat ieder in een situatie als deze zijn eigen "aandeel" uit het APV kan halen, maar deze opmerking is dermate algemeen en geclausuleerd geformuleerd, dat ik betwijfel of hier vertrouwen aan ontleend kan worden. Ten minste is in een geval als dit niet uit te sluiten dat sprake is van belaste kruislingse schenkingen.
- Aan erfgenamen die slechts een afdwingbare aanspraak hebben jegens het APV, maar overigens geen begunstigde zijn van het discretionaire deel van het APV zal een deel van het APV-vermogen toegerekend worden. Hoewel duidelijk is dat zij van het toegerekende vermogen niets kunnen ontvangen, is der tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 dermate ruim geformuleerd, dat zij niet het tegenbewijs kunnen leveren.
- Sinds de wijziging van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 kan zich een samenloop van Nederlandse vennootschapsbelasting en Nederlandse inkomstenbelasting voordoen. Voor deze vennootschapsbelasting is er, in tegenstelling tot voor buitenlandse vennootschapsbelasting, geen mogelijkheid tot verrekening opgenomen in de wet, zodat dubbele heffing ontstaat.
- Tevens kan sprake zijn van een samenloop tussen Nederlandse dividendbelasting en Nederlandse inkomstenbelasting, terwijl er geen specifieke regeling is getroffen om deze weg te nemen. In het algemeen zijn de thans daartoe bestaande mogelijkheden verrekening met de inkomstenbelasting door de inbrenger of teruggave aan het APV. Verrekening zou daarbij mijn voorkeur

hebben, maar dit is mijns inziens zonder aanpassingen van de wettekst niet mogelijk. Teruggave van dividendbelasting aan het APV lijkt mij in beginsel wel verdedigbaar, maar ook dan kan zich, gezien de eisen die artikel 10 Wet DB stelt, zich de situatie voordoen dat het APV geen teruggave kan verkrijgen, terwijl de inbrenger de dividendbelasting wel had kunnen verrekenen indien de inbreng niet had plaatsgevonden. De inbreng werkt in dat geval niet fiscaal neutraal uit.

- Tot slot kan de APV-regeling tot praktische problemen leiden, zoals:
 - o De benodigde documentatie die artikel 4a lid 6 Uitvoeringsregeling IB 2001 voorschrijft voor het leveren van het tegenbewijs door erfgenamen impliceert dat het niet eenvoudig is om het tegenbewijs te leveren en is bovendien niet consistent met de veelvuldig in de parlementaire geschiedenis gemaakte opmerking dat voor het tegenbewijs de vrije bewijsleer geldt.
 - o Toepassing van de APV-regeling leidt tot de verschuldigdheid van belasting bij personen die geen uitkering krijgen om deze belasting uit te voldoen. Dit kan financiële problemen bij de persoon in kwestie tot gevolg hebben.
 - o Het APV bestaat reeds gedurende een langere tijd en de toerekening is meerdere malen verschoven naar de volgende generatie. Als gevolg daarvan vindt toerekening plaats aan een grote hoeveelheid personen, waarbij goed denkbaar is dat moeilijk of niet vast te stellen is welk percentage van het APV-vermogen precies aan ieder van hen toegerekend dient te worden. Na voldoende tijdsverloop wordt het waarschijnlijk zelfs problematisch om vast te stellen wie alle erfgenamen zijn aan wie toegerekend moet worden. De administratieve last hiervan, alsmede voor alle erfgenamen die een deel van het APV-vermogen in hun aangifte inkomstenbelasting moeten verantwoorden, om maar te zwijgen over alle “deelschenken” die in geval van een uitkering in aanmerking genomen moeten worden, is significant.

Deze opsomming is zonder enige twijfel niet uitputtend; mijn onderzoek bestrijkt ook niet alle mogelijke aspecten van de APV-regeling. Een punt waar bijvoorbeeld nog fiscale belemmeringen te verwachten zijn, is een verschil in uitgangspunt bij de fiscale behandeling van APV's in de Nederlandse en een buitenlandse wetgeving of verdragstoepassing die tot dubbele heffing c.q. het niet wegnemen daarvan leidt. Getuige de genoemde aspecten zijn er echter in een zuiver Nederlandse situatie al genoeg fiscale belemmeringen aanwezig.

Deze belemmeringen naar mijn mening geheel of nagenoeg geheel het gevolg van juridische onvolkomenheden in de wetgeving, met name (i) onduidelijkheid over de interpretatie (categorie 2(b)), (ii) onvolkomen aansluiting op de parlementaire geschiedenis (categorie 2(c)), (iii) ongerijmde dan wel te sterke gevolgen voor de belastingplichtige (categorie 3(a)) en (iv) leemten in de regeling (categorie 3(b)).¹⁴⁸⁷ De uit deze onvolkomenheden voortvloeiende knelpunten dienen mijns inziens te worden weggenomen. Hoewel de APV-regeling een antimisbruikbepaling is en daarmee samenhangt dat toepassing van deze regeling tot grotere mate van belastingheffing leidt, rechtvaardigt dit uiteraard niet het ontstaan van dubbele heffing. Voorts is op een groot aantal punten sprake van onzekerheid over hoe de regeling toegepast moet worden, hetgeen ook de goedwillende belastingplichtige met problemen opzadelt. Soms geeft de parlementaire toelichting enig inzicht in de bedoeling van de wetgever, maar veelal neemt ook deze toelichting niet alle onzekerheid weg. Bovendien is het weinig elegant om de regeling in feite in te vullen door middel van de parlementaire toelichting, in plaats van een sluitende regeling te maken, hetgeen ook de rechtszekerheid niet ten goede komt.

Derhalve dient de wetgever naar mijn mening de genoemde onduidelijkheden weg te nemen door een keuze te maken voor een bepaalde benadering en deze vervolgens neer te leggen in de wetgeving.¹⁴⁸⁸ In de onderdelen van dit hoofdstuk waarin deze onduidelijkheden besproken worden, heb ik ook reeds de door mij voorgestane benadering toegelicht. Voorts dienen de hiervoor genoemde knelpunten te worden weggenomen, zodat recht gedaan wordt aan alle betrokken belangen: een APV kan niet gebruikt worden om belasting te ontwijken, maar anderzijds moet het wel gebruikt kunnen worden om voor het – legitieme – doel om het familievermogen te beheren en te verdelen. In hoofdstuk 15 bespreek ik hoe deze knelpunten naar mijn mening opgelost kunnen worden.

Volledigheidshalve zij ten slotte opgemerkt dat de APV-regeling ook niet in alle situaties voorkomt dat afgezonderd vermogen gedeeltelijk buiten de belastingheffing blijft. Dit wordt veroorzaakt doordat bij een entiteit zonder discretionaire elementen gezien HR 10 april 2015, BNB 2015/152, geen toerekening op grond van de APV-regeling plaatsvindt. De afdwingbare aanspraken jegens de entiteit worden uiteraard wel als zodanig in de heffing betrokken. Indien als gevolg van voorwaarden of tijdsbepalingen de waarde van deze aanspraken bij elkaar lager is dan de waarde van het ingebrachte vermogen en deze residuwaarde ook niet aan iemand wordt toegerekend, dan blijft een deel van de waarde gedurende een bepaalde tijd buiten de belastingheffing.¹⁴⁸⁹ In zoverre blijft zwevend vermogen dus onder omstandigheden mogelijk.

1487 Onvolkomenheden in de wetgeving zijn gedefinieerd en gecategoriseerd in hoofdstuk 2.

1488 Verduidelijking van de onduidelijkheden in de APV-regeling zou deels wellicht ook kunnen plaatsvinden in een beleidsbesluit of aanpassing van artikel 4a Uitvoeringsregeling IB 2001. Overigens zijn de geconstateerde onvolkomenheden mijns inziens dermate fundamenteel van aard, dat deze zich slechts lenen voor oplossing door middel van een wijziging van de wet.

1489 Zie nader paragraaf 14.3.7.1.



15

Fiscale knelpunten bij vermogensbescherming

15 Fiscale knelpunten bij vermogensbescherming

15.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op de eerder gesignaleerde fiscale knelpunten (zoals omschreven in hoofdstuk 2) bij de drie besproken beschermingsfiguren. Van een knelpunt is in mijn ogen allereerst sprake, indien de toepassing van een beschermingsfiguur er ten opzichte van de “reguliere” situatie, waarin van de beschermingsfiguur geen sprake is, meer belasting verschuldigd is. Daarnaast kan mijns inziens ook sprake zijn van een knelpunt indien de fiscale behandeling van de situatie met beschermingsfiguur onduidelijk is, althans in die mate dat dit belastingplichtigen ervan kan weerhouden om deze figuur toe te passen. Ook kan de complexiteit van een regeling onder omstandigheden een knelpunt vormen, zodat een zo eenvoudig mogelijke benadering in beginsel de voorkeur heeft.

Voor een dergelijk knelpunt kunnen meerdere redenen zijn, die ook een rechtvaardiging kunnen vormen voor het ontbreken van een (volledig) fiscaal neutrale behandeling van een rechtsfiguur. Een rechtvaardiging zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat een fiscaal neutrale inpassing van de rechtsfiguur te zeer inbreuk zou maken op het doel van de desbetreffende fiscale regeling, zoals het antimisbruikarakter van het APV-regeling. Een knelpunt kan echter ook veroorzaakt worden door onvolkomenheden in de fiscale wetgeving, in welk geval een rechtvaardiging voor het knelpunt naar mijn mening ontbreekt.

Hierna ga ik derhalve per knelpunt allereerst in op de vraag of dit veroorzaakt wordt door een onvolkomenheid in de desbetreffende fiscale regeling en voorts, voor zover naar mijn mening sprake is van een dergelijke onvolkomenheid, doe ik een aanbeveling voor aanpassing van de regelgeving. Ik beperk mij daarbij, zoals besproken in hoofdstuk 2, tot onvolkomenheden van juridische aard.¹⁴⁹⁰

15.2 Certificering en waardering

Een potentieel knelpunt is de waardering van certificaten. Algemeen heb ik waardering behandeld in paragraaf 13.2.2 en voor specifieke heffingen in paragrafen 13.4.1.6 (box 2), 13.4.2.5, (box 1) en 13.4.3.2 (box 3). Mijn conclusie is voor de inkomstenbelasting in essentie dat een onderscheid gemaakt dient te worden tussen certificaten die de houder ervan de economische eigendom verschaffen en certificaten die dit niet doen.

In het eerste geval wordt de certificaathouder in fiscale context (althans voor de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en heffing van schenk- en erfbelasting)

¹⁴⁹⁰ Zoals gecategoriseerd in hoofdstuk 2.

behandeld als ware hij de rechthebbende op het gecertificeerde vermogen. Als gevolg daarvan kan bijvoorbeeld afgeschreven worden op de desbetreffende goederen. Dit betekent evenwel ook dat voor de waardering niet het certificaat in aanmerking wordt genomen, maar het gecertificeerde vermogen. Een eventueel waardedrukkende effect van de beperkingen die certificering met zich brengt blijft dan buiten beschouwing. Indien evenwel geen sprake is van economische eigendom, is het economische belang van de certificaathouder bij het gecertificeerde vermogen onvoldoende om hem als fiscale eigenaar daarvan te zien. In dat geval moet het certificaat gewaardeerd worden en komt een eventueel waardedrukkend effect wel tot uitdrukking in de waardering.

De vraag is of in dit geval sprake is van een knelpunt. Ik ga daarbij eerst in op certificaten die economische eigendom verschaffen en daarna op certificaten zonder economische eigendom.

15.2.1 Certificaathouder is economisch eigenaar

In dit geval wordt met een eventueel waardedrukkend effect van certificering geen rekening gehouden. Overigens zal hiermee buiten fiscale context wel rekening gehouden worden, aangezien bijvoorbeeld een koper de uit de administratievoorwaarden voortvloeiende beperkingen wel mee zal nemen in de prijs die hij bereid is om voor de certificaten te betalen. In hoeverre sprake is van een verschil in waardering tussen de certificaten en het gecertificeerde vermogen, hangt sterk af van de omstandigheden en ook van de plaats die de certificaten en het gecertificeerde vermogen in het vermogen van de certificaathouder (zouden) innemen. Indien in beide gevallen sprake is van een belegging, is bijvoorbeeld het waardedrukkende effect van certificering geringer, dan wanneer een meerderheidspakket aandelen gecertificeerd is.

De vraag is vervolgens of het in fiscale context negeren van een dergelijk waardeverschil als een knelpunt beschouwd dient te worden. Mijs inziens is dit niet het geval, om een aantal redenen:

- (a) De omstandigheid dat de certificaathouder als fiscale eigenaar van het gecertificeerde vermogen beschouwd wordt, is gebaseerd op het feit dat hem het volledige economische belang bij dat vermogen toekomt. Op enig moment zal hij dus ook de waarde van dit onderliggende vermogen kunnen realiseren, zij het doorgaans niet onmiddellijk. Bij certificering als beschermingsfiguur ligt althans voor de hand dat de certificaathouder beperkt zal zijn in zijn mogelijkheden om zijn certificaten direct te verzilveren.
- (b) Er staan ook fiscale faciliteiten en toepassing van vrijstellingen tegenover de hogere in aanmerking te nemen waarde. Voor wat betreft dat laatste impliceert een coherent systeem althans dat dat zo zou moeten zijn. Voor box 3 luidt

het beleid van de staatssecretaris echter anders: hij is van mening dat de box 3-vrijstellingen niet van toepassing zijn met betrekking tot certificaten. Indien sprake is van economische eigendom, zou dit naar mijn mening echter wel het geval moeten zijn.¹⁴⁹¹

- (c) Het negeren van het waardeverschil kan gezien worden als een nadeel, maar ten opzichte van de situatie waarin niet gecertificeerd is, is daar geen sprake van. In zoverre is dus geen sprake van een knelpunt: omdat de positie niet fiscaal nadeliger wordt, is daarin geen reden gelegen om de insteller van de certificering van vermogen te weerhouden. Het is uiteraard niet nodig dat men met een beschermingsfiguur, die primair civielrechtelijk gemotiveerd is, ook een fiscaal voordeel zou moeten kunnen behalen.

Een knelpunt lijkt mij wél, dat de certificaathouder mogelijk belasting moet betalen over een waarde die hij niet direct kan realiseren. Dit speelt bij forfaitaire heffing van box 2 en box 3, overigens is de heffing gekoppeld aan daadwerkelijke inkomsten c.q. vervreemdingswinsten en niet aan de waarde als zodanig. Het moeten betalen van belasting zonder dat men de middelen daartoe verkrijgt is echter een ander vraagstuk dan de waardering als zodanig. Voorts kan de situatie van belastingheffing zonder concrete inkomsten om deze uit te voldoen zich ook in andere situaties voordoen, zoals realisatie door de STAK die bij de certificaathouder tot belastingheffing leidt zonder dat uitkering van die inkomsten aan de certificaathouder plaatsvindt. Dit knelpunt, alsmede een voorstel voor een oplossing daarvan, worden besproken in paragraaf 15.3.3.

Volledigheidshalve merk ik op dat mijns inziens bij een APV de waardering evenmin een knelpunt vormt. Als gevolg van de toerekening wordt de belastingheffing in dit geval ook gebaseerd op de waarde in het economische verkeer. Het is ook in deze situatie echter naar mijn mening niet zozeer de waarde, waartegen het vermogen in de heffing betrokken wordt, die een probleem kan vormen, als wel de omstandigheid dat de begunstigde van het APV belasting moet betalen zonder (ooit) de beschikking te krijgen over middelen om deze belasting te voldoen. Op dit punt ga ik nader in in paragraaf 15.3.4. Iets vergelijkbaars geldt ten slotte voor een bewind: hieraan komt geen waardedrukkend effect toe, maar aangezien de heffing ook niet zwaarder wordt, is naar mijn mening geen sprake van een knelpunt.¹⁴⁹² In het laatste geval is de rechthebbende bovendien ook volledig gerechtigd tot de waarde van het onder bewind gestelde goed, maar is hij beperkt in zijn mogelijkheden om hierover te beschikken.

Overigens merk ik voor de volledigheid op, dat de jurisprudentie inzake de waardering van certificaten met name betrekking heeft op de vraag in hoeverre certificering een waardedrukkend effect heeft en de vraag welke waarderingsmethode moet worden

1491 Zie nader paragraaf 15.4.

1492 Zie paragraaf 12.2.

toegepast, maar niet zo zeer de vraag of sprake is van economische eigendom en, zo ja, hoe dit de waardering beïnvloedt.

15.2.2 Certificaathouder is geen economisch eigenaar

In de situatie waarin de certificaathouder geen economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen, moet voor de belastingheffing worden aangeknoopt bij het certificaat. Het certificaat is dan ook hetgeen gewaardeerd moet worden en de daaraan verbonden beperkende voorwaarden kunnen dan doorwerken in de waardering. Een waardeverschil zoals besproken bij de certificaathouder met economische eigendom doet zich niet voor en derhalve is geen sprake van een knelpunt.

De andere kant op redenerend kan met zich afvragen in hoeverre er een bezwaar tegen kan bestaan dat aldus door het in het leven roepen van certificering de waarde die in de belastingheffing betrokken kan worden afneemt; vanuit een zeker perspectief verdampt er waarde, die weer herleeft op het moment dat de certificering beëindigd wordt. Dit lijkt mij overigens evenmin een bezwaar, als dat sprake is van een knelpunt. De waarde die aan de belastingheffing ten grondslag ligt is weliswaar mogelijk iets lager, maar deze stemt overeen met hetgeen de certificaathouder in economische zin kan realiseren. De (grotere) waarde van het onderliggende vermogen in de heffing betrekken, betekent iets belasten dat, althans vanuit het perspectief van de certificaathouder niet bestaat.¹⁴⁹³ Rechtshandelingen ter zake van vermogensbestanddelen kunnen overigens in meer situaties tot gevolg hebben dat de totale belaste waarde toe- of afneemt; zo zal een aanmerkelijkbelangpakket van 100% een hogere waarde kunnen hebben dan tien pakketten van 10% tezamen.

Overigens hoeft het niet steeds zo te zijn dat de waarde die niet neerslaat bij de certificaathouder ook niet bij een ander belast is. Wellicht niet veel voorkomend, maar wel denkbaar is dat een deel van het economische belang toekomt aan een ander. In dat geval is dat deel van het economische belang belastbaar bij deze ander, waarbij het van diens fiscale positie afhangt of daadwerkelijk sprake is van belastingplicht. De totaal in potentie te belasten waarde neemt pas af indien een deel van het economische belang niet belast kan worden bij de certificaathouder, maar ook niet bij een ander. In zoverre zou men kunnen zeggen dat het vermogen fiscaal zweeft, gelijk bij APV's het geval was voor invoering van de APV-regeling.

In dat laatste verband rijst de vraag wanneer sprake is van zodanig restrictieve administratievoorwaarden, dat de certificaathouder niet meer geacht kan worden het volledige economische belang te hebben, terwijl het ook niet zo is dat een deel van dit belang toekomt aan een andere persoon. Vooropgesteld zij, dat het mijns inziens

¹⁴⁹³ Waar dat wel het geval is bij de certificaathouder met economische eigendom, aangezien die het volledige economische belang heeft.

niet mogelijk is om hele concrete uitspraken hierover te doen, gezien de veelheid aan mogelijke administratievoorwaarden en de diversiteit aan benaderingen die daarbij gekozen kunnen worden. Uiteindelijk zal per geval beoordeeld moeten worden of nog gezegd kan worden dat de certificaathouder het volledige economische belang heeft of niet. Ik ben evenwel van mening dat er situaties kunnen zijn waarin het certificaat de houder hiervan weliswaar een aanspraak verschaft om (op enig moment) de waarde van het gecertificeerde vermogen te ontvangen, alsmede alle daaruit voortgekomen inkomsten, maar dat de voorwaarden waaronder de aanspraak gerealiseerd kan worden dermate restrictief zijn, dat niet meer gesproken kan worden van het volledige economische belang. In zijn meest restrictieve vorm zou men tot een certificaat kunnen komen dat (i) niet-royeerbaar is, (ii) onoverdraagbaar is en (iii) waarbij de beslissing om uitkeringen van inkomsten te doen geheel in handen van het bestuur van de STAK ligt, terwijl (iv) de invloed van de certificaathouder op de organisatie van de STAK zo beperkt mogelijk is. Ik kan mij voorstellen dat een dergelijk certificaat (nagenoeg) geen waarde in het economische verkeer heeft, althans niet meer dan een fractie van de waarde van het gecertificeerde vermogen. Voorts ben ik van mening dat, hoewel het in theorie wellicht zo is dat de waarde van het gecertificeerde vermogen op enig moment op de certificaten uitgekeerd zal worden, de aan de certificaten verbonden beperkingen zodanig zijn, dat degene die op een specifiek moment certificaathouder is niet langer geacht kan worden het volledige economische belang te hebben. De invloed van anderen op het al dan niet kunnen realiseren van dit belang is daarvoor te groot.¹⁴⁹⁴ Waar precies het punt ligt waarop deze invloed niet meer in de weg staat aan het volledige economische belang, is evenwel moeilijk te zeggen. Mijns inziens hoeft dit nog niet zo te zijn indien de royeerbaarheid van de certificaten beperkt of uitgesloten is en de STAK geen onmiddellijke doorstootverplichting heeft, afhankelijk van de andere voorwaarden van certificering.¹⁴⁹⁵

15.2.3 Waardering in de context van de Successiewet

Voor de toepassing van de Successiewet is, zoals in paragraaf 13.5.2 opgemerkt, niet duidelijk of de omstandigheid dat de certificaathouder economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen van invloed kan zijn op de waardering van de certificaten. Enerzijds kan men betogen dat de Successiewet nauw aansluit bij het civiele recht, dat een formelere benadering kent. Anderzijds is het concept van economische eigendom wel toegepast door de Hoge Raad voor het bepalen óf er een verkrijging heeft plaatsgevonden en daarmee naar mijn mening consistent om hiermee dan ook rekening te houden voor de bepaling van de omvang van die verkrijging. Totdat de Hoge Raad zich hierover uitspreekt, is dit niet duidelijk.

1494 Daarnaast rijst de vraag of certificaten met dermate beperkende voorwaarden nog als maatschappelijk aanvaardbaar beschouwd kunnen worden. Naar mijn mening is dit niet het geval, zie nader paragraaf 7.14.3.

1495 Zie nader paragraaf 13.3.1.

Deze onduidelijkheid kan men als een knelpunt zien, dat ook weggenomen kan worden doordat de wetgever een regeling treft voor de waardering van certificaten voor toepassing van de Successiewet. Een benadering daarbij is om ook in deze context (in elk geval) bij economische eigendom voor zowel de waardebepaling als de toepasselijke waarderingsmaatstaf aan te sluiten bij het gecertificeerde vermogen, in plaats van het certificaat. Overigens vloeit de belemmering in dit geval niet zo zeer voort uit een onvolkomenheid in de wetgeving, als wel uit de omstandigheid dat de reikwijdte van het concept economische eigendom en de daarmee samenhangende consequenties, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie, nog onvoldoende duidelijk is. Desalniettemin zou het naar mijn mening behulpzaam zijn als de wetgever deze onduidelijkheid zou oplossen.

15.3 Genietingsmoment bij dooruitkering in ander jaar

Er kan zich, indien de certificaathouder niet tevens economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is, een mismatch voordoen tussen het genietingsmoment (of realisatiemoment) van de certificaathouder en het genietingsmoment van de STAK¹⁴⁹⁶. Dit speelt met name in box 2, zowel bij vervreemdingsvoordelen als reguliere voordelen, als bij certificaten van ter beschikking gesteld vermogen. Bij box 3 speelt het moment van realisatie uiteraard geen rol en bij de overige onderdelen van box 1 die ik behandeld heb¹⁴⁹⁷ kunnen de certificaten slechts in box 1 vallen indien wel sprake is van economische eigendom. In deze paragraaf ga ik allereerst in op de problematiek die in dit verband speelt en schets ik vervolgens een oplossingsrichting.

15.3.1 Problematiek bij uiteenlopen genieting door STAK en door certificaathouder

Het probleem is in de kern het volgende. Het is mogelijk dat de STAK op enig moment aanmerkelijkbelangaandelen vervreemdt, zonder dat deze vervreemding aan de certificaathouder toegerekend kan worden of dat bij de certificaathouder sprake is van een fictieve vervreemding. Ook kan zich de situatie voordoen dat de STAK een dividend ontvangt of een voordeel met betrekking tot een ter beschikking gesteld vermogensbestanddeel, zonder dat zich voor de certificaathouder een genietingsmoment respectievelijk realisatiemoment voordoet. Ik neem hierbij steeds aan dat de STAK de verkoopopbrengst niet in het jaar van vervreemding doorbetaalt aan de certificaathouder.

In deze gevallen rijst allereerst de vraag op welk moment zich ten aanzien van

1496 Indien de certificaathouder wel de economische eigenaar is, doet deze problematiek zich naar mijn mening niet voor, omdat de realisatie/de vervreemding/het genietingsmoment zich bij de certificaathouder op hetzelfde moment voordoet als bij de STAK, ongeacht of een dooruitkering plaatsvindt. Voor een nadere toelichting zij verwezen naar de in de navolgende voetnoten genoemde paragrafen.

1497 Zie paragraaf 13.4.2.

de certificaathouder het belastbare feit voordoet, het moment van genieting c.q. realisatie door de STAK of pas het latere moment van daadwerkelijke dooruitkering van het ontvangen inkomen door de STAK aan de certificaathouder. In geval van vervreemdingsvoordelen en reguliere voordelen is er naar mijn mening in principe¹⁴⁹⁸ geen aanknopingspunt voor heffing op het moment dat de STAK vervreemdt of dividend geniet, zodat de heffing bij de certificaathouder eerst kan plaatsvinden op het moment dat het inkomen daadwerkelijk aan hem wordt uitgekeerd.¹⁴⁹⁹ In het geval van de terbeschikkingstellingsregeling valt, gezien de ruime definitie van het ter beschikking stellen van vermogen in de artikelen 3.91 en 3.92 Wet IB 2001, enerzijds te betogen dat het realisatiemoment van de certificaathouder wel samenvalt met dat van de STAK, maar anderzijds ook dat de certificaathouder pas realiseert op het moment dat de STAK het inkomen aan hem dooruitkeert.¹⁵⁰⁰

Indien het belastbare feit zich voor de certificaathouder niet voordoet op het moment dat de STAK de inkomsten geniet, doen zich bovendien twee vervolgvragen voor. Allereerst is dit de vraag in hoeverre zich in de periode tussen het moment van genieten door de STAK en het moment van dooruitkeren aan de certificaathouder een wijziging in de fiscale aard van het gecertificeerde vermogen voordoet. Om een voorbeeld te geven: de STAK heeft aanmerkelijkbelang aandelen en verkoopt deze. De verkoopopbrengst wordt niet direct uitgekeerd aan de certificaathouder, maar liquide aangehouden. In handen van de certificaathouder zouden deze liquide middelen in box 3 vallen. Valt het certificaat, althans voor zover het op de liquide middelen ziet, nu ook in box 3, of blijft het vooralsnog box 2-vermogen¹⁵⁰¹, omdat zich bij de certificaathouder nog geen realisatie van de box 2-claim heeft voorgedaan? Daarnaast de vraag op welke wijze de belastingheffing bij de certificaathouder in deze tussenperiode plaatsvindt. Zo is een benadering dat het vermogen box 2-vermogen blijft, met als consequentie dat het tot het moment van uitkering buiten de belastingheffing zou blijven, of dat het wel naar box 3 gaat, waarmee zich de vraag voordoet of dan bij latere uitkering nog in box 2 geheven kan worden over de verkoopwinst. Zo zijn meerdere verschillende benaderingen denkbaar, zonder dat duidelijk is welke de juiste is (zie nader paragraaf 15.3.2).

Hoewel deze problematiek in de praktijk vermijdbaar is door ofwel zodanige administratievoorwaarden op te stellen dat de certificaathouder wel de economische eigendom van het gecertificeerde vermogen heeft, ofwel er zorg voor te dragen dat inkomsten in hetzelfde jaar door de STAK worden uitgekeerd, zullen deze oplossingen

1498 Bepaalde uitzonderingen zijn denkbaar, zoals een handelen van de certificaathouder dat leidt tot toerekening van de vervreemdingshandeling aan hem, een gebeurtenis die op grond van artikel 4.16 Wet IB 2001 direct een fictieve vervreemding voor de certificaathouder vormt of certificaten van aandelen in een laagbelaste beleggingsvennootschap in de zin van artikel 4.14 Wet IB 2001, zodat sprake is van een forfaitair rendement in box 2.

1499 Zie nader paragraaf 13.4.1.5.1 inzake vervreemdingsvoordelen en paragraaf 13.4.1.5.2 inzake reguliere voordelen.

1500 Ik verwijs naar paragraaf 13.4.2.4.

1501 Dan wel box 1-vermogen, in geval van de terbeschikkingstellingsregeling.

niet altijd haalbaar of wenselijk zijn (met name de directe dooruitkering kan op bezwaren stuiten). Ook is waarschijnlijk dat de uitvoering in bepaalde situaties eenvoudigweg niet goed zal gaan. Mijns inziens is door deze onduidelijkheid derhalve weldegelijk sprake van een knelpunt. Men kan dit knelpunt zien als zijnde veroorzaakt door een leemte in de wetgeving¹⁵⁰², omdat artikelen 4.43 en 4.46 Wet IB 2001 weliswaar het genietingsmoment voor reguliere voordelen respectievelijk vervreemdingsvoordelen regelen, maar niet voorzien in de situatie waarin de belastingplichtige een economisch belang heeft bij een door een ander, de STAK, gerealiseerde winst, zonder dat zich voor de belastingplichtige een genietingsmoment voordoet.

Het zou daarom goed zijn indien duidelijkheid gecreëerd werd over de wijze waarop deze vragen beantwoord dienen te worden. In de paragraaf hierna schets ik de wijze waarop een en ander naar mijn mening benaderd zou kunnen worden.

15.3.2 Belastingheffing bij en verhaalsrecht voor de certificaathouder

In paragraaf 13.4.1.5.1 heb ik een aantal mogelijke benaderingen weergegeven, wijzen waarop de heffing zou kunnen verlopen indien de certificaathouder geen economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is en de STAK de door haar ontvangen inkomsten niet direct, althans in hetzelfde kalenderjaar, uitkeert aan de certificaathouder. Samengevat zijn dit de volgende benaderingen, met de aan iedere benadering klevende bezwaren:

- (a) De certificaathouder wordt toch belast op het moment dat de STAK realiseert, vervreemdt of haar genietingsmoment heeft. In elk geval in het kader van de aanmerkelijkbelangregeling biedt de wet naar mijn mening echter geen ruimte voor deze benadering.
- (b) Tot het moment van uitkering aan de certificaathouder, worden de inkomsten in box 3 belast (aannemend dat deze niet zijn omgezet in vermogen dat in een andere box valt). Op het moment van uitkering worden de inkomsten alsnog in box 1 of 2 belast. Bezwaar tegen deze benadering is dat de volgtijdelijkheid van de heffing afwijkt van de gebruikelijke situatie: gerealiseerde inkomsten passeren eerst de poort van heffing in box 1 of 2 en worden vervolgens belast in de box waar zij dan thuishoren. Bij deze benadering wordt de volgorde evenwel omgekeerd.
- (c) Men neemt aan dat de inkomsten hun box 1 of box 2-karakter behouden tot het moment van uitkering. Dan vindt heffing in de desbetreffende box plaats en gaan de inkomsten naar box 3. Deze benadering leidt evenwel tot een heffingslek,

1502 Oftewel een onvolkomenheid in categorie 3(a).

omdat er in de periode tot uitkering niet geheven wordt, hoogstens over de rendementen die met de nog opgepotte inkomsten behaald worden.

- (d) Er vindt geen box 2-heffing plaats, aangezien (i) op het moment dat de STAK aanmerkelijkbelangaandelen vervreemdt de certificaathouder dat niet doet en (ii) op het moment dat de uitkering plaatsvindt, geen sprake meer is van een vervreemding. Gezien de ruimere formulering ter zake lijkt deze benadering mij overigens minder goed toepasbaar in geval van de terbeschikkingstellingsregeling of bij reguliere voordelen. In dit geval gaan de inkomsten direct naar box 3, zonder belastingheffing. In dit geval is uiteraard ook het bezwaar dat een heffingslek optreedt.
- (e) De inkomsten behouden zelf hun box 1/box 2-karakter, maar de rendementen daaruit worden belast in box 3. Het probleem met volgtijdelijkheid zoals bij (b) speelt dat niet, maar er is wel weer sprake van een heffingslek, doordat het nominale bedrag van de inkomsten tot het moment van uitkering buiten de heffing blijft.

Aangezien alle genoemde benaderingen op één of meerdere bezwaren stuiten, dient een sluitende oplossing naar mijn mening anders te luiden. Een systeem waarbij de heffing bij de certificaathouder wordt uitgesteld tot het moment dat die geniet, terwijl tegelijkertijd het vermogen wel in de relevante box in aanmerking genomen wordt, leidt mijns inziens tot een moeilijk werkbare hybride vorm van heffing. Het uitstel in zichzelf is niet onredelijk, maar men heeft dan een tussentijdse vorm van heffing nodig, om een heffingslek te voorkomen. Anders wordt het wel heel eenvoudig om inkomstenbelasting te ontwijken. Qua volgtijdelijkheid is dit evenwel problematisch en het roept ook andere vragen op, bijvoorbeeld of bij de tussentijdse heffing rekening gehouden wordt met de latente belastingschuld in box 2 of niet. Indien men – zonder certificering – aanmerkelijkbelangaandelen zou verkopen, zou het ook de opbrengst na belastingheffing zijn die vervolgens deel gaat uitmaken van het box 3-vermogen. In die parallel is aftrek van de latente belastingschuld, al dan niet contant gemaakt tegen een voorgeschreven percentage, niet onredelijk. Anderzijds is de facto natuurlijk niet betaald, zodat met het desbetreffende vermogen rendement gegenereerd kan worden. Dat kan zich echter oplossen in de contantmaking. Hoe dan ook wordt een dergelijk systeem complex en in de volgtijdelijkheid van de heffing kan men een fundamenteel probleem zien, gezien de afwijking van het gebruikelijke systeem. In elk geval het eerste is in mijn ogen een zwaar wegend bezwaar.

Een alternatief is regelen dat een certificaathouder per definitie geacht wordt te genieten op het moment dat de STAK dat doet. Met andere woorden: men rekent het realisatie-, vervreemdings- of genietingsmoment van de STAK toe aan de certificaathouder, ongeacht of hij economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is of niet.

Waar er bij de terbeschikkingstellingsregeling enige ruimte is om deze benadering in de wettekst te lezen, is deze ruimte er mijns inziens bij de aanmerkelijkbelangregeling niet. Bovendien bestaat ook bij de terbeschikkingstellingsregeling niet meer dan deze ruimte voor argumentatie van de desbetreffende strekking, en duidelijkheid lijkt mij zeer gewenst. Voor beide regelingen zou dit derhalve geregeld moeten worden, hetgeen een wijziging van de wet vereist.

Hoewel deze benadering het voordeel heeft van eenvoud, is er ook een duidelijk bezwaar: indien bij de certificaathouder belastbare inkomsten in aanmerking worden genomen terwijl hij nog geen uitkering van de STAK ontvangt, moet hij belasting betalen zonder de beschikking te hebben gekregen over de daarvoor benodigde liquiditeiten. Los van het algemene bezwaar daartegen, kan dit de certificaathouder in financiële problemen brengen, zeker indien het gecertificeerde vermogen qua omvang relatief groot is in vergelijking met het eigen vermogen van de certificaathouder, of dit eigen vermogen zelfs (ver) overstijgt. Men zou, zoals reeds opgemerkt, kunnen vertrouwen op degene die certificeert om hiervoor in de administratievoorwaarden een regeling te treffen. Aangezien goed denkbaar is dat een dergelijke regeling – al dan niet bewust – achterwege gelaten wordt, lijkt mij dit echter een weinig bevredigende oplossing.

De certificaathouder wordt beter beschermd door de STAK te verplichten om op enige wijze de verschuldigde inkomstenbelasting voor de certificaathouder te betalen, dan wel een bedrag van deze grootte aan hem te vergoeden. Tegen deze benadering zijn twee bezwaren aan te voeren: (i) het treedt in de contractsvrijheid tussen partijen en (ii) een dergelijke verplichting hoort thuis in het civiele recht en niet in het fiscale recht. Met betrekking tot het laatste merk ik voorts op dat, aangezien certificering niet wettelijk geregeld is, er ook geen “natuurlijke” plek in het civiele recht is om een dergelijke verplichting voor de STAK op te nemen.

Desalniettemin lijken dergelijke bezwaren mij niet onoverkomelijk. In het algemeen treedt de wetgever met regelmaat in de contractsvrijheid tussen partijen, ter bescherming van de zwakste van hen. Ook het bieden van bescherming van de certificaathouder is, hoewel geen algemene regeling voor certificering bestaat, niet vreemd aan het systeem.¹⁵⁰³ Een bijzonderheid in dit geval is eerder dat de bescherming van de certificaathouder zich mede op het fiscale vlak begeeft. Ook dergelijke regelingen, die de persoon die al wel belasting moet betalen, maar nog niet beschikt over het vermogen om deze uit te voldoen, komen evenwel vaker voor, zie bijvoorbeeld de verplichting geregeld in artikel 78 lid 1 SW voor de vruchtgebruiker om belasting voor de bloot eigenaar voor te schieten. De omstandigheid dat de wetgever met een dergelijke

1503 Zie bijvoorbeeld het wettelijk pandrecht van artikel 3:259 BW, alsmede rechten voor certificaathouder van aandelen, zoals de mogelijkheid van vergaderrecht bij de besloten vennootschap (artikel 2:227 lid 2 BW) en het enquêterecht (artikel 2:346 BW).

regeling in de relatie tussen partijen treedt, is in mijn ogen derhalve een onvoldoende zwaarwegend bezwaar.

Het tweede bezwaar is dat dit een meer civielrechtelijke regeling dan een fiscale is. Getuige artikel 78 SW is dit echter niet volledige vreemd aan het systeem. Voorts zij gewezen op de toerekening van bepaalde vormen van inkomen van minderjarige kinderen aan hun ouders op grond van artikel 2.15 Wet IB 2001 en het verhaalsrecht dat de ouders in verband daarmee krijgen, zoals geregeld in artikel 2.16 Wet IB 2001, althans indien zij niet het ouderlijk vruchtgenot van het vermogen in kwestie hebben. Dergelijke regelingen zijn derhalve niet vreemd aan het systeem, zodat er mijns inziens ook in dat opzicht geen bezwaar tegen is om een regeling ten gunste van de certificaathouder te treffen.

Daarbij ligt een regeling zoals die van artikel 78 SW, vertaald naar de situatie van de certificaathouder het voorschieten van de belasting door de STAK (te verrekenen met een latere uitkering) of het betalen hiervan uit het gecertificeerde vermogen c.q. de vruchten daarvan, mij meer voor de hand te liggen dan een verhaalsrecht zoals geregeld in artikel 2.16 Wet IB 2001. Het verhaalsrecht veronderstelt dat primair de STAK de belasting verschuldigd is en dat deze zich daarna kan verhalen op de certificaathouder, als de persoon ten laste van wie de belasting uiteindelijk behoort te komen. Dat impliceert evenwel dat de STAK zelfstandig belastingplichtig zou moeten zijn en een rechtspersoon als belastingplichtige voor de inkomstenbelasting past niet in de wetssystematiek. Een parallel met de situaties die ten grondslag liggen aan artikel 78 SW, te weten een rechthebbende die belasting verschuldigd is ter zake van vermogen waar hij (nog) niet over kan beschikken en een persoon die controle heeft over het vermogen en daaruit de belasting kan voorschieten of voldoen, is daarentegen goed te maken. De omstandigheid dat de STAK, in tegenstelling tot een vruchtgebruiker, zelf geen economisch belang heeft bij het desbetreffende vermogen doet daar naar mijn mening niet aan af.

De vraag is ten slotte waar in de wet een dergelijke regeling op te nemen. Voor wat betreft het genietingsmoment ter zake van de terbeschikkingstellingsregeling zou een extra lid opgenomen kunnen worden in artikel 3.95 Wet IB 2001, van bijvoorbeeld de volgende strekking:

Indien de belastingplichtige vermogensbestanddelen indirect ter beschikking stelt als bedoeld in artikel 3.91 of artikel 3.92 via een derde die tegenover deze vermogensbestanddelen certificaten of vergelijkbare rechten heeft uitgegeven aan de belastingplichtige (het administratiekantoor), dan wordt de belastingplichtige geacht resultaat uit overige werkzaamheden te realiseren op het moment dat het administratiekantoor dit resultaat realiseert op de wijze als geregeld in het eerste lid. De omvang van het in aanmerking te nemen belastbare inkomen wordt bepaald alsof de belastingplichtige rechtstreeks rechthebbende op de in de eerste volzin

genoemde vermogensbestanddelen is, op het moment dat de in deze volzin bedoelde gebeurtenissen zich voordoen.¹⁵⁰⁴ De eerste volzin is niet van toepassing voor zover het desbetreffende resultaat reeds bij de belastingplichtige zelf als resultaat uit overige werkzaamheden in aanmerking is gekomen.¹⁵⁰⁵

Voor de aanmerkelijkbelangregeling zou op vergelijkbare wijze een lid toegevoegd kunnen worden aan zowel artikel 4.43 Wet IB 2001 als artikel 4.46 Wet IB 2001, welke bepalingen bijvoorbeeld als volgt zouden kunnen luiden:

3. Indien de belastingplichtige¹⁵⁰⁶ zijn tot zijn aanmerkelijk belang behorende aandelen of winstbewijzen houdt via een derde die tegenover deze aandelen of winstbewijzen certificaten of vergelijkbare rechten heeft uitgegeven aan de belastingplichtige (het administratiekantoor), dan wordt de belastingplichtige geacht reguliere voordelen te hebben ontvangen op het moment dat zich ten aanzien van het administratiekantoor een genietingstijdstip als bedoeld in het eerste lid voordoet. De eerste volzin is niet van toepassing voor zover zich reeds ten aanzien van de belastingplichtige zelf een genietingstijdstip met betrekking tot de desbetreffende reguliere voordelen heeft voorgedaan.¹⁵⁰⁷

1504 Deze volzin stelt buiten twijfel dat het belastbare inkomen bepaald moet worden, alsof geen sprake is van certificering. De eerste volzin bepaalt immers wel het realisatiemoment, maar laat nog in het midden of dan ook het inkomen belast wordt zoals de STAK dat realiseert, of dat nog rekening gehouden moet worden met een waardedrukkend effect van de certificering. Een logisch complement van het aansluiten bij het realisatiemoment van de STAK is mijns inziens om ook voor het bepalen van de omvang van het belastbare inkomen de positie van de STAK tot uitgangspunt te nemen. Dit volgt echter nog niet noodzakelijkerwijs uit de eerste volzin, zodat het mij goed lijkt om dit te expliciteren. Het effect van deze benadering kan zich uiten bij vermogenswinsten: indien de certificaathouder geen economische eigenaar is, is heeft het certificaat een lagere waarde in het economische verkeer dan het gecertificeerde vermogen. Dat kan betekenen dat de belastingplichtige (iets) meer belasting betaalt. Ik ga in paragraaf 15.3.3 nader op dit punt in.

1505 De laatste volzin is bedoeld om een dubbeltelling te voorkomen (evenzo bij de aanvullende bepalingen voor de terbeschikkingstellingsregeling). Indien de certificaathouder reeds zelf al geacht wordt om het resultaat gerealiseerd te hebben, zou het nogmaals in aanmerking nemen van dit resultaat als zijnde gerealiseerd door de STAK tot dubbele heffing leiden. Aangezien in de door mij voorgestelde formulering om redenen van eenvoud geen onderscheid is gemaakt tussen de certificaathouder met en die zonder economische eigendom, is een dergelijke dubbeltelling ook mogelijk.

1506 De certificaathouder, die de economische eigenaar van de gecertificeerde aandelen is, is mijns inziens (in fiscale zin) direct aandeelhouder van de tot het aanmerkelijk belang behorende aandelen. Indien geen sprake is economische eigendom is overigens naar mijn mening nog steeds sprake van een direct gehouden aanmerkelijk belang, maar niet van onmiddellijk aandeelhouderschap. Het economische belang is niet groot genoeg, om als aandeelhouder gezien te worden, maar de gerechtigdheid die met het aandeel gelijk gesteld wordt op grond van artikel 4.3 Wet IB 2001 wordt wel direct gehouden. Zie hiervoor nader paragraaf 13.4.1.1. Een verwijzing naar een indirect aanmerkelijk belang is derhalve overbodig, waar dit in de context van de terbeschikkingstellingsregeling wel betekenis heeft. In geval van een indirect aanmerkelijk belang zullen de voordelen daaruit overigens ook niet rechtstreeks belastbaar inkomen van de aanmerkelijkbelanghouder kunnen vormen.

1507 In dit geval is een bepaling, die zeker stelt dat de omvang van het reguliere voordeel wordt bepaald aan de hand van hetgeen de STAK geniet mijns inziens niet noodzakelijk. De certificering is niet van invloed om de omvang van een regulier voordeel, omdat een eventueel verschil in waardering tussen het certificaat en het gecertificeerde aandeel daarin niet tot uitdrukking komt, zoals dat bij vervreemdingsvoordelen wel het geval is.

4. Voor zover bij de belastingplichtige belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang in aanmerking genomen wordt op grond van het derde lid, terwijl het administratiekantoor in verband met dit inkomen kosten heeft gemaakt welke aftrekbaar zijn in de zin van artikel 4.44, dan worden deze kosten eveneens bij de belastingplichtige als aftrekbare kosten in aanmerking genomen.¹⁵⁰⁸

respectievelijk

9. Indien de belastingplichtige zijn tot zijn aanmerkelijk belang behorende aandelen of winstbewijzen houdt via een derde die tegenover deze aandelen of winstbewijzen certificaten of vergelijkbare rechten heeft uitgegeven aan de belastingplichtige (het administratiekantoor), dan wordt de belastingplichtige geacht deze aandelen of winstbewijzen vervreemd te hebben op het moment dat het administratiekantoor deze aandelen of winstbewijzen vervreemdt. De omvang van het in aanmerking te nemen belastbare inkomen wordt bepaald alsof de belastingplichtige rechtstreeks rechthebbende op de in de eerste volzin genoemde aandelen of winstbewijzen is, op het moment dat de in deze volzin bedoelde gebeurtenissen zich voordoen. De eerste volzin is niet van toepassing voor zover door de belastingplichtige zelf een vervreemding van de desbetreffende aandelen of winstbewijzen heeft plaatsgevonden of geacht wordt te hebben plaatsgevonden.

In aanvulling hierop dient dan nog geregeld te worden dat de certificaathouder een recht heeft om de verschuldigde belasting te verhalen op de STAK. Aangezien er geen andere “natuurlijke” plek in de Wet IB 2001 is, waar een dergelijke bepaling in het systeem van de wet ingepast kan worden, ben ik geneigd om deze regeling op te nemen bij de bepaling die het realisatie- c.q. genietingsmoment voor de certificaathouder bepaalt. Een dergelijke bepaling zou bijvoorbeeld als volgt geformuleerd kunnen worden:

[4.] [10.] Indien de belastingplichtige [vermogensbestanddelen indirect ter beschikking stelt als bedoeld in artikel 3.91 of artikel 3.92] [tot zijn aanmerkelijk belang behorende aandelen of winstbewijzen houdt] via een administratiekantoor als bedoeld in het [tweede] [derde] [negende] lid en de belastingplichtige [resultaat uit overige werkzaamheden realiseert met de desbetreffende vermogensbestanddelen] [reguliere voordelen][vervreemdingsvoordelen] geniet in verband met deze aandelen of winstbewijzen], dan heeft de belastingplichtige verhaal op het administratiekantoor voor het bedrag van

1508 Aangezien reguliere voordelen geen nettobegrip is, maar de kosten apart op grond van artikel 4.44 Wet IB 2001 als aftrekbaar worden aangemerkt, dient bij de reguliere voordelen ook met kosten rekening gehouden te worden. Bij vervreemdingsvoordelen en resultaat uit overige werkzaamheden is dit niet noodzakelijk, omdat in die gevallen bij het bepalen van de omvang van de vervreemdingswinst c.q. het resultaat reeds rekening is gehouden met kosten.

de in verband met [dit resultaat uit overige werkzaamheden] [deze reguliere voordelen] [deze vervreemdingsvoordelen] verschuldigde inkomstenbelasting, voor zover deze belasting is voldaan. Het verhaalsrecht ontstaat niet ter zake van bij de belastingplichtige in de heffing betrokken [resultaat uit overige werkzaamheden] [reguliere voordelen] [vervreemdingsvoordelen] voor zover het administratiekantoor van [dit resultaat] [deze voordelen] een bedrag ter grootte van ten minste de ter zake van [dit resultaat] [deze voordelen] verschuldigde belasting heeft uitgekeerd aan de belastingplichtige in het jaar waarop deze belastingheffing betrekking heeft. [Eventuele toevoeging: Het administratiekantoor kan de met dit verhaalsrecht corresponderende verplichting naar keuze voldoen uit de desbetreffende [vermogensbestanddelen] [aandelen of winstbewijzen], dan wel [het hieruit voortvloeiende resultaat] [de hieruit voortvloeiende [reguliere voordelen] [vervreemdingsvoordelen]], tenzij anders tussen de belastingplichtige en het administratiekantoor overeengekomen.]¹⁵⁰⁹

Het voorgaande is bewust ruim geformuleerd, omdat anders een ander knelpunt ontstaat: de voorgestelde aanvullende leden die een realisatie- of genietingsmoment of een vervreemding van aanmerkelijk belang forceren zijn geformuleerd als een voor zover-bepaling. Slechts voor zover de certificaathouder niet reeds zelfstandig belaste inkomsten realiseert of geniet hebben deze bepalingen werking. Voor wat betreft het verhaalsrecht zou daarbij aangesloten worden. Dit zou evenwel ertoe kunnen leiden dat niet zozeer tussen de certificaathouder en de belastingdienst, als wel tussen de certificaathouder en het bestuur van de STAK discussie ontstaat over de grond waarop de certificaathouder inkomstenbelasting verschuldigd is: wegens een bij hemzelf opkomend resultaat c.q. voordeel of een bij de STAK opkomend resultaat of voordeel dat bij de certificaathouder belast wordt. In het eerste geval zou immers geen sprake zijn van een verhaalsrecht en in het tweede geval wel.

Het creëren van een dergelijke bron van discussie is naar mijn mening ongelukkig. Derhalve gaat mijn voorkeur er naar uit om het verhaalsrecht betrekking te laten hebben op alle inkomsten voor welke de certificaathouder als zodanig belast wordt, ongeacht op welke grond de heffing plaatsvindt. Dit waarborgt de positie van de certificaathouder het beste en dat past bij mijn bedoeling met deze regeling. Wel is in

¹⁵⁰⁹ Deze laatste toevoeging is grotendeels ten overvloede, maar kan illustreren dat de STAK een bevoegdheid heeft om haar verplichting in relatie tot het verhaalsrecht zowel uit het gecertificeerde vermogen of de inkomsten daaruit te voldoen. Om partijen niet te zeer te beperken, is daaraan toegevoegd dat (uiteraard) anders overeengekomen kan worden. Volledigheidshalve merk ik op dat de formulering zoals gebezigd de STAK niet zou toestaan om de certificaathouder de belasting te vergoeden uit *ander* gecertificeerd vermogen of inkomsten daaruit. Indien bijvoorbeeld sprake is van gecertificeerde aanmerkelijkbelangaandelen en een gecertificeerde bankrekening in dezelfde STAK en er is inkomstenbelasting verschuldigd ter zake van forfaitair rendement in box 2 (zoals bedoeld in artikel 4.13 lid 1 sub a jo. 4.14 Wet IB 2001), terwijl niet daadwerkelijk dividend wordt uitgekeerd, dan zou de STAK niet de bankrekening kunnen aanspreken, tenzij anders wordt overeengekomen met de certificaathouder. Dit kan uiteraard slechts tot beperkingen leiden voor zover de STAK niet zelf daadwerkelijk inkomen ontvangt.

de tweede volzin een beperking aangebracht, om te voorkomen dat de certificaathouder én de inkomsten krijgt uitgekeerd door de STAK én daarnaast een verhaalsrecht krijgt. Het verhaalsrecht ontstaat derhalve niet voor zover de STAK de inkomsten heeft uitgekeerd aan de certificaathouder, althans een zodanig groot deel daarvan dat de ter zake van deze inkomsten verschuldigde belasting betaald kan worden.¹⁵¹⁰ Daarbij heb ik om redenen van eenvoud de grens getrokken bij dooruitkering door de STAK in hetzelfde jaar. Toegegeven zij dat dit enigszins arbitrair is en niet alle samenloop uitsluit tussen uitkeringen en het ontstaan van het verhaalsrecht, aangezien bijvoorbeeld denkbaar is dat de inkomsten kort voor jaareinde opkomen en dooruitkeren voor jaareinde niet mogelijk blijkt. Het lijkt mij evenwel noodzakelijk om ergens een grens te trekken, waarbij vanuit het perspectief van de bescherming van de certificaathouder ook niet te veel ruimte gelaten moet worden voor uitstel van de uitkering. Aansluiten bij het moment van het verschuldigd worden van de belasting is bovendien naar mijn mening te variabel, omdat dit zich op verschillende momenten kan voordoen. Indien het inkomen begrepen wordt in een verzoek om een voorlopige aanslag, zou dit moment al kunnen liggen voor het einde van het jaar van uitkering. Praktisch gezien kan het bestuur van de STAK bovendien samenloop tussen de uitkeringen en het verhaalsrecht voorkomen door, indien uitkering in hetzelfde jaar niet mogelijk blijkt, maar wel gewenst is, bij de betaling aan te geven dat een deel van de betaling geen uitkering is, maar een voldoening van de uit het verhaalsrecht voortvloeiende verplichting. Uiteraard is dit slechts nodig voor zover daarover geen overeenstemming zou bestaan tussen de certificaathouder en de STAK.

Naar mijn mening kan op deze wijze voorzien worden in een regeling die (i) de thans bestaande onduidelijkheden wegneemt, (ii) rekening houdt met het heffingsbelang van de Staat, doordat geen sprake is van heffingslekken (terwijl een eventueel in de huidige situatie bestaand heffingslek wordt opgeheven) en tevens (iii) de financiële positie van de certificaathouder beschermt en daarbij ook meer bescherming biedt dan de certificaathouder op dit moment geniet. Daarmee wordt een evenwichtig resultaat bereikt.

15.3.3 Algemene toerekening aan en verhaalsrecht voor de certificaathouder

Men zou overigens aanleiding kunnen zien om een verhaalsrecht als beschreven in de vorige paragraaf voor de certificaathouder algemener op te nemen, aangezien het probleem van het financieren van de belasting zich in meer situaties kan voordoen, dan waar de onderhavige paragraaf op ziet. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn in

¹⁵¹⁰ Een vraagpunt daarbij is nog hoe men de ter zake van de inkomsten verschuldigde belasting dient te berekenen indien deze inkomsten progressief belast zijn en voorts sprake is van ander inkomen in dezelfde box, oftewel in geval van resultaat uit overige werkzaamheden. Mogelijkheden zijn heffing aan de voet, tegen het gemiddelde tarief of aan de top. Mijns inziens dient uitgegaan te worden van de heffing aan de top: dit is het bedrag dat de certificaathouder meer verschuldigd is als gevolg van heffing over het gecertificeerde vermogen, dus het lijkt mij redelijk om dat dan ook als uitgangspunt te nemen bij het bepalen van de omvang van het verhaalsrecht.

een geval van certificaten van box 3-vermogen, ter zake waarvan de certificaathouder inkomstenbelasting verschuldigd is, terwijl hij nooit een uitkering ontvangt. Ook denkbaar, maar vermoedelijk aanzienlijk minder vaak voorkomend, is de situatie waarin een certificaathouder economisch eigenaar is van box 1-vermogen en ter zake daarvan belaste inkomsten realiseert, terwijl die opgepot worden door de STAK.

De voorgaande regeling dekt deze situaties niet, gezien het toegeschreven zijn op bepaalde inkomsten. Dan ligt een algemene regeling van toerekening van inkomsten aan de certificaathouder in combinatie met een verhaalsrecht voor de hand, waarmee ook alle situaties bestreken worden waarin dat verhaalsrecht niet nodig is. Het voordeel hiervan is dat één duidelijke lijn in de behandeling van certificaten wordt getrokken. Logisch is dan om ook algemeen te bepalen dat inkomsten uit gecertificeerd vermogen steeds bij de certificaathouder in aanmerking worden genomen, op het moment dat zich bij de STAK een genietingsmoment, etc., voordoet. Als toerekening aan de certificaathouder en een daarbij horend verhaalsrecht algemeen geregeld worden, in plaats van voor enkele specifieke bepalingen, dan lijkt het mij passend om in hoofdstuk 2 van de Wet IB 2001, bijvoorbeeld na artikel 2.16 Wet IB 2001. De tekst van deze bepalingen kan dan overeenkomstig de door mij in paragraaf 15.3.2 gesuggereerde bepalingen geformuleerd worden:

Genietingsmoment inkomsten in geval van certificering¹⁵¹¹

Artikel 2.16a

1. *Indien de belastingplichtige vermogensbestanddelen houdt via een derde die tegenover deze vermogensbestanddelen certificaten of vergelijkbare rechten heeft uitgegeven aan de belastingplichtige (het administratiekantoor), dan worden de bij belastingplichtige inkomen uit werk en woning, inkomen uit aanmerkelijk belang of inkomen uit sparen en beleggen in aanmerking genomen op het moment dat zich ten aanzien van het administratiekantoor één of meer van de volgende gebeurtenissen voordoet:*
 - a. *het realiseren van winst als bedoeld in artikel 3.25;*
 - b. *het realiseren van resultaat uit overige werkzaamheden als bedoeld in artikel 3.94;*

¹⁵¹¹ In dit verband zij erop gewezen dat artikel 2.15 Wet IB 2001, inzake de toerekening van inkomensbestanddelen en rendementsgrondslag van minderjarige kinderen aan hun ouders, ook betrekking heeft op de geheven dividendbelasting. In geval van certificering is het niet noodzakelijk om in het laatste te voorzien, aangezien 1 lid 1 Wet DB de certificaathouder reeds aanmerkt als opbrengstgerechtigde tot het dividend en daarmee degene ten laste van wie de dividendbelasting wordt ingehouden.

- c. *het genieten van inkomen in de zin van artikel 3.146;*
- d. *het vervreemden van tot een aanmerkelijk belang behorende rechten als bedoeld in artikel 4.43;*
- e. *het genieten van reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang als bedoeld in artikel 4.46; of*
- f. *het genieten van belastbaar inkomen uit sparen en beleggen als bedoeld in artikel 5.1.*

De omvang van het in aanmerking te nemen belastbare inkomen wordt bepaald alsof de belastingplichtige rechtstreeks rechthebbende op de in de eerste volzin genoemde vermogensbestanddelen is, op het moment dat de in deze volzin bedoelde gebeurtenissen zich voordoen.¹⁵¹²

- 2. *Voor zover bij de belastingplichtige belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang in aanmerking genomen wordt op grond van het eerste lid, terwijl het administratiekantoor in verband met dit inkomen kosten heeft gemaakt welke aftrekbaar zijn in de zin van artikel 4.44, dan worden deze kosten eveneens bij de belastingplichtige als aftrekbare kosten in aanmerking genomen.¹⁵¹³*
- 3. *Bij het bepalen van het bij de belastingplichtige op grond van het eerste lid in aanmerking te nemen belastbare inkomen uit sparen en beleggen worden de vrijstellingen van de artikelen 5.7, 5.8, 5.10 en 5.12 toegepast alsof de belastingplichtige rechtstreeks rechthebbende is van de vermogensbestanddelen waar de desbetreffende vrijstelling betrekking*

1512 Deze volzin stelt buiten twijfel dat het belastbare inkomen bepaald moet worden, alsof geen sprake is van certificering. De eerste volzin bepaalt immers wel het genietingsmoment, maar laat nog in het midden of dan ook het inkomen belast wordt zoals de STAK dat geniet (of realiseert), of dat nog rekening gehouden moet worden met een waardedrukkend effect van de certificering. Een logisch complement van het aansluiten bij het genietingsmoment van de STAK is mijns inziens om ook voor het bepalen van de omvang van het belastbare inkomen de positie van de STAK tot uitgangspunt te nemen. Dit volgt echter nog niet noodzakelijkerwijs uit de eerste volzin, zodat het mij goed lijkt om dit te expliciteren.

Het effect van deze benadering uit zich bij vermogenswinsten, maar ook bij het forfaitair rendement in box 2 en box 3. Dat kan betekenen dat de belastingplichtige (iets) meer belasting betaalt. Ik ga verderop in deze paragraaf nader op dit punt in.

1513 Voor andere vormen van belastbaar inkomen is het niet noodzakelijk om een vergelijkbare regeling te treffen. Bij box 3 speelt kostenaf trek überhaupt niet en in geval van inkomen uit werk en woning zit de negatieve component (voor zover daar rekening mee gehouden wordt) reeds begrepen in het belastbare inkomen zelf, zodat separate aftrek van kosten ook niet aan de orde is. Een uitzondering zijn de aftrekbare kosten voor inkomensvoorzieningen, maar in dat verband lijkt certificering mij geen rol te kunnen spelen.

op heeft en in verband waarmee inkomen uit sparen en beleggen bij de belastingplichtige in aanmerking genomen wordt.¹⁵¹⁴

4. *Indien bij de belastingplichtige belastbaar inkomen in aanmerking genomen wordt op grond van het eerste lid, dan heeft de belastingplichtige verhaal op het administratiekantoor voor het bedrag van de in verband met dit belastbare inkomen verschuldigde inkomstenbelasting, voor zover deze belasting is voldaan.¹⁵¹⁵ Het verhaalsrecht ontstaat niet ter zake van het bij de belastingplichtige in de heffing betrokken belastbare inkomen voor zover het administratiekantoor van dit belastbare inkomen een bedrag ter grootte van ten minste de ter zake van dit belastbare inkomen verschuldigde belasting heeft uitgekeerd aan de belastingplichtige in het jaar waarop deze belastingheffing betrekking heeft. [Eventuele toevoeging: Het administratiekantoor kan de met dit verhaalsrecht corresponderende verplichting naar keuze voldoen uit de desbetreffende vermogensbestanddelen, dan wel het hieruit voortvloeiende belastbare inkomen, tenzij anders tussen de belastingplichtige en het administratiekantoor overeengekomen.]*

Ik kies hier voor een alles omvattende regeling, die ook de situaties dekt waarin mijns inzien geen regeling nodig is, omdat de certificaathouder de economische eigendom van het gecertificeerde vermogen heeft of omdat reeds uit de wet volgt dat belastingheffing bij de certificaathouder plaatsvindt in het jaar waarin de STAK de inkomsten in kwestie ontvangt.

In dit verband zij gewezen op de afwijkende systematiek bij box 3 (en het forfaitair rendement bij laagbelaste beleggingsvennootschappen in box 2), als gevolg van de forfaitaire heffing en het aanknopen daarvan bij 1 januari van ieder jaar als peildatum. Dit betreft één van de situaties waarin de certificaathouder als gevolg van de wet in hetzelfde jaar in de heffing betrokken zou worden, als wanneer hij dezelfde (forfaitaire) inkomsten direct genoten zou hebben uit rechtstreeks door hem gehouden goederen.

1514 Dit lid dient om zeker te stellen dat de belastingplichtige niet alleen het belastbare inkomen toegerekend krijgt, maar dat hij dan ook de ter zake geldende vrijstelling kan toepassen. Dit impliceert een verruiming van het tot dusver door de staatssecretaris voorgestane beleid, aangezien hij de vrijstelling voor voorwerpen van kunst en wetenschap van artikel 5.8 Wet IB 2001 bijvoorbeeld niet van toepassing acht (zie paragraaf 13.4.3.1). Toepassing van deze vrijstelling lijkt mij evenwel niet onredelijk, zeker niet indien bij de certificaathouder box 3-vermogen naar de volle waarde, dus in voorkomend geval zonder rekening te houden met een waardedrukkend effect van de certificering, in aanmerking genomen wordt. Dit laatste is althans het gevolg van de voorgestelde regeling zoals door mij geformuleerd, zie hiervoor paragraaf 15.4.

1515 Omdat wordt aangeknoopt bij het bedrag aan betaalde belasting, hoeft in deze bepaling niet voorzien te worden in een bepaling die rekening houdt met aftrekbare kosten ter zake van reguliere voordelen. Voor zover deze kosten in aanmerking zijn genomen, verminderen zij het belastbare inkomen uit aanmerkelijk belang en daarmee de te betalen belasting, zodat deze component automatisch wordt meegenomen bij de bepaling van de omvang van het verhaalsrecht.

De certificering kan in dit geval hoogstens van invloed zijn op de waardering, althans indien de certificaathouder geen economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is.¹⁵¹⁶ Deze afwijking in de systematiek noopt naar mijn mening evenwel niet tot een wezenlijk andere formulering. Wel kan gezegd worden dat dit deel van de bepaling in feite een dode letter is, aangezien de belastingplichtige hoe dan ook in de heffing betrokken zou zijn ter zake van inkomen uit sparen en beleggen. Dat de regeling in bepaalde mate overbodig is, althans voor wat betreft het in aanmerking nemen van belastbaar inkomen, is mijns inziens echter te rechtvaardigen vanuit de gedachte dat één algemene regeling voor certificering wordt getroffen. Daarnaast kan zo voor iedere vorm van belastbaar inkomen dezelfde aansluiting gemaakt worden met het verhaalsrecht, dat wél van betekenis is, ook al vindt belastingheffing bij de certificaathouder ook al zonder toerekening van belastbaar inkomen plaats. Het verhaalsrecht biedt hem in dat geval bescherming tegen financieel nadeel, in geval de STAK geen inkomsten dooruitkeert.

Een aandachtspunt in dit verband is wel dat, indien men aansluit bij het inkomen zoals genoten door de STAK, een eventueel waardedrukkend effect vervalt. Het voorgaande tekstvoorstel is zo geformuleerd dat het inkomen van de STAK per definitie (dat wil zeggen ongeacht of de certificaathouder economisch eigenaar is) bepalend is voor het belastbare inkomen van de certificaathouder, met andere woorden dat gekeken wordt naar het gecertificeerde vermogen en niet naar het certificaat. Dit “voordeel” van certificaten die geen economische eigendom verschaffen vervalt.

Het voorgaande speelt in geval van de volgende soorten belastbaar inkomen:

- Vermogenswinsten in het algemeen, aangezien de waarde in het economische verkeer bepalend is voor de omvang van deze winst. Bij inkomen dat de vorm heeft van inkomsten, zoals bijvoorbeeld dividenden, speelt dit punt gezien de aard (van bepaling) van die inkomsten uiteraard niet. Het verschil in waarde tussen certificaten en gecertificeerd vermogen is relevant in geval van vermogenswinsten op aanmerkelijkbelang aandelen en ter zake van ter beschikking gesteld vermogen, indien de certificaathouder geen economisch eigenaar is.¹⁵¹⁷
- Dit ligt anders bij het forfaitaire rendement in box 2 en box 3, omdat daar de waarde in het economische verkeer de basis van de heffing vormt.

¹⁵¹⁶ Zie nader paragraaf 13.4.3.2.

¹⁵¹⁷ Ook andere vormen van (niet forfaitair bepaald) belastbare inkomen in box 1 kunnen gebaseerd zijn op vermogenswinsten. Dergelijke vormen van inkomen kan de certificaathouder mijns inziens echter slechts realiseren, indien hij de economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is (zie paragraaf 13.4.2.4) en in dat geval doet het verschil in waarde zich niet voor.

De hogere waardering bij de certificaathouder en de daarmee samenhangende hogere verschuldigde belasting kan een reden zijn om deze vormen van inkomen toch uit te zonderen van de toerekeningsregel, maar niet van het verhaalsrecht. Met name voor forfaitair rendement zou een uitzondering denkbaar zijn, omdat de systematiek van de Wet IB 2001 op dit punt toch al afwijkt van de algemene wijze van bepaling van belastbaar inkomen. Bij vermogenswinsten ter zake van aanmerkelijkbelangaandelen of ter beschikking gesteld vermogen is het (thans) bovendien niet zozeer de omvang van de vermogenswinst die ter discussie staat als wel het moment waarop deze winst in aanmerking genomen wordt en hoe de heffing in de tussentijd verloopt.¹⁵¹⁸ Zodra onder de huidige regeling de STAK de vermogenswinst dooruitkeert, wordt deze in beginsel alsnog in haar volle omvang belast.¹⁵¹⁹

De systematiek wordt echter minder eenvoudig van een dergelijke uitzondering. In feite werkt de regeling zo zelfs vereenvoudigend uit: discussies met de belastingdienst over het waardedrukkend effect van certificering behoren daarmee tot het verleden, hetgeen men als een voordeel zou kunnen zien. De vraag is ook hoe groot het verschil is in de in aanmerking te nemen waarde. Bij box 3 is dit verschil mogelijk beperkt, omdat het bij box 3-vermogen in veel gevallen zal gaan om vermogensbestanddelen die in het vermogen van de belastingplichtige een belegging vormen. Beperkende voorwaarden, zoals het ontbreken van zeggenschap, zijn dan van minder grote invloed op de waardering van het vermogensbestanddeel als zodanig, zodat de waarde in het economische verkeer hiervan relatief dicht bij de waarde in het economische verkeer van het certificaat zal liggen, zoals beschreven in paragraaf 13.4.3.2. Dit ligt evenwel anders bij het forfaitair rendement in box 2, afhankelijk van de omvang van het aandelenpakket. Naarmate het aandelenpakket groter is, neemt de invloed van zeggenschap op de waarde hiervan toe, zeker indien sprake is van een meerderheidspakket aandelen.¹⁵²⁰ In dit geval zal zich een groter verschil in waarde tussen de certificaten en de gecertificeerde aandelen voordoen.

De afweging is mijns inziens derhalve tussen enerzijds een eenvoudiger en naar mijn mening consistentere systeem en anderzijds het voorkomen van een wijze van bepalen van het belastbare inkomen, dat mogelijk tot een (enigszins) hogere belastingheffing voor de certificaathouder kan leiden. Daarbij zij aangetekend dat uiteraard géén sprake is van een hogere belastingheffing ten opzichte van de situatie waarin de certificering geheel niet had plaatsgevonden. In dat geval zou de omvang van een eventuele vermogenswinst ook zijn gebaseerd op de waarde in het economische verkeer van de aandelen c.q. het ter beschikking gestelde vermogen.

1518 Zie hiervoor paragrafen 15.3.1 en 15.3.2 en in meer detail paragraaf 13.4.1.5.1.

1519 Afhankelijk van welke benadering uiteindelijk toegepast zou blijken te moeten worden. Het lijkt mij evenwel niet voor de hand liggend dat de Hoge Raad zou kiezen voor een benadering waarbij de vermogenswinst als zodanig geheel niet belast wordt.

1520 Zie paragraaf 13.2.2.2.

Dit laatste vind ik een belangrijk argument om de eenvoud van het systeem in dit geval zwaarder te laten wegen. Mijn beoordeling of sprake is van een knelpunt, gaat uit van de vraag of de insteller, dan wel diens rechtsopvolgers, door het gebruik van een beschermingsconstructie in een slechtere positie zouden komen, zonder dat er voor deze slechtere positie een rechtvaardiging bestaat. Primair uit deze slechtere positie zich in de omvang van de te betalen belasting, maar onzekerheid over de wijze waarop belasting geheven wordt/hoeveel verschuldigd is en de complexiteit van het systeem kunnen naar mijn mening ook knelpunten zijn.

De door mij voorgestane benadering lost voor de certificaathouder het knelpunt van onduidelijkheid op. Daarbij streef ik naar een zo eenvoudig mogelijk systeem, hetgeen het beperken van uitzonderingen impliceert. Voorts brengt mijn systematiek een aanvullende bescherming voor de certificaathouder op een ander vlak met zich, in de vorm van het verhaalsrecht op de STAK. Daar staat tegenover dat zich weliswaar onder omstandigheden een (iets) hogere heffing kan voordoen bij de certificaathouder, maar in vergelijking met het niet toepassen van de certificering is dat niet het geval. Er wordt door mijn benadering derhalve geen nieuw knelpunt geïntroduceerd. Ik kies daarom voor de benadering waarbij voor de bepaling van het belastbare inkomen niet alleen wordt aangesloten bij het genietingsmoment van de STAK, maar ook bij de omvang van de door haar genoten inkomsten.

De omstandigheid dat voor het genietingsmoment van de certificaathouder wordt aangesloten bij dat van de STAK, betekent overigens nog niet dat de certificaathouder in geen geval zelfstandig, dat wil zeggen zonder dat de STAK een genietingsmoment heeft, belastbaar inkomen kan genieten. Dit doet zich voor indien de certificaathouder zijn certificaten vervreemdt en dat als zodanig een belastbaar feit vormt, te weten bij certificaten van aanmerkelijkbelangaandelen en certificaten van box 1-vermogen. De STAK heeft op dat moment geen inkomsten; op het moment dat dit gebeurt, zullen deze in aanmerking genomen worden bij de nieuwe certificaathouder. In deze situatie kan sprake zijn van een verschil in de waarde in het economische verkeer tussen de certificaten en het gecertificeerde vermogen in geval aanmerkelijkbelangaandelen of ter beschikking gesteld vermogen gecertificeerd is en de certificaathouder hiervan geen economisch eigenaar is. Ik zie geen reden om in dit geval geen rekening te houden met een dergelijk waardeverschil; bij verkoop komt dit ook tot uitdrukking in de daadwerkelijk gerealiseerde verkoopwinst, aangezien de koper slechts bereid zal zijn om de lagere waarde van de certificaten te betalen. Een overdrachtsprijs ontbreekt uiteraard in geval van schenking of vererving van de aandelen. Aangezien het (fictief) overgedragen vermogensbestanddeel nog steeds het certificaat betreft, is dat ook in dit geval hetgeen waarvan de waarde in het economische verkeer bepaald dient te worden, als fictieve overdrachtsprijs.

Ter afsluiting merk ik op dat ik mij realiseer dat de invoering van een dergelijke regeling

een fundamentele keuze van de wetgever impliceert. Hiermee wordt certificering, die civielrechtelijk niet geregeld is, ingebed in het fiscale systeem. Ook in dit geval bestaan daartegen naar mijn mening geen fundamentele bezwaren, mede aangezien de situatie, dat in de fiscale wetgeving een regeling is getroffen voor een civielrechtelijke figuur, niet onbekend is. Zo is het APV, althans de meeste vormen waarin dit zich voordoet,¹⁵²¹ niet in de Nederlandse wet geregeld. Desalniettemin is in artikel 2.14a Wet IB 2001 een regeling getroffen voor de fiscale behandeling van APV's. Een verschil met de regeling voor certificering die ik voorstel is dat de APV-regeling een anti-misbruikregeling is, terwijl de regeling voor certificering bedoeld is om de certificaathouder te faciliteren door het scheppen van duidelijkheid over de fiscale behandeling. Dit verschil lijkt mij evenwel niet zodanig essentieel dat dit er aan in de weg zou moeten staan om een regeling te treffen voor certificering, waar dit voor APV's wel mogelijk is geacht. De wens om een bepaalde rechtsfiguur fiscaal in goede banen te leiden, ook al is deze civielrechtelijk niet geregeld, lijkt mij in het algemeen reden voor het treffen van een regeling. Met de steeds verder voortschrijdende internationalisering is de kans dat ons civiele recht een bepaalde figuur niet kent, maar dat toch de behoefte bestaat om de fiscale behandeling daarvan te regelen, steeds groter. De omstandigheid dat een rechtsfiguur wel voortgekomen is uit het Nederlandse recht, zoals certificering, is voor mij geen reden om daar een andere benadering te kiezen.

15.3.4 APV en verhaalsrecht

In het verlengde van de hiervoor voorgestelde regeling inzake het genietingsmoment van belastbaar inkomen bij de certificaathouder en een verhaalsrecht voor de certificaathouder, kan men zich de vraag stellen of een dergelijk verhaalsrecht niet in bredere context meerwaarde kan hebben, meer in het bijzonder in relatie tot APV's. Bij een APV kan zich gemakkelijk de situatie voordoen dat aan iemand vermogen wordt toegerekend en dat hij ter zake hiervan inkomstenbelasting (of schenk- en erfbelasting¹⁵²²) verschuldigd is, maar geen uitkeringen ontvangt om deze belasting van te betalen.¹⁵²³ De positie van de begunstigde bij een APV is bovendien aanmerkelijk zwakker dan die van een certificaathouder, aangezien de certificaathouder via zijn certificaten een (al dan niet volledig) economisch belang bij het gecertificeerde vermogen heeft, terwijl de begunstigde van een (discretionair) APV niet meer heeft dan een blote verwachting.

Een dergelijk verhaalsrecht past in zoverre minder goed bij de APV-regeling dan bij de voorgestelde regeling voor certificering, dat de APV-regeling een anti-misbruikarakter

1521 Denkbaar is dat een Nederlandse stichting kan fungeren als een APV, zie paragraaf 8.2.2. De stichting als familiestichting, vergelijkbaar met bijvoorbeeld de Curaçaose SPF, kent het Nederlandse recht evenwel niet. Daarnaast is de Anglo-Amerikaanse trust, die een van de voornaamste figuren is waarvoor de APV-regeling is ingevoerd, geheel wezensvreemd aan het Nederlandse rechtssysteem.

1522 Zie nader paragraaf 15.3.5.

1523 Zie voor een voorbeeld van hoe dit ten nadele van de begunstigde kan worden gebruikt De Leeuw, FED 2012.

heeft, terwijl de certificeringsregeling bedoeld is om de certificaathouder te faciliteren door hem duidelijkheid te verschaffen. Daar valt echter tegenin te brengen dat de wetgever met de APV-regeling de basis heeft gelegd voor het ontstaan van financiële problemen bij degenen aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend en dat het hem dan ook zou sieren om tevens een regeling te treffen die aan dit bezwaar tegemoet komt. Ik zou deze potentiële financiële problemen als gevolg van de toerekening van APV-vermogen dan ook willen zien als een knelpunt, dat veroorzaakt wordt door een leemte in de APV-regeling¹⁵²⁴. Voor de APV-regeling zou het verhaalsrecht bijvoorbeeld kunnen worden opgenomen in lid 8 van artikel 2.14a (onder vernummering van de delegatiebepaling van het huidige achtste lid tot lid 9) en als volgt kunnen luiden:

8. *Een persoon aan wie de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen worden toegerekend als bedoeld in het eerste lid heeft een verhaalsrecht op het afgezonderde particuliere vermogen, althans op de persoon die juridisch eigenaar is van de bezittingen van het afgezonderde particuliere vermogen, voor een bedrag ter grootte van de door de eerstgenoemde persoon ter zake van aan hem toegerekende bezittingen en schulden, alsmede opbrengsten en uitgaven, van het desbetreffende afgezonderde particuliere vermogen verschuldigde inkomstenbelasting voor zover deze is voldaan. Indien sprake is van een verhaalsrecht op de persoon, die juridisch eigenaar is van de bezittingen van het afgezonderde particuliere vermogen, betreft het recht op verhaal slechts deze bezittingen en is het verhaal gemaximeerd tot het bedrag waarmee de waarde van deze bezittingen de omvang van de schulden van het afgezonderde particuliere vermogen overtreft.¹⁵²⁵ Indien het APV-vermogen wordt toegerekend aan meerdere personen, betreft het verhaalsrecht slechts het evenredige gedeelte van het saldo van de bezittingen en schulden van het afgezonderde particuliere*

¹⁵²⁴ Categorie 3(a), zoals gedefinieerd in hoofdstuk 2.

¹⁵²⁵ Indien sprake is van een APV zonder rechtspersoonlijkheid, zoals een trust, berust de juridische eigendom van het APV-vermogen bij een ander, bijvoorbeeld de trustee. Het verhaalsrecht moet dan jegens deze persoon ontstaan, maar uiteraard slechts voor zover sprake is van APV-vermogen en ook niet voor een groter bedrag dan het saldo van de schulden en de bezittingen van het APV. Het is natuurlijk niet de bedoeling dat het privévermogen van deze persoon getroffen zou kunnen worden door het verhaalsrecht. In theorie kan dit punt ook spelen bij een STAK en deze bepaling zou derhalve ook in de context van certificering overwogen kunnen worden, maar aangezien een STAK veelal slechts als zodanig fungeert en dus geen privévermogen heeft, zal het probleem van een te ruim verhaalsrecht zich naar verwachting in die context niet voordoen. Ook ligt bij een STAK niet voor de hand dat sprake is van belastingheffing zonder daadwerkelijke inkomsten of winsten. Een uitzondering is het forfaitaire rendement van box 2 en box 3, maar dat impliceert dat goederen met een zekere waarde aanwezig zijn. Bij een APV kan zich echter ook buiten het forfaitaire rendement heffing voordoen, bijvoorbeeld als wordt toegerekend aan meerdere personen en één van hen wordt geacht aanmerkelijkbelangaandelen die aan hem worden toegerekend te vervreemden, terwijl die aandelen worden uitgekeerd aan een ander (zie paragraaf 14.3.3.2). Dat de belasting daadwerkelijk hoger zal zijn dan het aanwezig vermogen is wellicht niet heel waarschijnlijk, maar op deze wijze is in elk geval het privévermogen van de juridische eigenaar van het vermogen gewaarborgd.

vermogen dat overeenstemt met het gedeelte van deze bezittingen en schulden dat aan de belastingplichtige wordt toegerekend.¹⁵²⁶ Het verhaalsrecht ontstaat niet voor zover door of namens het afgezonderde particuliere vermogen een bedrag ter grootte van ten minste de door de belastingplichtige, ter zake van aan hem toegerekende bezittingen en schulden, alsmede opbrengsten en uitgaven van het desbetreffende afgezonderde particuliere vermogen, verschuldigde belasting is uitgekeerd aan de belastingplichtige in het jaar waarop deze belastingheffing betrekking heeft. [Eventuele toevoeging: Door of namens het afgezonderde particuliere vermogen kan de met dit verhaalsrecht corresponderende verplichting naar keuze worden voldaan uit de aan de belastingplichtige toegerekende vermogensbestanddelen, dan wel het hieruit voortvloeiende belastbare inkomen, tenzij anders tussen de belastingplichtige en het afgezonderde particuliere vermogen overeengekomen.]¹⁵²⁷

Een kanttekening is in hoeverre het verhaalsrecht in de praktijk door de begunstigde te effectueren zal blijken te zijn. Op dit punt heeft de certificaathouder van een STAK een voordeel, omdat zijn schuldenaar zich in beginsel in Nederland bevindt, hetgeen het in rechte afdwingen van het verhaalsrecht eenvoudiger maakt. In geval van een zich in het buitenland bevindend APV is dit wellicht minder eenvoudig. De omstandigheid dat het verhaalsrecht voor sommige begunstigten geen effectief soelaas biedt, lijkt mij evenwel geen reden om af te zien van het treffen van een regeling voor hun bescherming. Tot het moment dat daarvan sprake is, lijkt mij echter aan te bevelen dat de inbrenger hier zelf in voorziet, hoewel dit ook niet volledig zonder fiscale haken

1526 Deze bepaling is gericht op de situatie waarin wel belastingheffing plaatsvindt bij de begunstigde, maar geen sprake is van een realisatie door het APV (zie ook de noot hiervoor). Hoewel het wellicht niet snel zal voorkomen dat de verschuldigde belasting het saldo van de aan de begunstigde in kwestie toegerekende bezittingen en schulden overstijgt, beoogt de bepaling te voorkomen dat het APV gehouden zou zijn om de verplichting uit het verhaalsrecht te voldoen uit vermogen dat wordt toegerekend aan een andere begunstigde, met als eventueel gevolg dat een verplichting uit het verhaalsrecht jegens die begunstigde niet (volledig) nagekomen zou kunnen worden.

Bij een STAK speelt dit aspect minder, aangezien daar in beginsel slechts belastingheffing plaatsvindt op het moment dat ook daadwerkelijk sprake is van inkomsten of een vervreemdingswinst. Een uitzondering is de forfaitaire heffing van box 2 en box 3, maar omdat heffing dan gebaseerd is op de waarde in het economische verkeer van het desbetreffende vermogen kan de belasting de waarde van dit vermogen niet overschrijden.

1527 Evenals bij certificering is deze toevoeging grotendeels ten overvloede. Logischerwijs zal de verplichting die met het verhaalsrecht correspondeert voldaan worden uit het APV-vermogen of de inkomsten daaruit. De toevoeging heeft mijns inziens echter het volgende praktische voordeel: net als bij certificering heb ik in dit voorstel opgenomen dat uitkeringen het verhaalsrecht slechts verminderen voor zover sprake is van uitkering in het jaar waar de heffing op ziet, dit om de begunstigde te beschermen. Uitkering in hetzelfde jaar zal evenwel niet altijd mogelijk zijn, bijvoorbeeld omdat de te belasten inkomsten zeer kort op jaareinde pas genoten worden. Deze toevoeging geeft (de beheerder van) het APV de mogelijkheid om na jaareinde een uitkering te doen en deze aan te merken als voldoening van de verplichting uit hoofde van het verhaalsrecht, in plaats van een (niet op het verhaalsrecht in mindering komende) uitkering. Daardoor wordt voorkomen dat de begunstigde naast het ontvangen van zijn uitkering ook nog een beroep doet op het verhaalsrecht.

en ogen is. Het verhaalsrecht is in zoverre niet de enig denkbare oplossing voor dit probleem. In paragraaf 15.8 zet ik een aantal denkbare benaderingen naast elkaar.

Voor de volledigheid merk ik ten slotte op dat een vergelijkbare regeling in geval van bewind niet noodzakelijk is. De zorg als een goed bewindvoerder brengt mijns inziens met zich dat de bewindvoerder er zorg voor draagt dat de belastingschulden van de rechthebbende, althans voor zover deze betrekking hebben op het onder bewind gestelde vermogen, voldaan worden. Daarnaast is de rechthebbende in dit geval juridisch eigenaar van de desbetreffende goederen. Weliswaar is hij in hoge mate beperkt in zijn mogelijkheden om hierover te beschikken, maar wellicht kan betoogd worden dat het betalen van belastingschulden in verband met deze goederen valt binnen het bereik van het verrichten van handelingen die geen uitstel kunnen lijden,¹⁵²⁸ indien de bewindvoerder op dit punt nalatig is.

15.3.5 Verhaalsrecht bij schenk- en erfbelasting

Hiervoor is gesproken over een verhaalsrecht voor de certificaathouder en de begunstigde van een APV in verband met door hen verschuldigde inkomstenbelasting. Ter zake van de verkrijging van certificaten, of de fictieve verkrijging van APV-vermogen op grond van artikel 16 SW of artikel 17 SW, kan echter ook schenk- of erfbelasting verschuldigd zijn. Men kan zich afvragen of een verhaalsrecht jegens de STAK c.q. het APV voor die situatie meerwaarde kan hebben. Voor bewind geldt dit overigens mijns inziens in elk geval niet, gelijk dat voor de inkomstenbelasting niet het geval is: de zorg als een goed bewindvoerder brengt in mijn ogen met zich dat de bewindvoerder zorgdraagt voor de voldoening van de schenk- of erfbelasting. Daarnaast neem ik aan dat sprake is van schulden in verband met de onder bewind gestelde goederen, zodat verhaal door de ontvanger hierop mogelijk is.¹⁵²⁹

De positie van de certificaathouder en de begunstigde van een APV is anders, en ook onderling verschillend. In het geval van de certificaathouder, kan slechts schenk- of erfbelasting verschuldigd zijn ter zake van de verkrijging van de certificaten. Daarna is hij de rechthebbende op de certificaten en uitkeringen daarop zijn dan uiteraard geen belastbaar feit voor de Successiewet. In zekere zin kan men de positie van de certificaathouder vergelijken met die van een bloot eigenaar of van een kind dat uit hoofde van de wettelijke verdeling een niet-opeisbare vordering op zijn langstlevende ouder verkrijgt: men verkrijgt een te belasten waarde, die echter (nog) niet verzilverd kan worden en aldus aangewend voor het voldoen van de verschuldigde belasting. Voor de genoemde situaties is overigens voorzien in een oplossing: bij de wettelijke verdeling is de langstlevende echtgenoot gezien artikel 4:13 lid BW gehouden om

1528 Artikel 4:166 BW.

1529 Vergelijk artikel 4:175 lid 1 sub b BW.

de erfbelastingsschuld van het kind te voldoen¹⁵³⁰ en in geval van de bloot eigenaar is dit geregeld in artikel 78 lid 1 SW. Het voorzien in een verhaalsrecht voor de certificaathouder past in dat patroon.

Een zekere nuancering is echter op zijn plaats. In het geval van inkomstenbelasting gaat de belastingheffing, los van forfaitaire heffing, gepaard met de realisatie van inkomsten bij de STAK. Dat betekent dat de STAK in beginsel beschikt over middelen om de verschuldigde belasting uit te voldoen, zonder dat de instandhouding van het gecertificeerde vermogen in gevaar komt. Zeker indien certificering heeft plaatsgevonden met oog op deze instandhouding, zoals bij certificering van een kunstcollectie of een landgoed het geval kan zijn, in tegenstelling tot het primair onthouden van zeggenschap aan de certificaathouder, kan het doel van de STAK in gevaar komen indien de middelen voor het betalen van belasting uit de STAK moeten komen en die geen ander vermogen bezit. Dit kan een argument zijn om af te zien van een verhaalsrecht in verband met de schenk- en erfbelasting. Daar valt tegen in te brengen dat de insteller er dan maar in moet voorzien, dat de STAK beschikt over voldoende middelen, althans dat de verkrijger daar anderszins de beschikking over krijgt. De bescherming van de certificaathouder weegt mijns inziens uiteindelijk zwaarder: hij verkrijgt de certificaten zoals ze zijn, met slechts de keuze tussen wel of niet aanvaarden en verdient daarmee meer bescherming dan het doel van de certificering, waarvoor de insteller bij het in het leven roepen van de certificering in de benodigde waarborgen kan voorzien.

Een verhaalsrecht voor de certificaathouder zou kunnen worden toegevoegd aan artikel 78 SW en als volgt kunnen luiden:

Indien vermogen is overgedragen ten titel van beheer aan een administratiekantoor, dat tegenover dit vermogen certificaten of vergelijkbare rechten heeft uitgegeven, dan is de verkrijger krachtens schenking of erfrecht bevoegd om, voor zover deze verkrijger schenkbelasting of erfbelasting is verschuldigd ter zake van de verkrijging van certificaten, te vorderen dat deze schenkbelasting respectievelijk erfbelasting door het administratiekantoor betaald wordt uit het gecertificeerde vermogen. De bevoegdheid als bedoeld in de eerste volzin ontstaat niet, voor zover het administratiekantoor een uitkering aan de verkrijger heeft gedaan, teneinde hem in staat te stellen om de schenkbelasting respectievelijk erfbelasting als bedoeld in de eerste volzin te voldoen. [Eventuele toevoeging: De bevoegdheid als bedoeld in de eerste volzin ontstaat niet, voor zover sprake is van een

1530 Artikel 4:13 lid 2 BW bepaalt dat de voldoening van de schulden van de nalatenschap in geval van toepassing van de wettelijke verdeling voor rekening van de langstlevende echtgenoot komt. Op grond van artikel 4:7 lid 1 sub e BW zijn de erfbelastingsschulden van de kinderen schulden van de nalatenschap, althans voor wat betreft hun verkrijging als erfgenaam (vergelijk Asser/Perrick 4, 2017/474).

samenhangende verkrijging krachtens schenking van dezelfde schenker van ander vermogen dan de certificaten, dan wel van een erfrechtelijke verkrijging van de verkrijger van dezelfde erflater, krachtens een door de erflater opgesteld testament of als erfgenaam bij versterf van de erflater, na aftrek van de ter zake van deze verkrijging verschuldigde schenkbelasting respectievelijk erfbelasting.]¹⁵³¹

Bij de begunstigde van het APV grijpt de heffing niet geheel op dezelfde momenten aan als bij de certificaathouder. Erfbelasting is in dit geval verschuldigd indien als gevolg van het overlijden van de inbrenger de toerekening van APV-vermogen voor de inkomstenbelasting vanaf dat moment overgaan op de begunstigde als erfgenaam van de inbrenger. Daarnaast kan schenkbelasting verschuldigd zijn, indien de begunstigde een uitkering uit het APV krijgt en voor zover het uitgekeerde vermogen niet aan hem werd toegerekend. In geval van een uitkering beschikt de begunstigde evenwel over financiële middelen, zodat er mijns inziens minder aanleiding is om hem een verhaalsrecht jegens het APV te geven. Dit ligt echter anders bij de fictieve verkrijging krachtens erfrecht, omdat deze in beginsel niet gepaard gaat met een daadwerkelijke verkrijging door de begunstigde. Een verhaalsrecht jegens het APV lijkt mij in dat geval wel op zijn plaats; bij een groot APV-vermogen en een relatief weinig vermogende begunstigde zou de begunstigde zelfs in financiële problemen kunnen komen indien hij niet voorzien wordt van de middelen om de erfbelasting te betalen.¹⁵³²

Een dergelijk verhaalsrecht zou kunnen worden opgenomen in artikel 78 SW en bijvoorbeeld als volgt kunnen luiden:

Indien sprake is van een verkrijging krachtens erfrecht als bedoeld in artikel 16, eerste lid, of van een verkrijging krachtens schenking als bedoeld in artikel 17, eerste lid,¹⁵³³ is de verkrijger bevoegd van het administratiekantoor te vorderen dat de verschuldigde erfbelasting respectievelijk schenkbelasting betaald wordt uit de bezittingen van het afgezonderde particuliere vermogen, waar de desbetreffende verkrijging krachtens erfrecht of schenking betrekking op heeft.

1531 Een mogelijkheid is om de mogelijkheid tot het vorderen van betaling uit het gecertificeerde vermogen niet te laten ontstaan voor zover de certificaathouder op hetzelfde moment ander vermogen verkrijgt, waarmee hij de verschuldigde belasting kan voldoen. Een gedachte is nog om die verkrijging slechts te laten meetellen, voor zover die expliciet bedoeld is om de erfbelasting over de fictieve verkrijging te betalen, maar dat maakt de regeling naar mijn mening (i) te ingewikkeld en (ii) te vatbaar voor manipulatie. De daadwerkelijke erfrechtelijke verkrijging moet nu uiteraard netto in aanmerking genomen worden waarbij de aftrek van belasting in dit geval logischerwijs geschiedt aan de voet van het tarief.

1532 Dit geldt overigens niet, althans in mindere mate indien sprake is van een fictieve verkrijging op grond van artikel 16 lid 2 SW, aangezien de begunstigde dan een afdwingbare aanspraak krijgt. Wel is denkbaar dat de opeisbaarheid daarvan is uitgesteld, Om redenen van eenvoud kies ik er evenwel voor om voor die situatie niet in een verhaalsrecht te voorzien; het onderscheid tussen de gevallen waarin daar een behoefte naar bestaat en gevallen waarin dat niet zo is, lijkt moeilijk te maken.

1533 Volledigheidshalve heb ik wel een verwijzing naar de schenkbelasting opgenomen. Veelal zal het effect hiervan een de aanwezigheid van een uitkering beperkt zijn.

De bevoegdheid als bedoeld in de eerste volzin ontstaat niet, voor zover uit de bezittingen van het desbetreffende afgezonderde particuliere vermogen een uitkering is gedaan aan de verkrijger, teneinde de verkrijger in staat de stellen om de erfbelasting respectievelijk schenkbelasting, verschuldigd ter zake van de verkrijging krachtens erfrecht respectievelijk als bedoeld in de eerste volzin, te voldoen.¹⁵³⁴ [Eventuele toevoeging: De bevoegdheid als bedoeld in de eerste volzin in verband met een verkrijging krachtens erfrecht als bedoeld in artikel 16, eerste lid, ontstaat niet, voor zover sprake is van een erfrechtelijke verkrijging van de verkrijger van de erflater, krachtens een door de erflater opgesteld testament of als erfgenaam bij versterf van de erflater, na aftrek van de ter zake van deze erfrechtelijke verkrijging verschuldigde erfbelasting.]¹⁵³⁵

Indien men tot de conclusie komt dat de positie van de erfgenaam/begunstigde van een APV en de certificaathouder, deze laatste in iets mindere mate omdat zijn uitgangspositie doorgaans gunstiger is vanwege een concrete aanspraak in de vorm van het certificaat, bescherming verdienen, dient deze bescherming zich naar mijn mening mede uit te strekken tot de schenk- en erfbelasting. Een verhaalsrecht jegens het APV c.q. de STAK kan die bescherming bieden.

Als men het ontbreken van adequate bescherming tegen voornoemde financiële problemen als een knelpunt ziet, rijst de vraag of dit een door onvolkomenheden in de wetgeving veroorzaakt knelpunt is. Mijns inziens is dat bij certificering niet het geval, maar bij de APV-regeling wel. Het verschil is gelegen in de positie van de certificaathouder respectievelijk erfgenaam/begunstigde van een APV, aan wie wordt toegerekend, in relatie tot het onder beheer gebrachte vermogen. De verkrijger van certificaten krijgt daadwerkelijk iets in handen en de omstandigheid dat hieraan zodanig beperkingen verbonden zijn dat er problemen ontstaan om de erfbelasting te betalen, kan moeilijk op het conto van de wetgever geschreven worden. Bij het APV ligt dat anders, aangezien de verkrijging en daarmee de verschuldigdheid van erfbelasting het gevolg zijn van een fiscale fictie. Het antimisbruikarakter van de APV-regeling in aanmerking nemend lijkt mij in zichzelf aanvaardbaar dat een geheel fiscale neutrale behandeling van een APV binnen dat uitgangspunt niet mogelijk is. Ook daarvan uitgaand is het ontbreken van een verhaalsmogelijkheid voor degene die geacht wordt het APV-vermogen krachtens erfrecht verkregen te hebben naar mijn mening een

1534 Een vraag is of de erfbelasting verschuldigd ter zake van de fictieve erfrechtelijke verkrijging in geval van samenloop met een daadwerkelijke erfrechtelijke verkrijging (die veelal de basis zal zijn voor de toerekening van APV-vermogen) aan de voet, aan de top of tegen het gemiddelde tarief genomen moet worden. Een redelijke interpretatie is mijns inziens om de belasting te berekenen aan de top, aangezien de begunstigde dit bedrag extra is verschuldigd als gevolg van de fictieve verkrijging.

1535 Ook hier is een optie om de mogelijkheid tot het vorderen van betaling uit het APV-vermogen niet te laten ontstaan voor zover de begunstigde daadwerkelijk verkrijgt van de inbrenger. In geval van een fictieve schenking op grond van artikel 17 SW speelt dit aspect niet, omdat dit niet gepaard zal gaan met een daadwerkelijke verkrijging door begunstigde die geacht wordt fictief te verkrijgen, anders dan in de vorm van een uitkering uit het APV, waarmee reeds rekening gehouden is.

onvolkomenheid in de wetgeving.¹⁵³⁶ Praktische problemen bij de effectuering van het verhaalsrecht zijn mijns inziens geen argument om geen regeling te treffen: hoewel de effectuering van het verhaalsrecht jegens het APV in de praktijk op problemen kan stuiten, kan hiervan wel een signaal uitgaan naar de beheerder van het APV, die toch geacht wordt (mede) in het belang van de begunstigten van het APV te handelen. Daarnaast is de kans dat een regeling niet voor iedere belastingplichtige een oplossing biedt naar mijn mening geen reden om af te zien van een regeling ten gunste van belastingplichtigen, die de scherpe kantjes van de APV-regeling wegneemt.

15.4 Certificering en box 3- kwalificatie en -vrijstellingen

In paragraaf 13.4.3.1 is reeds besproken dat het mijn voorkeur zou hebben indien, als de certificaathouder economisch eigenaar is van het gecertificeerde vermogen, voor de forfaitaire heffing in box 3 aangeknoopt zou worden bij dit gecertificeerde vermogen in plaats van bij de certificaten. Dit heeft gevolgen voor de waardering van de certificaten, maar ook voor de vrijstellingen, aangezien deze dan naar mijn mening van toepassing zouden moeten zijn. Indien gekeken wordt naar het certificaat, is het ook het certificaat dat gewaardeerd dient te worden, waarbij de waarde in het economische verkeer van het certificaat lager kan zijn dan die van het gecertificeerde goed. Ook is het certificaat dan het uitgangspunt voor de toepassing van eventuele vrijstellingen. In dit verband heb ik geconstateerd dat er weliswaar aanknopingspunten zijn voor deze benadering, maar dat in wezen hierover geen duidelijkheid bestaat. Het ontbreken van deze duidelijkheid kan men beschouwen als een knelpunt. Dit knelpunt wordt mijns inziens in elk geval ten dele veroorzaakt door een onvolkomenheid in de wetgeving: weliswaar is economische eigendom een in de jurisprudentie ontwikkeld concept, dat waar voor de directe belastingen (nagenoeg) geen regelingen in de wet zijn opgenomen, maar de genoemde onduidelijkheid in de fiscale behandeling van certificaten in box 3 wordt mede veroorzaakt door de zeer restrictieve interpretatie die de staatssecretaris aan het begrip “zaak” geeft in de context van box 3, welke interpretatie in het geval van economische eigendom tot de geconstateerde onduidelijkheid leidt. Zonder deze interpretatie zou het concept economische eigendom zonder veel problemen toe te passen zijn in de context van box 3.¹⁵³⁷

Waarover geen onduidelijkheid bestaat, is het standpunt van de staatssecretaris ter zake van de toepassing van box 3-vrijstellingen in geval van certificering: hij hanteert een zeer restrictieve interpretatie van de vrijstellingen en hij heeft ook expliciet aangegeven dat de vrijstelling voor voorwerpen van kunst en wetenschap niet toe te passen is op

1536 Naar mijn mening leidt het creëren van een de mogelijkheid dat belasting verschuldigd is op basis van de toerekening van vermogen in combinatie met het ontbreken van een verhaalsmogelijkheid tot voor de belastingplichtige ongerijmde effecten, oftewel een onvolkomenheid in categorie 3(a) zoals gedefinieerd in hoofdstuk 2.

1537 Daarmee is naar mijn mening sprake van een onvolkomenheid vallend in categorie 2(b).

certificaten. In hoeverre dit als zodanig als een knelpunt te beschouwen is, hangt naar mijn mening af van de omstandigheden. De wetgever heeft met de vrijstellingen een bepaald handelen willen stimuleren, zoals het bezit van kunst en van landgoederen, en het uitgangspunt, dat deze vrijstellingen slechts beschikbaar zijn voor de eigenaar van dergelijke zaken en niet tevens voor personen die slechts een recht op c.q. afgeleid van de waarde van de zaak hebben, komt mij niet als onredelijk voor. In het tweede geval wordt het met de vrijstelling nagestreefde doel in beginsel¹⁵³⁸ niet gediend.

Wel dient naar mijn mening de certificaathouder, die economische eigenaar van het gecertificeerde vermogen is, op dezelfde wijze behandeld te worden als de juridisch eigenaar. Uit verschillende arresten volgt mijns inziens dat het concept, dat de economische eigenaar wordt beschouwd als fiscale eigenaar, ook te gelden heeft in box 3. Het gevolg daarvan is, dat voor de box 3-heffing het gecertificeerde vermogen in aanmerking genomen dient te worden en niet het certificaat. Logischerwijs kunnen dan ook de box 3-vrijstellingen van toepassing zijn. Het niet kunnen toepassen van de vrijstellingen kan dan beschouwd worden als een knelpunt: degene die om civielrechtelijke redenen certificering wil inzetten voor de bescherming van vermogen, wordt daarvan mogelijk weerhouden omdat dit een significante hogere belastingheffing tot gevolg heeft. Dit knelpunt is naar mijn mening het gevolg van een onvolkomenheid in de wetgeving: de zeer restrictieve interpretatie heeft voor een belastingplichtige die geen vrijstelling geniet, terwijl hij economisch in dezelfde positie verkeert als een juridische eigenaar die deze vrijstelling wel krijgt, een onredelijk en ongerijmd effect.¹⁵³⁹ Indien de certificaathouder echter geen economisch eigenaar is en derhalve wel naar het certificaat gekeken wordt, komt het mij gezien de achtergrond van de vrijstellingen niet als bezwaarlijk voor dat deze niet beschikbaar zijn. De positie van deze certificaathouder is, in tegenstelling tot die van de certificaathouder – economisch eigenaar, niet (fiscaal) hetzelfde als die van de juridische eigenaar van het goed.

Het eerste knelpunt, onduidelijkheid over de fiscale behandeling, kan worden opgelost door in de wet te regelen hoe certificaten van box 3-vermogen fiscaal behandeld worden. Daarbij zou naar mijn mening geregeld dienen te worden dat een certificaathouder met economische eigendom op dezelfde wijze behandeld wordt als de juridische eigenaar. Dat neemt dan tevens het tweede knelpunt weg. Een mogelijkheid is om hiertoe in hoofdstuk 5 van de Wet IB 2001 een bepaling op te nemen die het voorgaande regelt.

1538 Men zou hier anders over kunnen denken indien sprake is van een splitsing van de juridische eigendom die niet door betrokkenen zelf in het leven is geroepen, hetgeen zich vermoedelijk met name voor zal doen indien krachtens testament aan één verkrijger het vruchtgebruik is gelegateerd en aan de andere de bloot eigendom. Om een voorziening de treffen voor dergelijke situaties is echter een gedetailleerde regeling nodig, althans indien men bijvoorbeeld de situatie dat het vruchtgebruik gekocht is van een derde niet wil vrijstellen. De keuze om slechts aan te sluiten bij volle eigendom om redenen van eenvoud is mijns inziens wel te rechtvaardigen. Overigens komt de situatie van een erfrechtelijk vruchtgebruik gezien de defiscalisering van artikel 5.4 Wet IB 2001 vermoedelijk in de meeste gevallen toch binnen het bereik van de vrijstelling.

1539 Derhalve is sprake van een onvolkomenheid in categorie 3(a).

Men is er echter ook met invoering van de door mij in paragraaf 15.3.3 voorgestelde regeling voor het genietingsmoment en het verhaalsrecht voor de certificaathouder: deel van het voorstel is om voor het bepalen van de omvang van de heffing te doen alsof de certificaathouder rechtstreeks rechthebbende is op het gecertificeerde vermogen. Dat impliceert behandeling als juridisch eigenaar en daarmee de mogelijkheid om de box 3-vrijstellingen toe te passen.

Het voorgaande zou dan overigens ook gelden voor de certificaathouder – niet-economisch eigenaar, omdat mijn voorstel geen onderscheid maakt tussen beide situaties. Hoewel ik het niet kunnen toepassen van de box 3-vrijstellingen in dit laatste geval niet als een knelpunt beschouw, heb ik er ook geen bezwaar tegen om de vrijstellingen ook in dit geval toe te passen. Hoewel niet volledig, heeft ook deze certificaathouder een groot economisch belang bij het gecertificeerde vermogen. De behandeling van de certificaathouder – niet-economisch eigenaar als juridisch eigenaar heeft bovendien ook een keerzijde: het voordeel van een eventueel verschil in waarde in het economische verkeer tussen het certificaat en het gecertificeerde vermogen valt weg. Het is logisch en consistent om deze certificaathouder dan tevens het voordeel van de box 3-vrijstellingen toe te kennen.

15.5 Toerekening aan meerdere personen – contouren van een regeling voor de administratieve “verdeling” van APV-vermogen¹⁵⁴⁰

In paragrafen 14.3.2.6, 14.3.3.2 en 14.4.2.3 ben ik ingegaan op de verschillende fiscale complicaties die zich kunnen voordoen als gevolg van het (gaan) toerekenen van het vermogen van een APV aan meerdere personen, zoals een met inkomstenbelasting belaste vervreemding of uitkering of kruislingse schenkingen tussen begunstigden die alle een uitkering van (relatief) gelijke omvang ontvangen. Naar mijn mening is dit een van de voornaamste belemmeringen, als gevolg waarvan een APV niet goed als beschermingsfiguur kan functioneren, omdat de gevolgen van het APV significant minder gunstig zijn dan de fiscale gevolgen van het niet afzonderen van vermogen.

Mijns inziens gaat de APV-regeling daarmee verder dan noodzakelijk is. Dat de wetgever het buiten de heffingssfeer brengen van vermogen wil tegengaan is logisch en legitiem. Het gevolg van de huidige regeling is dat ook de inbrenger die om civielrechtelijke redenen, het beheer en de bescherming van familievermogen, een APV wil instellen, hierin belemmerd wordt door de (veel) minder gunstige fiscale behandeling van het APV. Deze behandeling is primair het gevolg van de toerekening als ware iedere persoon aan wie wordt toegerekend rechthebbende op een evenredig deel van een goed dat in een eenvoudige gemeenschap door hen allen gehouden wordt. Dat maakt dat uitkeringen

¹⁵⁴⁰ Deze tekst is grotendeels gepubliceerd als artikel, zie A.E. de Leeuw, Afgezonderd particulier vermogen en toerekening aan meerdere personen (delen I en II), WPNR 2011/6959 en 2011/6960).

niet te herleiden zijn tot een bepaald “aandeel” en dat iedere inbreng of uitkering een vervreemding vormt. Dit gebrek aan fiscale neutraliteit is een knelpunt, dat het gevolg is van een onvolkomenheid in de fiscale wetgeving: hoewel de APV-regeling als zodanig een legitiem doel dient, is hij op dit punt te grofmazig, hetgeen tot voor belastingplichtigen ongerijmde uitkomsten leidt.¹⁵⁴¹

In deze paragraaf ga ik derhalve in op een alternatief. Hierbij zij nogmaals benadrukt dat ik de huidige APV-regeling als uitgangspunt neem en vervolgens een voorstel doe voor een regeling waarmee de bestaande regeling meer in lijn gebracht kan worden met de bedoeling die hier achter zit. Dit voorstel neemt niet alle bezwaren tegen de APV-regeling weg. Om hieraan tegemoet te komen zou echter voor een geheel andere regeling gekozen moeten worden, hetgeen de wetgever niet gedaan heeft. Aan dergelijke alternatieven, die overigens ook weer met bepaalde bezwaren gepaard kunnen gaan, ga ik dan ook voorbij.

15.5.1 Aansluiting bij parallel met situatie zonder inbreng

De APV-regeling beoogt zo veel mogelijk de situatie na te bootsen waarin de inbreng niet heeft plaatsgevonden, door onder meer toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden en het in aanmerking nemen van een belaste “vererving” van het APV-vermogen naar iedere volgende generatie. Mijns inziens kan dit uitgangspunt binnen de systematiek van de APV-regeling veel verder doorgevoerd worden, door een administratieve “verdeling” van het APV-vermogen toe te staan. Dit biedt dan ook de kennelijk door de wetgever voorgestane mogelijkheden voor het bestuur van het APV om (onder omstandigheden) uitkeringen te doen zonder dat die onderworpen zijn aan schenkbelasting omdat de uitkering gedeeltelijk geacht wordt een schenking van een ander te zijn. Binnen deze achtergrond van de regeling komt het mij als redelijk voor dat eenieder die geacht wordt een deel van het APV-vermogen te “bezitten” zijn aandeel uit het APV kan ontvangen. “Bezit” is overigens mijns inziens in deze context niet strijdig met de discretionaire aard van het APV, aangezien dit gebaseerd is op de toerekening die voortvloeit uit artikel 2.14a Wet IB 2001.¹⁵⁴² Die toerekening gaat volstrekt voorbij aan de omstandigheid dat de “bezitter” geen enkel juridisch afdwingbare aanspraak op zijn “bezit” heeft.

Het voorgaande vereist dat voor inkomstenbelastingdoeleinden het uitgangspunt van gemeenschappelijke “eigendom” wordt losgelaten en dat in plaats daarvan “bezittingen” en “schulden” worden toegerekend op basis van de daadwerkelijke inbreng en zaaksvervanging. Dit past mijns inziens in de gedachte dat zo veel mogelijk de parallel wordt getrokken met de situatie waarin nooit is ingebracht. Bovendien voorkomt dit dat

1541 Oftewel nog een onvolkomenheid in categorie 3(a).

1542 Zie voor een nadere beschouwing over de verhouding tussen dit systeem en de discretionaire aard van het APV paragraaf 15.5.3.

een vervreemding in aanmerking genomen wordt, en belasting betaald moet worden zonder dat daadwerkelijk gerealiseerd is, indien sprake is van inbreng door meerdere personen in één APV. Indien de inbrenger overlijdt en het APV-vermogen “vererft”, is toerekening aan de erfgenamen op pro rata basis uiteraard wel logisch: hier valt de parallel te trekken met de civielrechtelijke vererving, waar ook een onverdeeldheid kan ontstaan.¹⁵⁴³ Het ontstaan van de gemeenschappelijkheid leidt hier ook niet tot de verschuldigdheid van inkomstenbelasting.¹⁵⁴⁴ Men zou overigens zelfs de parallel zo ver door kunnen trekken dat een “verdeling” van het “geërfde” APV-vermogen mogelijk wordt geacht, zodat de “onverdeeldheid” die na het overlijden van de inbrenger ontstaat opgeheven kan worden.¹⁵⁴⁵ Dit vereist uiteraard een zorgvuldige administratie, maar dat geldt voor het volgen van specifiek aan een bepaalde persoon toegerekende bezittingen en schulden in het algemeen. Conceptueel bestaat er naar mijn mening geen bezwaar tegen deze benadering en past deze zelfs goed bij de gedachte achter de APV-regeling. Wel rijst de vraag in hoeverre een dergelijke administratie/verdeling zich verdraagt met het discretionaire karakter van het APV, maar naar mijn mening kunnen deze twee concepten naast elkaar bestaan, zie paragraaf 15.5.3.

Omdat de toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden op basis van “aandelen” een zorgvuldige administratie vereist, zal het regelmatig voorkomen dat het niet mogelijk is om (nog) te bepalen wat het “aandeel” is van eenieder aan wie wordt toegerekend. Als dit niet gebeurt, is dat echter de verantwoordelijkheid van de bestuurder van het APV¹⁵⁴⁶ en niet van de wetgever. Als het APV-vermogen niet meer naar bepaalde personen te herleiden is, lijkt gemeenschappelijke “eigendom” mij dan ook een praktische en niet onredelijke benadering. De consequentie voor de begunstigten is dat de uitkering van een “aandeel” zonder heffing van schenkbelasting niet mogelijk is, omdat er geen grond is voor afwijking van de hoofdregel die artikel 17 lid 1 SW geeft. Bovendien kan een uitkering dan eerder aanleiding geven tot een aan inkomstenbelasting onderworpen vervreemding tussen de begunstigten. Het apart aanhouden van aandelen voorkomt ten slotte, althans in vergelijking met de situatie waarin iedere begunstigde uiteindelijk een gelijk deel moet krijgen, dat rendementen niet zuiver verdeeld worden of dat inkomstenbelasting geheven wordt ter zake van het “aandeel” van een ander.

Aangezien het uitgangspunt van gemeenschappelijke “eigendom” niet gebaseerd is op

1543 Los van toepassing van de wettelijke verdeling, een ouderlijke boedelverdeling, etc.

1544 De “vererving” zelf kan dat wel doen, bijvoorbeeld bij een aanmerkelijk belang waarop de doorschuiffaciliteit van artikel 4.17a Wet IB 2001 niet van toepassing is.

1545 Een dergelijke “verdeling” kan tot de verschuldigdheid van inkomstenbelasting leiden, afhankelijk van de aard van het vermogen. Indien dit echter kort na het overlijden van de inbrenger gedaan wordt, zal doorgaans nog geen sprake zijn van een meerwaarde en kan heffing dus voorkomen worden. Bovendien kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van de Wet IB 2001 ook toegepast worden op APV-vermogen en indien “verdeling” mogelijk wordt geacht lijkt een logisch verlengstuk daarvan om ook de faciliteiten die betrekking hebben op de verdeling van een nalatenschap, zoals artikel 4.17b Wet IB 2001, van toepassing te achten.

1546 Gesteld dat het initiatief tot de administratieve verdeling van dit bestuur uitgaat, zie ook paragraaf 15.5.2.

de tekst van artikel 2.14a Wet IB 2001, maar slechts op een interpretatie daarvan in de parlementaire geschiedenis, kan de toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden op de hierboven beschreven wijze mijns inziens geïmplementeerd worden door middel van de aanpassing van artikel 4a Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001.¹⁵⁴⁷ Door de schakelbepaling van artikel 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting werkt dit bovendien door naar de Successiewet 1956, maar volledigheidshalve lijkt het me aan te bevelen om in artikel 17 SW expliciet op te nemen dat in geval van een administratieve “verdeling” deze gevolgd wordt, in afwijking van de hoofdregel van artikel 17 lid 1 SW. Op basis van dit systeem is het dan mijns inziens mogelijk om in de volgende situaties uitkeringen aan een begunstigde te doen, zonder dat dit leidt tot de heffing van schenkbelasting:

- (a) De inbrenger kan zijn eigen inbreng (en de vruchten daarvan en/of wat hier voor in de plaats is gekomen) zonder heffing van schenkbelasting ontvangen uit het APV, ook als sprake is van meerdere inbrengers. Als gevolg van de toerekening op basis van daadwerkelijke inbreng leidt dit bovendien niet tot een vervreemding voor de inkomstenbelasting.
- (b) De inbrenger kan ook een deel van zijn eigen inbreng ontvangen, waarbij de uitkering wordt toegerekend aan diens “aandeel”. Dit heeft geen schenkbelasting- of inkomstenbelastingconsequenties.
- (c) Erfgenamen van de inbrenger kunnen hun eigen “aandeel” in het APV-vermogen geheel of gedeeltelijk ontvangen zonder heffing van schenkbelasting, analoog aan (a) en (b). Als het bestuur van het APV er bovendien voor gekozen heeft om het “vererfde” APV-vermogen te “verdelen” over de erfgenamen, zodat ieder voor inkomstenbelastingdoeleinden (uitsluitend) zijn “aandeel” krijgt toegerekend, kan de uitkering bovendien geschieden zonder dat dit aanleiding geeft tot de heffing van inkomstenbelasting. Indien het APV geen vermogen heeft ter zake waarvan de vervreemdingswinst belast is, is uiteraard sowieso geen inkomstenbelasting verschuldigd.
- (d) Punten (a) tot en met (c) zien op de situatie waarin de “bezitter” van het APV-vermogen dit (deels) uitgekeerd krijgt. Artikel 17 SW ziet, naast op deze uitkeringen, echter ook en wellicht primair op uitkeringen aan anderen. De wettekst schrijft voor dat een dergelijke uitkering een (deel)schenking is van iedere persoon aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend en ook in de parlementaire geschiedenis komt een voorbeeld voor waaruit deze interpretatie volgt.¹⁵⁴⁸

De vraag is echter waarom, indien het bestuur van het APV de mogelijkheid heeft

¹⁵⁴⁷ Zie paragraaf 15.5.2.3 voor een tekstvoorstel.

¹⁵⁴⁸ Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 3, pagina 37 – 38.

om aan de “bezitter” van APV-vermogen een deel van diens eigen “aandeel” in het APV-vermogen uit te keren, het dan niet mogelijk zou zijn om ten laste van specifiek diens “aandeel” een schenking aan een ander te doen. Hierbij kan gedacht worden aan een APV waarvan het vermogen wordt toegerekend aan de erfgenamen A, B en C en waarbij het bestuur van het APV een uitkering doet aan D, de dochter van A, die ook begunstigde van het APV is. De uitkering zou dan ten laste van het “aandeel” van A gebracht worden en niet mede ten laste van de “aandelen” van B en C.

Het op deze manier doen van uitkeringen ten laste van een specifiek “aandeel” stuit in mijn ogen niet op bezwaren binnen de bedoeling van de APV-regeling en doet daarentegen juist meer recht aan die bedoeling: in de situatie waarin A, B en C ieder een (daadwerkelijke) schenking doen aan hun kinderen, ligt het meer voor de hand dat eenieder het geheel van het door hem te schenken bedrag over zijn eigen kinderen verdeelt, dan dat kruislingse schenkingen aan de wederzijdse neven en nichten plaatsvinden. Het past binnen de parallel tussen de APV-regeling en de situatie waarin niet is ingebracht om in het eerste geval ook uitkeringen binnen de eigen familiekring mogelijk te achten. Dit sluit bovendien meer aan bij de beleving die betrokkenen vermoedelijk bij de herkomst van hun APV-uitkering hebben.

15.5.2 Initiatief tot verdeling

Bij de systematiek van verdeling in “aandelen” rijst de vraag wie deze verdeling tot stand brengt, het bestuur van het APV of de erfgenamen (en in voorkomend geval de inbrengers) aan wie wordt toegerekend. Alvorens ik deze vraag beantwoord, ga ik echter eerst kort in op twee mogelijke knelpunten verbonden aan de verdelingsystematiek:

(i) Heffing van inkomstenbelasting bij één persoon

De APV-regeling kan tot gevolg hebben dat inkomstenbelasting verschuldigd wordt door personen die de belaste vervreemdingswinst (als gevolg van een uitkering), die aan hen wordt toegerekend, niet daadwerkelijk realiseren. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien het APV aanmerkelijkbelangaandelen met een meerwaarde bezit en deze uitkeert aan een begunstigde. Men kan dit effect onredelijk vinden, maar dat is het gevolg van de keuze voor de APV-regeling. Onder de huidige regeling is dit een risico van de erfgenamen gezamenlijk. Op het moment dat een administratieve verdeling wordt aangebracht en een uitkering uit één “aandeel” plaatsvindt, wordt dit echter het risico van uitsluitend de desbetreffende erfgenaam. Dat is overigens niet slechts het gevolg van de verdeling als zodanig, maar mede van de beslissing van het bestuur van het APV om de uitkering ten laste van een specifiek “aandeel” te brengen.

De vraag is echter hoe bezwaarlijk dit is. Ook bij de geldende interpretatie van de regeling kan een uitkering leiden tot heffing van inkomstenbelasting bij personen die niets ontvangen, en bij een uitkering aan een erfgenaam juist niet bij degene die de uitkering krijgt, hetgeen ook als een knelpunt beschouwd kan worden. Het enige verschil is dat dit nadeel nu ten laste van één persoon kan komen, in plaats van de erfgenamen (die niets ontvangen) gezamenlijk. Het echte effect, toerekening van winsten aan personen die dit niet realiseren, wordt echter veroorzaakt door de systematiek van de APV-regeling, welke ik zoals gezegd tot uitgangspunt heb genomen. In paragraaf 15.3.4 ga ik in op de mogelijkheid dat de wetgever dit knelpunt oplost, door middel van een verhaalsrecht voor degene(n) aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend.

Daarnaast kan dit knelpunt naar mijn mening worden weggenomen door bij het instellen van het APV een regeling te treffen die bepaalt dat, indien uitkeringen worden gedaan die bij een persoon aan wie wordt toegerekend tot belastingheffing leiden,¹⁵⁴⁹ het bestuur van het APV verplicht is om de “inkomstenbelastingschade”¹⁵⁵⁰ te vergoeden. Een dergelijke regeling heeft overigens mijns inziens ook bij de geldende interpretatie van de APV-regeling meerwaarde. Ook nu kan zich immers gemakkelijk de situatie voordoen dat een uitkering aan de ene begunstigde tot de verschuldigdheid van inkomstenbelasting bij een andere begunstigde leidt. Daarnaast leidt de toerekening van box 3-vermogen jaarlijks tot de verschuldigdheid van belasting, ongeacht of uitkeringen gedaan worden, zodat het zinvol is om een regeling voor de betaling hiervan te treffen.

Het is natuurlijk mogelijk dat de inbrenger verzuimt om een dergelijke regeling te treffen en in dat geval kan een erfgenaam benadeeld worden. Dit zie ik echter niet als een onoverkomelijk bezwaar tegen het aanbrengen van een verdeling in “aandelen”: het instellen van een APV als zodanig brengt potentieel negatieve fiscale consequenties voor de erfgenamen van de inbrenger met zich, waarbij het in beginsel aan de inbrenger is om hier een regeling voor te treffen. De mogelijkheid dat een dergelijk risico op één persoon kan komen te liggen in plaats van de erfgenamen gezamenlijk doet niet af aan dit principe. Dit geldt te meer indien de erfgenamen gezamenlijk en unaniem ingestemd hebben met de verdeling, omdat zij daarmee dan ook het fiscale risico aanvaard hebben.

(ii) Differentiatie van het fiscale risico

Het vermogen van het APV kan in meerdere boxen vallen, waarbij box 2- en box 3-vermogen het meest waarschijnlijk is. Zolang de erfgenamen allen een gelijk aandeel in ieder vermogensbestanddeel hebben, is hun fiscale risico (in de zin van de wijze waarop over dit vermogen geheven wordt) gelijk. Op het moment dat echter

1549 Gezien de verdeling in “aandelen” is dit dan per definitie een ander dan degene aan wie wordt toegerekend.

1550 Ik bespreek de fiscale kwalificatie van een dergelijke “schadevergoeding” in paragraaf 15.8.

een verdeling in “aandelen” wordt gemaakt en bijvoorbeeld het ene “aandeel” het box 2-vermogen gaat omvatten en het andere het box 3-vermogen, dan gaan de erfgenamen aan wie deze “aandelen” worden toegerekend verschillende fiscale risico's lopen. Voor de erfgenaam aan wie het box 2-vermogen wordt toegerekend is het gevolg dat hij als enige geconfronteerd wordt met het risico op heffing bij een uitkering hieruit, terwijl de erfgenaam die het box 3-vermogen krijgt toegerekend jaarlijks geconfronteerd wordt met de forfaitaire box 3-heffing.

Ook dit risico is mijns inziens echter voldoende te mitigeren door een schadevergoedingsregeling op te nemen. In de praktijk kan het risico bovendien gespreid blijven over de erfgenamen door een zodanige administratieve verdeling te maken dat ieder “aandeel” een pro rata deel van alle bezittingen en schulden van het APV-vermogen omvat, als het ware een eenvoudige gemeenschap. Dit leidt niet tot een wijziging in het vermogen dat aan de erfgenamen wordt toegerekend, maar geeft wel de flexibiliteit van het kunnen doen van uitkeringen uit een specifiek “aandeel”. Voorts meen ik dat het bezwaar tegen de gevolgen van deze differentiatie van risico vervallen als alle erfgenamen instemmen met de verdeling.

Volledigheidshalve merk ik op dat ik een dergelijke “verdeling”, waarbij een erfgenaam bijvoorbeeld het box 2-vermogen krijgt en een andere het box 3-vermogen, niet zou beschouwen als een vorm van misbruik, ook niet als dit tot een gunstiger fiscale positie leidt. Indien het desbetreffende vermogen op reguliere wijze vererft en sprake is van een daadwerkelijke onverdeelde nalatenschap, dan hebben de erfgenamen ook de vrijheid om deze nalatenschap zodanig te verdelen dat dit tot een gunstig fiscaal resultaat leidt. Tegen het bereiken van een vergelijkbaar resultaat bij de “verdeling” van APV-vermogen zou dan evenmin bezwaar moeten bestaan. Zowel de daadwerkelijke verdeling van een nalatenschap als de “verdeling” van APV-vermogen is in principe definitief en het wijzigen van de verdeling leidt ook tot een, in voorkomend geval belaste, vervreemding.

15.5.2.1 Initiatief van het bestuur van het APV

Het ligt naar mijn mening het meest voor de hand dat het bestuur van het APV initiatief neemt tot de administratieve verdeling, uiteraard gesteld dat de regelingen met betrekking tot het APV dit toestaan. Het bestuur beschikt ook over de gegevens die noodzakelijk zijn voor het maken en bijhouden van de administratieve verdeling. Deze verdeling kan zowel met als zonder medeweten van de erfgenamen gemaakt worden, hoewel deze hier in principe uiterlijk op het moment dat een uitkering gedaan wordt kennis van zullen krijgen (althans indien deze leidt tot belastingheffing). Een eleganter alternatief, dat ook past binnen de gedachte dat het APV primair dient om het familievermogen te beheren, is het opstellen van een regeling die het bestuur van het APV de mogelijkheid geeft om een administratieve verdeling voor te stellen,

maar waarbij voor de daadwerkelijke implementatie hiervan de instemming van de erfgenamen vereist is.¹⁵⁵¹

Mijns inziens zou een verdeling op initiatief van het APV-bestuur gevolgd moeten worden bij de toerekening van het APV-vermogen, ongeacht of de hierboven genoemde potentiële bezwaren daadwerkelijk weggenomen zijn. Zoals gezegd zijn naar mijn mening bepaalde fiscale risico's inherent aan het instellen van een APV en is het de verantwoordelijkheid van de inbrenger om deze te ondervangen.

15.5.2.2 Initiatief van de erfgenamen (of inbrengers)

Naast het bestuur kunnen de erfgenamen het initiatief tot een administratieve verdeling nemen. Dit ligt echter naar mijn mening minder voor de hand, alleen al vanwege de praktische bezwaren: de erfgenamen zullen veelal niet over voldoende gedetailleerde informatie over het APV-vermogen beschikken om een volledige verdeling te kunnen maken en bijhouden.

Daarnaast lopen de erfgenamen een behoorlijk risico, althans indien het APV-bestuur niet aangeeft de verdeling over te zullen nemen. Het is immers zeer wel mogelijk dat het APV-bestuur bij zijn uitkeringsbeleid van de verdeling afwijkt, onbewust als het bestuur niet van de verdeling op de hoogte is, of bewust, als het een ander beleid voorstaat. Dit risico kan natuurlijk door de erfgenamen aanvaard worden, maar gezien de mate van onzekerheid lijkt me dat niet heel waarschijnlijk.

Een alternatief is een regeling die de erfgenamen de mogelijkheid geeft om een verdeling op te stellen, waarbij het APV-bestuur verplicht is om deze te volgen. Dan rijst echter de vraag of dit niet te zeer afdoet aan het discretionaire karakter van het APV,¹⁵⁵² aangezien op initiatief van de erfgenamen als het ware voorgesorteerd wordt richting bepaalde uitkeringen. Dit voorsorteren doet zich natuurlijk ook voor bij een verdeling door het bestuur, maar dan hebben de erfgenamen daar geen invloed op. Ook kan gezegd worden dat het bestuur van het APV bij het uitkeringsbeleid nog steeds kan afwijken van de administratieve verdeling, maar desondanks acht ik de kans dat deze verdeling in meer of mindere mate gevolgd zal worden vrij groot, zodat de erfgenamen met hun verdeling hier de facto invloed op uitoefenen. Of het APV onder deze omstandigheden nog volledig discretionair is valt dan ook te betwijfelen en om discussie te voorkomen lijkt een dergelijke regeling mij dan ook af te raden.

In het algemeen acht ik een verdeling door de erfgenamen, hoewel weinig

1551 Daarbij is overigens de vraag of unanieme instemming in dit geval de voorkeur heeft, het wordt dan erg gemakkelijk voor één erfgenaam om de verdeling te blokkeren.

1552 Dat is bij de administratieve verdeling als zodanig naar mijn mening niet het geval, zie paragraaf 15.5.3.

waarschijnlijk, bestaanbaar. Gezien de hierboven genoemde twee knelpunten dient deze naar mijn mening echter alleen fiscaal gevolgd te worden indien de verdeling unaniem door de erfgenamen gesteund wordt. Indien een of meer erfgenamen zonder hun instemming met dergelijke risico's geconfronteerd worden, wegen deze risico's mijns inziens te zwaar.

Het voorgaande geldt op vergelijkbare wijze indien sprake is van meer dan één inbrenger, waarbij ik opmerk dat de positie van de inbrengers in één opzicht van die van de erfgenamen verschilt: op het moment van de inbreng hebben zij invloed op de voorwaarden waaronder dit gebeurt, dus op dat moment kan een inbrenger mijns inziens een bepaalde administratieve verdeling aanbrenghen zonder dat dit het discretionaire karakter van het APV raakt.

15.5.2.3 Tekstvoorstel

Het voorgaande in aanmerking nemend, ben ik van mening dat zowel een verdeling op initiatief van het bestuur van het APV, als op initiatief van de erfgenamen gezamenlijk (unaniem) mogelijk is, uiteraard voor zover de regelingen betreffende het APV dit toestaan, en dat dit voor de toerekening voor inkomstenbelastingdoeleinden gevolgd zou moeten worden. De bepalingen die dit regelen kunnen als volgt vormgegeven worden:

- De leden 2 en 3 van artikel 4a Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 worden geschrapt, onder wijziging van het kopje van artikel 4a Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 in "Afgezonderd particulier vermogen".
- Na artikel 4a Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 worden nieuwe artikelen 4b en 4c Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 ingevoegd, met de volgende tekst:

Artikel 4b. Toerekening afgezonderd particulier vermogen

1. *De bezittingen en schulden van een afgezonderd particulier vermogen kunnen voor de toerekening hiervan als bedoeld in artikel 2.14a, eerste lid, van de wet administratief verdeeld worden over degenen aan wie deze toegerekend worden (de toerekeningssubjecten). Van een administratieve verdeling in de zin van dit lid is sprake indien de bezittingen en schulden ten behoeve van de toerekening administratief worden toegedeeld aan de toerekeningssubjecten en per toerekeningssubject de waardemutaties van en opbrengsten en uitgaven voortvloeiende uit deze bezittingen en schulden, alsmede de bezittingen en schulden die voor deze bezittingen en schulden in de plaats komen en de uit deze bezittingen voortgekomen vruchten, worden bijgehouden. Een dergelijke administratieve verdeling*

wordt slechts beschouwd als een administratieve verdeling in de zin van dit lid als deze tot stand gebracht is door de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particulier vermogen of als gevolg van een unanieme beslissing van de toerekeningssubjecten.

- 2. Indien sprake is van een administratieve verdeling als bedoeld in het eerste lid krijgt ieder toerekeningssubject uitsluitend die bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen toegerekend, die op grond van deze verdeling aan hem zijn toegedeeld, alsmede de bezittingen en schulden die voor de eerstgenoemde bezittingen en schulden in de plaats gekomen zijn, de uit de toegerekende bezittingen voortgekomen vruchten en de uit deze bezittingen en schulden voortvloeiende opbrengsten en uitgaven.*
- 3. Indien sprake is van meer dan een persoon die vermogen heeft afgezonderd in de zin van artikel 2.14a, derde lid, van de wet (een inbrenger) in eenzelfde afgezonderd particulier vermogen, worden in afwijking van het eerste lid aan ieder van hen die bezittingen en schulden toegerekend die door de desbetreffende inbrenger zijn afgezonderd, hetgeen voor deze bezittingen en schulden in de plaats is gekomen en de vruchten uit deze bezittingen, alsmede de uit deze bezittingen en schulden voortvloeiende opbrengsten en uitgaven.*
- 4. Indien sprake is van meerdere inbrengers en de bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen niet volledig zijn te herleiden tot een bepaalde inbrenger op de wijze als bedoeld in het derde lid, vindt de toerekening aan de inbrengers op de volgende wijze plaats:*
 - a. voor zover bezittingen en schulden wel te herleiden zijn tot een bepaalde inbrenger, worden deze aan hem toegerekend;*
 - b. van de niet op grond van sub a toegerekende bezittingen en schulden (de niet herleidbare bezittingen en schulden) wordt aan iedere inbrenger een pro rata aandeel in deze bezittingen en schulden toegerekend, waarbij ieders aandeel wordt gesteld op diens pro rata aandeel in de waarde van de andere dan de herleidbare bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen op het moment dat de afzondering van vermogen door deze inbrenger plaatsvond of, indien deze inbrenger meerdere keren vermogen heeft afgezonderd, op het moment dat de laatste afzondering van vermogen plaatsvond;*
 - c. voor de waarde van de afgezonderde bezittingen en schulden wordt*

aangesloten bij de waarde in het economische verkeer van hetgeen is afgezonderd op het moment van afzondering en, voor zover het op een eerder moment afgezonderde bezittingen en schulden betreft, de waarde in het economische verkeer hiervan op het desbetreffende moment van latere afzondering;

- d. voor zover niet bekend is welke bezittingen en schulden, althans welke waarde door een inbrenger is afgezonderd, vindt toerekening van de bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen plaats naar rato van het aantal inbrengers;
 - e. de opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen, alsmede de uit de bezittingen van het afgezonderd particulier vermogen voortgekomen vruchten, worden toegerekend aan die inbrenger aan wie op grond van sub a, b of d de bezittingen respectievelijk schulden, waaruit deze opbrengsten en uitgaven zijn voortgevloeid respectievelijk voortgekomen, worden toegerekend.
5. In afwijking van de in het vierde lid bepaalde toerekening kunnen de bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen, die niet tot een bepaalde inbrenger te herleiden zijn, administratief verdeeld worden op de wijze als bedoeld in het eerste lid. In dit geval kan de administratieve verdeling tot stand gebracht worden door de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particulier vermogen, of als gevolg van een unanieme beslissing van alle inbrengers.
6. Indien een toerekeningssubject overlijdt en de bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen op pro rata basis worden toegerekend aan diens erfgenamen als bepaald in artikel 2.14a, eerste lid, van de wet, dan worden deze bezittingen en schulden, opbrengsten en uitgaven aan deze erfgenamen toegerekend als had iedere erfgenaam een onverdeeld aandeel in de desbetreffende bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven respectievelijk aandelen van het overleden toerekeningssubject daarin.
7. Indien het overleden toerekeningssubject tot aan zijn overlijden het enige toerekeningssubject was, indien de in het zesde lid bedoeld bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen gedurende het leven van het overleden toerekeningssubject administratief verdeeld waren op de wijze als bedoeld in het eerste lid of indien de in het zesde lid bedoeld bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen gedurende het leven

van het overleden toerekeningssubject toegerekend werden op grond van het derde lid of het vierde lid, sub a, dan kan in afwijking van het zesde lid tussen de erfgenamen van het overleden toerekeningssubject een administratieve (onder)verdeling van de desbetreffende bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven tot stand gebracht worden, door de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particulier vermogen of door een unanieme beslissing van de erfgenamen van het overleden toerekeningssubject. Een dergelijke administratieve onderverdeling wordt gelijkgesteld met een administratieve verdeling als bedoeld in het eerste lid.

8. Voor zover geen verdeling als bedoeld in het eerste lid tot stand gebracht is of sprake is van een toerekening aan inbrengers als bedoeld in het derde of vierde lid, worden bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen pro rata toegerekend aan de toerekeningssubjecten, op basis van het aandeel in het totaal van bezittingen en schulden dat aan ieder toerekeningssubject toegerekend wordt. Indien dit aandeel niet te bepalen is, vindt de toerekening plaats pro rata naar het aantal toerekeningssubjecten.
9. Indien sprake is van een administratieve verdeling als bedoeld in het eerste lid, kan deze worden opgeheven:
 - a. indien de administratieve verdeling tot stand is gebracht door de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particulier vermogen, door deze bestuurder(s) of beheerder(s);¹⁵⁵³ of
 - b. indien de administratieve verdeling het gevolg is van een unanieme beslissing van de toerekeningssubjecten, door een unanieme beslissing van deze toerekeningssubjecten of hun rechtsopvolgers.

4c. Uitkeringen uit afgezonderd particulier vermogen

1. Uitkeringen uit de bezittingen of opbrengsten van het afgezonderd particuliere vermogen, waaronder mede begrepen een uitkering onder de verplichting voor de ontvanger hiervan om een bepaalde schuld of uitgave van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen, worden voor de toerekening geacht ten laste te komen van iedere persoon aan wie de bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven

¹⁵⁵³ De formulering is hier ruimer dan bij b., omdat de beheerder van het APV de administratieve verdeling niet alleen kan beëindigen door middel van een daartoe strekkend besluit, maar ook door de facto geen uitvoering meer aan deze verdeling te geven.

van het afgezonderd particulier vermogen worden toegerekend, pro rata naar het aandeel van deze bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven dat aan hem wordt toegerekend. Indien de uitkering geschiedt onder de verplichting voor de ontvanger om schulden van het afgezonderd particulier vermogen te voldoen of over te nemen of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen, dan komt deze overname of voldoening ten gunste aan iedere persoon aan wie de bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen worden toegerekend, pro rata naar het aandeel van deze bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven dat aan hem wordt toegerekend.

2. *In afwijking van het eerste lid worden, indien sprake is van een administratieve verdeling in de zin van artikel 4b, eerste lid, de uitkeringen als volgt toegerekend aan de toerekeningssubjecten:*
 - a. *indien de uitkering bestaat uit bezittingen of opbrengsten die uitsluitend aan één toerekeningssubject of inbrenger worden toegerekend, komt de uitkering voor de toerekening uitsluitend ten laste van het administratieve aandeel van dit toerekeningssubject;*
 - b. *indien de uitkering bestaat uit bezittingen of opbrengsten die worden toegerekend aan meerdere toerekeningssubjecten, komt de uitkering voor de toerekening ten laste van de administratieve aandelen van alle toerekeningssubjecten aan wie de desbetreffende bezittingen of opbrengsten worden toegerekend; de uitkering wordt pro rata ten laste van deze administratieve aandelen gebracht, tenzij de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particulier vermogen bepalen dat de uitkering in een afwijkende verhouding ten laste van deze administratieve aandelen komt;*
 - c. *indien de uitkering geschiedt onder de verplichting voor de ontvanger om schulden van het afgezonderd particulier vermogen te voldoen of over te nemen of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen en deze schuld of uitgave wordt toegerekend aan uitsluitend één toerekeningssubject, dan komt deze overname of voldoening voor de toerekening uitsluitend ten gunste van het administratieve aandeel van dit toerekeningssubject;*
 - d. *indien de uitkering geschiedt onder de verplichting voor de ontvanger om schulden van het afgezonderd particulier vermogen te*

voldoen of over te nemen of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen en deze schuld of uitgave wordt toegerekend aan meerdere toerekeningssubjecten, dan komt deze overname of voldoening voor de toerekening ten gunste van de administratieve aandelen van alle toerekeningssubjecten aan wie de schulden of uitgaven worden toegerekend; de overname of voldoening wordt pro rata ten gunste van deze administratieve aandelen gebracht, tenzij de bestuurder(s) of beheerder(s) van het afgezonderd particulier vermogen bepalen dat de overname of voldoening in een afwijkende verhouding ten gunste van deze administratieve aandelen komt.

3. In afwijking van het eerste lid vindt, indien sprake is van toerekening aan inbrengers op grond van artikel 4b, derde lid of vierde lid, sub a, de toerekening als volgt plaats:
 - a. indien de uitkering bestaat uit bezittingen of opbrengsten die uitsluitend aan één inbrenger worden toegerekend, komt de uitkering voor de toerekening uitsluitend ten laste van de aan deze inbrenger toegerekende bezittingen en opbrengsten;
 - b. indien de uitkering bestaat uit bezittingen of opbrengsten die worden toegerekend aan meerdere inbrengers, komt de uitkering voor de toerekening pro rata ten laste van de aan deze inbrengers toegerekende bezittingen en opbrengsten;
 - c. indien de uitkering geschiedt onder de verplichting voor de ontvanger om schulden van het afgezonderd particulier vermogen te voldoen of over te nemen of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen en deze schuld of uitgave wordt toegerekend aan uitsluitend één inbrenger, dan komt deze overname of voldoening voor de toerekening uitsluitend ten gunste van de aan deze inbrenger toegerekende schulden en uitgaven;
 - d. indien de uitkering geschiedt onder de verplichting voor de ontvanger om schulden van het afgezonderd particulier vermogen te voldoen of over te nemen of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening te nemen en deze schuld of uitgave wordt toegerekend aan meerdere inbrengers, dan komt deze overname of voldoening voor de toerekening pro rata ten gunste van de deze inbrengers toe te rekenen schulden en uitgaven.

- aan artikel 17 SW worden nieuwe leden 2 tot en met 4 toegevoegd, onder vernummering van lid 2 tot lid 5:
 2. *In afwijking van het eerste lid wordt, indien sprake is van een administratieve verdeling in de zin van artikel 4b, eerste lid, Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 of een toerekening aan een persoon die vermogen heeft afgezonderd in een afgezonderd particulier vermogen in de zin van artikel 4b, derde lid, vierde lid, sub a, of vijfde lid, Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001, al wat verkregen wordt van een afgezonderd particulier vermogen, op andere wijze dan bedoeld in artikel 16, voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen geacht krachtens schenking verkregen te zijn van persoon of personen ten laste van wie de uitkering wordt gebracht op grond van het bepaalde in artikel 4c Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001. De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot al wat wordt verkregen, op andere wijze dan bedoeld in artikel 16, ten laste van bezittingen als bedoeld in artikel 2.14a, zevende lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001, met dien verstande dat in dat geval wordt geacht verkregen te zijn van de persoon of personen waaraan die bezittingen zonder toepassing van dat lid zouden zijn toegerekend.*
 3. *Indien het tweede lid van toepassing is en de verkrijger tegenover datgene, wat hij van het afgezonderd particulier vermogen verkrijgt, schulden van het afgezonderd particulier vermogen overneemt of voldoet of uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen voor zijn rekening neemt, wordt of worden, voor zover deze schulden of uitgaven niet worden toegerekend aan de persoon of personen aan wie de bezittingen of opbrengsten, waaruit de uitkering afkomstig is, worden toegerekend, de persoon of personen aan wie de schulden of uitgaven worden toegerekend voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen geacht een schenking te hebben verkregen van de persoon of personen aan wie de bezittingen en opbrengsten worden toegerekend.¹⁵⁵⁴ De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing op bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven als bedoeld in artikel 2.14a, zevende lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001, met dien verstande dat deze in dat geval geacht worden te zijn toegerekend aan de persoon of personen waaraan die bezittingen en schulden en opbrengsten en uitgaven zonder toepassing van dat lid zouden zijn toegerekend.*

1554 Deze bepaling kan leiden tot een derde knelpunt. Het is mijns inziens echter consistent om ook in deze mogelijkheid te voorzien. De inbrenger kan, indien hij het bestuur van het APV in de regelingen met betrekking tot het APV überhaupt toestaat om op deze wijze uitkeringen te doen, voorzien in een regeling die het zich eventueel voordoende nadeel wegneemt.

4. *De omvang van de in het derde lid bedoelde schenking wordt gesteld op:*
 - a. *indien het verkregene als bedoeld in het tweede lid afkomstig is uit aan één persoon toegerekende bezittingen of opbrengsten: de omvang van de overgenomen of voldane schulden of uitgaven toegerekend aan de persoon of personen aan wie geen bezittingen of opbrengsten worden toegerekend;*
 - b. *indien het verkregene als bedoeld in het tweede lid afkomstig is uit aan meerdere personen toegerekende bezittingen of opbrengsten: de omvang van de overgenomen of voldane schulden of uitgaven verminderd met het aan deze personen toegerekende deel van de desbetreffende schulden of uitgaven. Indien de overgenomen schulden of uitgaven bovendien toegerekend worden aan meerdere personen aan wie niet of in minder dan evenredige mate de bezittingen of opbrengsten, waaruit de uitkering afkomstig is, worden toegerekend, dan wordt de schenking geacht aan deze personen gedaan te zijn in de verhouding waarin zij onderling een meer dan evenredig deel van de hiervoor bedoelde schulden of uitgaven toegerekend hebben gekregen in vergelijking de hiervoor bedoelde bezittingen of opbrengsten.*

15.5.3 Verhouding “aandelen” en discretionaire karakter van het APV

Hiervoor heb ik reeds de vraag opgeworpen of het systeem van het bijhouden van “aandelen” zich verdraagt met het discretionaire karakter van het APV. Dit vereist immers een gedetailleerde administratie, waarbij per persoon aan wie wordt toegerekend de aan hem “toekomstige” goederen en “ten laste van hem komende” schulden worden bijgehouden, alsmede de vruchten daarvan en hetgeen hier van tijd tot tijd voor in de plaats komt. Ogenschoonlijk is dit strijdig met het concept van een discretionair APV, als entiteit die vermogen aanhoudt ten behoeve van een groep begunstigden, waarvan de samenstelling mogelijk niet eens vaststaat en waarbij niet vastgelegd is wie wat krijgt. Door het APV-vermogen administratief te “verdelen” komt het flexibele, discretionaire element veel minder tot zijn recht en lijkt het APV richting een niet-discretionair APV te gaan, waarbij vooraf is vastgelegd welke begunstigde wat kan verkrijgen.

Desalniettemin hoeft de administratieve “verdeling” naar mijn mening niet te betekenen dat het APV zijn discretionaire karakter verliest, mits geen sprake is van meer dan dat: een administratieve verdeling zonder toekenning van enig recht. De omstandigheid dat bepaalde vermogensbestanddelen administratief worden toegerekend aan een bepaalde persoon verschaft deze persoon immers nog geen juridisch afdwingbare (en daarmee zelfstandig belastbare) aanspraak op het desbetreffende vermogen.

Hoewel een dergelijke administratieve toedeling wellicht de suggestie wekt van een niet-discretionair APV, brengt deze toedeling als zodanig niet met zich dat het APV ophoudt discretionair te zijn. Het bestuur van het APV heeft nog steeds de mogelijkheid om te besluiten om van het “aandeel”, dat aan een bepaalde persoon wordt toegerekend, slechts een deel of zelfs helemaal niets aan hem uit te keren, of om te besluiten ten laste van dit “aandeel” een uitkering te doen aan een andere begunstigde (aan wie al dan niet ook APV-vermogen wordt toegerekend).

De vraag is vervolgens of dit anders wordt op het moment dat het APV een uitkering doet ten laste van een van de “aandelen”, zodat deze een ongelijke omvang krijgen. Ook dit hoeft naar mijn mening nog niet te betekenen dat het APV nu ophoudt discretionair te zijn. Tenzij daadwerkelijk een verdeling wordt aangebracht door bijvoorbeeld een daartoe strekkend besluit van het bestuur van het APV of het creëren van sub-APV's¹⁵⁵⁵ met separate begunstigten blijft de mogelijkheid bestaan om uit het “aandeel” van de één een uitkering te doen aan de ander. Een dergelijke uitkering leidt dan wel tot het in aanmerking nemen van een schenking op grond van artikel 17 SW en, afhankelijk van de aard van het vermogen, tot een met inkomstenbelasting belaste vervreemdingswinst bij degene uit wiens “aandeel” de uitkering plaatsvindt.¹⁵⁵⁶

Een ander punt is hoe omgegaan moet worden met mutaties in de klasse van begunstigten en of dit verschuivingen tussen de “aandelen” met zich kan brengen. Dit is mijns inziens alleen het geval indien een begunstigde, die tevens erfgenaam is, definitief geschrapt wordt als begunstigde. Hieronder werk ik de verschillende soorten mutaties uit:

- (a) Allereerst de situatie waarin een begunstigde, die niet tevens erfgenaam is, geschrapt wordt. Aangezien deze begunstigde geen vermogen krijgt toegerekend, leidt het schrappen van de begunstiging er niet toe dat er vermogen overblijft dat aan niemand wordt toegerekend, zodat dit geen inkomstenbelastinggevolgen heeft. Schenkbelastinggevolgen zijn er uiteraard ook niet, aangezien het schrappen van een begunstigde als zodanig niet met zich brengt dat andere begunstigten een rechtens afdwingbare aanspraak krijgen.
- (b) Voorts kan een begunstigde geschrapt worden die wel tevens erfgenaam is. Omdat deze persoon wel vermogen krijgt toegerekend, heeft dit mijns inziens inkomstenbelastinggevolgen. Mijns inziens brengt het (definitief) schrappen van een erfgenaam als begunstigde redelijkerwijs met zich dat niet langer vermogen

1555 Onder een sub-APV versta ik in dit verband de situatie waarin het oorspronkelijke APV wordt opgesplitst en verdeeld in meerdere APV's. Dit dient onderscheiden te worden van de sub-trust in de zin dat een beneficiary op zijn beurt zijn beneficial interest gaat houden of overdraagt aan een trustee ten gunste van een ander (zie Harris 2002, pagina 41 en Zwolve 2000, pagina 284 – 285).

1556 Bijvoorbeeld als tot dit “aandeel” aanmerkelijkbelangaandelen behoren die (deels) worden uitgekeerd aan een ander dan aan degene aan wie het “aandeel” (ook) voor inkomstenbelastingdoeleinden behoort.

aan hem wordt toegerekend.¹⁵⁵⁷ Het vermogen wordt vervolgens toegerekend aan de resterende erfgenamen, op pro rata basis.¹⁵⁵⁸ Hierbij ontstaat in eerste instantie gemeenschappelijke “eigendom” van dit vermogen, maar het lijkt me redelijk om dit vervolgens weer te kunnen “verdelen” tussen de erfgenamen.¹⁵⁵⁹

Daarbij rijst – ook bij de thans geldende regeling – de vraag of deze wijziging in de toerekening schenk- of erfbelastinggevolgen heeft. Schenkbelasting kan mijns inziens echter niet aan de orde zijn, omdat (i) degene aan wie na de wijziging wordt toegerekend nog steeds geen afdwingbare aanspraak heeft en dus niet verrijkt wordt, (ii) degene aan wie voor de wijziging werd toegerekend evenmin verarmt en (iii) in principe geen sprake is van een bevoordelingsbedoeling bij de begunstigde die geschrapt wordt. Wel kan de wijziging in de toerekening gezien worden als aanleiding voor de herziening van de ter zake van het overlijden van de inbrenger geheven erfbelasting. In een systeem dat zo veel mogelijk de situatie waarin niet is ingebracht probeert na te bootsen is dit naar mijn mening ook consistent. Dit vereist echter een aanvulling op artikel 16 SW, omdat er op dit moment geen fictie is die heffing bij degenen, die meer krijgen toegerekend, mogelijk maakt.^{1560 1561} Daarnaast dient artikel 53 SW aangepast te worden, zodat voorzien wordt in teruggave van erfbelasting aan diegene die als begunstigde geschrapt is.¹⁵⁶²

- (c) Het is natuurlijk ook mogelijk dat een begunstigde wordt toegevoegd. Dit heeft echter geen invloed op de toerekening voor de inkomstenbelasting. Indien de desbetreffende persoon geen erfgenaam is kan niet aan hem toegerekend worden en indien hij wel erfgenaam is bestond kennelijk op het moment van overlijden van de inbrenger de mogelijkheid dat hij begunstigde zou worden, zodat het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 niet geleverd kon worden en dus al aan hem toegerekend wordt. De daadwerkelijke toevoeging als begunstigde brengt geen verschuiving in de pro rata aandelen als erfgenaam met zich en heeft

1557 Omdat dan op dit latere moment voldaan is aan de voorwaarden aan het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001. In geval van box 1 of box 2-vermogen kan de beëindiging van de toerekening aan de geschrapte erfgenaam ertoe leiden dat deze erfgenaam een belaste vervreemdingswinst realiseert.

1558 Op basis van de omvang van de verkrijging krachtens erfrecht en niet op basis van de “aandelen”. Door uitkeringen kan de relatieve omvang van de “aandelen” immers variëren.

1559 In principe kan dit inkomstenbelastinggevolgen hebben, afhankelijk van de aard van het vermogen. Indien het schrappen van de begunstigde en de “verdeling” echter op min of meer hetzelfde moment plaatsvinden zal nog geen meerwaarde gerealiseerd zijn, zodat daadwerkelijke belastingheffing bij de overblijvende erfgenamen vermeden kan worden.

1560 Een alternatief is het creëren van nog een schenkingsfictie. Dit heeft echter niet mijn voorkeur. De basis voor toerekening is de verwantschap tot de inbrenger. Voorts is herziening van de erfbelasting de benadering als de verdeling van een (daadwerkelijke) nalatenschap over de verschillende verkrijgers wijzigt.

1561 Daarbij zou dan in artikel 45 lid 3 SW geregeld moeten worden dat de aangiftetermijn pas gaat lopen op het moment dat de verschuiving in de toerekening zich voordoet.

1562 Zie voorts paragraaf 14.4.4.

dus geen invloed op de toerekening. Schenkbelastinggevolgen zijn er evenmin, zolang geen rechtens afdwingbare aanspraak ontstaat.

- (d) Verschuiving tussen de “aandelen”, zodat een erfgenaam een groter “aandeel” krijgt ten koste van één of meer andere kan zich mijns inziens niet voordoen. Uit het discretionaire karakter van het APV vloeit voort dat de “verdeling” slechts administratief is. Het wijzigen van de omvang van de “aandelen” kan dus niet plaatsvinden zonder dat het APV (deels) ophoudt om discretionair te zijn.

Ten slotte is een aandachtspunt of de administratieve “verdeling” van het vermogen tot bewijsproblemen kan leiden. Hoewel een APV naar mijn mening niet ophoudt discretionair te zijn door enkel het administratief bijhouden van “aandelen”, wordt het wellicht minder duidelijk wanneer een APV discretionair is, maar het vermogen in “aandelen” bijhoudt, en wanneer het APV niet-discretionair is en sprake is van aanspraken van de begunstigten die onderworpen zijn aan de heffing van inkomstenbelasting.¹⁵⁶³ Het is daarom niet uit te sluiten dat de administratieve “verdeling” met zich brengt dat de belastingdienst zich op het standpunt stelt dat de begunstigten een rechtens afdwingbare aanspraak hebben.

Mijns inziens is dit standpunt alleen houdbaar indien ofwel in de statuten, reglementen en dergelijke stukken van het APV geregeld is dat dergelijke aanspraken bestaan, ofwel de facto sprake is van een dergelijke beschikkingsmacht dat het APV in feite niet meer discretionair is. Dit doet er echter niet aan af dat de belastingplichtige onder omstandigheden met een bewijsprobleem geconfronteerd kan worden. Indien de mogelijkheid geschapen wordt om administratief “aandelen” in het APV-vermogen te creëren, lijkt een regeling die hierin voorziet mij dan ook een goede aanvulling. Een invulling is daarbij het maken van een afspraak over de status van het APV. Er van uitgaand dat dit in het leven geroepen wordt met civielrechtelijke doeleinden, bijvoorbeeld om te fungeren als een familiestichting, hoeven hier vanuit het perspectief van de inbrenger geen belemmeringen voor te zijn.

15.5.4 Separate APV's

Een eenvoudiger alternatief voor het hierboven beschreven systeem lijkt wellicht het creëren van separate APV's, per familiestaak één. Dit stuit mijns inziens echter op de volgende bezwaren. Allereerst is het met name een oplossing voor de situatie waarin er meerdere inbrengers zijn, welke zich naar ik aanneem zelden zal voordoen gezien de complicaties die dit met zich brengt. De concrete problematiek speelt voornamelijk in gevallen waarin de inbrenger is overleden en wordt toegerekend aan meerdere

¹⁵⁶³ Op grond van artikel 4a lid 1 Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001.

erfgenamen. In dit laatste geval levert het creëren van separate APV's als gevolg van het systeem van de toerekening beperkt of geen voordeel op.

Voorbeeld: separate APV's

Inbrenger X heeft ten behoeve van zijn drie kinderen A, B en C een APV ingesteld. X overlijdt, met zijn drie kinderen als erfgenamen voor gelijke delen. Om de belangen van zijn kinderen afzonderlijk te kunnen behartigen, deelt het bestuur van het APV het APV-vermogen in drie delen, welke ieder in een sub-APV voor één kind worden ingebracht. Het systeem van artikel 2.14a lid 1 Wet IB 2001 schrijft nu voor dat het vermogen van APV A voor $\frac{1}{3}$ aan A toegerekend wordt, voor $\frac{1}{3}$ aan B en voor $\frac{1}{3}$ aan C. Hetzelfde geldt uiteraard voor de APV's B en C. Het instellen van separate APV's leidt daardoor eerder tot meer complicaties dan dat het iets oplost.¹⁵⁶⁴

Dit probleem is ten dele te ondervangen door bij leven separate APV's in te stellen per kind, waarvan de andere kinderen (en hun partners) geen begunstigde zijn of kunnen worden. Dit beperkt echter in hoge mate de flexibiliteit. Indien A zich ongunstig blijkt te ontwikkelen en geen uitkeringen verdient volgens de criteria van X, of A en B uiteindelijk wel afstammelingen hebben, maar C niet, dan is de "herverdeling" van het APV-vermogen gemakkelijker bij één APV dan bij drie aparte, zo dit niet bij de regeling van de begunstiging geheel uitgesloten is. Voorts is het in de situatie waarin de inbrenger reeds overleden is maar de vraag of de regelingen met betrekking tot het APV wel voorzien in de mogelijkheid tot het aanbrengen van een dergelijke scheiding met uitsluiting van onderlinge begunstiging.

Het punt is dus niet in alle gevallen onoverkomelijk, maar in veel situaties juist wel. Daarnaast dient de wetgever mijns inziens een consistent en zuiver systeem te hanteren, dat voorziet in de verschillende wijzen waarop belastingplichtigen hun zaken civielrechtelijk vorm kunnen geven en niet uitsluitend bepaalde vormen daarvan. De hierboven geschetste systematiek met "aandelen" doet meer recht aan dit uitgangspunt dan de huidige APV-regeling

15.5.5 Conclusie

Artikel 17 lid 1 SW schrijft voor dat als een begunstigde aan wie APV-vermogen wordt toegerekend een uitkering ontvangt, hij dit niet uitsluitend "van zichzelf" ontvangt, maar deels geacht wordt een schenking te krijgen van de ander(en) aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend. De wetgever meent echter dat in bepaalde omstandigheden uit de wetssystematiek voortvloeit dat een persoon zijn "aandeel" in het APV-vermogen zonder heffing van schenkbelasting uitgekeerd kan krijgen. Ik vind

¹⁵⁶⁴ Zie nader paragraaf 14.4.2.3.3.

dit beroep op de wetssystematiek niet overtuigend. Daarnaast lijkt het me dat een beroep op de desbetreffende passages uit de parlementaire geschiedenis ook niet succesvol zal zijn. De wetgever heeft deze uitlatingen mijns inziens als medewetgever gedaan, zodat van opgewekt vertrouwen geen sprake kan zijn. Daarnaast is de tekst van artikel 17 lid 1 SW duidelijk, zodat wetshistorische interpretatie met als uitkomst dat geen schenkbelasting verschuldigd is naar mijn mening niet mogelijk is. De interpretatie van artikel 17 SW is door deze uitlatingen in de parlementaire geschiedenis echter wel vertroebeld.

Los daarvan past de door de wetgever voorgestane systematiek niet in het voor de inkomstenbelasting gehanteerde uitgangspunt van gemeenschappelijke “eigendom” van het APV-vermogen. Dit laatste uitgangspunt past echter weer niet volledig in de bedoeling van de APV-regeling, zijnde het zo veel mogelijk nabootsen van de situatie waarin geen inbreng heeft plaatsgevonden. Het resultaat is een innerlijk tegenstrijdig systeem. Mijn voorstel is daarom om nog meer aan te sluiten bij die laatste situatie en een zodanige interpretatie te geven aan de APV-regeling dat het mogelijk is om “aandelen” bij te houden en een uitkering aan een specifiek “aandeel” toe te rekenen, op de wijze zoals hierboven in paragraaf 15.5.1 beschreven.

Vooralsnog geldt echter de veel minder ver gaande interpretatie van de wetgever. Desondanks is het naar mijn mening mogelijk om het APV zo vorm te geven dat een vergelijkbare structuur gecreëerd wordt, door middel van het instellen van sub-APV's. Dit is besproken in paragraaf 14.4.2.3.3.

15.6 Problemen bij de toepassing van de tegenbewijsregeling

In paragrafen 14.3.6.6.2 en 14.3.6.6.3 heb ik een tweetal problemen bij de toepassing van de tegenbewijsregeling van artikel 2.14a Wet 2001 gesignaleerd:

- (a) De tegenbewijsregeling houdt geen rekening met de mogelijkheid dat een erfgenaam slechts een rechtens afdwingbare aanspraak heeft jegens het APV, maar geen begunstigde is van het discretionaire deel van het APV: deze erfgenaam kan het tegenbewijs niet leveren en krijgt dus vermogen toegerekend dat zelfs in theorie niet aan hem uitgekeerd kan worden.
- (b) Het is onduidelijk hoe moet worden omgegaan met een erfgenaam die op het moment van overlijden van de inbrenger begunstigde was van het APV, maar op een moment nadien definitief ophoudt begunstigde te zijn. Redelijkerwijs kan het tegenbewijs dan alsnog geleverd worden, maar dit is niet duidelijk. Daarnaast zou voor een sluitende regeling nodig zijn dat het aandeel in het APV-vermogen, dat niet langer wordt toegerekend aan de uitgesloten erfgenaam, vanaf dat

moment wordt toegerekend aan een ander. In een dergelijke verschuiving van de toerekening is derhalve niet voorzien. Tevens rijst de vraag of een verschuiving in de toerekening aanleiding zou moeten geven tot belastingheffing.

In beide gevallen is mijns inziens sprake van een knelpunt, dat zijn oorsprong vindt in een juridische onvolkomenheid in de wetgeving. In het geval van beperkte begunstiging betreft dit een voor de belastingplichtige ongerijmd effect (categorie 3(a)) en in geval van een mutatie in de groep begunstigde betreft dit onduidelijkheden in de wetgeving (categorie 2(b), alsmede een leemte in de wetgeving (categorie 3(b))). De gesignaleerde knelpunten zouden naar mijn mening als volgt opgelost kunnen worden:

- (a) De samenloop van de tegenbewijsregeling van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 met een erfgenaam die beperkt begunstigde is van het APV, omdat hij slechts een afdwingbare aanspraak heeft en overigens niets kan ontvangen, lijkt mij relatief eenvoudig oplosbaar. Het probleem ontstaat doordat ook het hebben van uitsluitend een afdwingbare aanspraak de erfgenaam tot begunstigde maakt, zodat het tegenbewijs niet geleverd kan worden. Indien aan artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 wordt toegevoegd dat bij de bepaling of een erfgenaam (of zijn partner) begunstigde is van het APV of dat kan worden geen rekening wordt gehouden met rehtens afdwingbare aanspraken, dan zou het tegenbewijs goed moeten verlopen: degenen met slechts een afdwingbare aanspraak kunnen – terecht – het tegenbewijs leveren en degenen die (tevens) begunstigde zijn van het discretionaire deel van het APV kunnen het tegenbewijs niet leveren en aan hen vindt derhalve de toerekening plaats.
- (b) In geval van een mutatie in de klasse van begunstigten, in de zin dat een erfgenaam, die begunstigde van het APV is, definitief als zodanig wordt geschrapt, doen zich meerdere vragen voor:
 - (i) Kan alsnog het tegenbewijs geleverd worden? In paragraaf 14.3.6.6.3 heb ik betoogd dat dit mogelijk zou moeten zijn, maar deze onduidelijkheid dient weggenomen te worden door dit expliciet te bepalen in de tekst van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001.
 - (ii) Aannemend dat alsnog het tegenbewijs alsnog geleverd kan worden, leidt de resulterende verschuiving in de toerekening dan voor degene(n) aan wie een groter deel van het APV-vermogen wordt toegerekend tot een belastbare verkrijging in de zin van de Successiewet? In paragraaf 14.4.4 ben ik hier reeds op ingegaan, met samengevat de volgende conclusies:
 - Er is geen sprake van een belastbare schenking door de

erfgenamen die alsnog wordt uitgesloten als begunstigde aan de andere erfgenamen.

- Deze situatie vertoont parallellen met bijvoorbeeld de vervulling van een voorwaarde, in welk geval ook de een ophoudt verkrijger te zijn en een ander in diens plaats verkrijgt. In die gevallen is geregeld dat enerzijds schenk- of erfbelasting gerestitueerd wordt en anderzijds alsnog geheven kan worden. Een dergelijke benadering in het geval van een mutatie in de klasse van begunstigden lijkt mij redelijk, maar dient de wet gewijzigd te worden om daarin te voorzien.

Concluderend leidt de toepassing van de tegenbewijsregeling tot meerdere knelpunten, die het gevolg zijn van onvolkomenheden in de wetgeving. Een wijziging van de wet is nodig om deze onvolkomenheden te verhelpen.

15.7 Toerekening van APV-vermogen aan een veelheid aan erfgenamen

In paragraaf 14.3.6.7 heb ik reeds gerefereerd aan de mogelijkheid dat er op enig moment sprake is van een groot aantal erfgenamen aan wie het APV-vermogen toegerekend moet worden. Indien het APV gedurende langere periode bestaat, is deze situatie goed denkbaar. Mogelijk is het, indien niet structureel is bijgehouden wie van verschillende verervingen de uiteindelijke erfgenamen van de inbrenger zijn, zelfs onmogelijk geworden om vast te stellen aan wie welk percentage van het APV-vermogen toegerekend moet worden. Indien het APV lang voor überhaupt over de APV-regeling werd nagedacht is ingesteld, zal de latere noodzaak om dit bij te houden niet bekend zijn geweest.

Zelfs indien wel bepaald kan worden welke erfgenaam welk deel van het vermogen toegerekend dient te krijgen, leidt de toerekening van het APV-vermogen aan een veelheid van erfgenamen tot een behoorlijke administratieve last. Iedere erfgenaam moet zijn aandeel in het APV-vermogen verantwoorden in zijn aangifte inkomstenbelasting. Daarnaast moet bij iedere uitkering getoetst worden of de resulterende “deelschenken” van de overige erfgenamen wellicht leiden tot de verschuldigdheid van schenkbelasting.

Vraag is of het wenselijk is om een oplossing te treffen voor deze situaties. In het algemeen zou mijns inziens een oplossing voor zowel problemen om de exacte toerekening vast te stellen, als een hoge administratieve lastendruk, gevonden kunnen worden in het doen inhouden en afdragen door het APV van inkomstenbelasting die door alle erfgenamen gezamenlijk verschuldigd is. Een bijkomend voordeel is dat de heffing

direct ten laste komt van het APV-vermogen en de erfgenamen dus niet in hun vermogen raakt. Deze benadering gaat echter gepaard met een aantal aandachtspunten:

- Er moet vastgesteld worden in welke box iedere erfgenaam in de heffing betrokken wordt. Dit lijkt mij overigens meer een theoretisch dan een daadwerkelijk probleem. Box 1-vermogen zal zich bij een APV met toerekening aan een groot aantal personen in beginsel niet voordoen. Een APV met een eigen onderneming ligt niet voor de hand en in voorkomend geval is vast te stellen dat hiervan sprake is. Het andere denkbare alternatief is resultaatsvermogen, waarvan dan tbs-vorderingen het meest voor de hand liggen. Van een aanmerkelijk belang (en daarmee van terbeschikkingstelling) zal echter bij toerekening aan een groot aantal personen vaak geen sprake zijn, zelfs als het APV een 100%-belang houdt.

Hoewel niet in alle gevallen (eenvoudig) bepaald zal kunnen worden in welke box het APV-vermogen bij de erfgenamen belast dient te worden, zou ik verwachten dat veelal wel vastgesteld kan worden dat het box 3-vermogen betreft. In elk geval kan als voorwaarde voor de mogelijkheid voor het APV om namens de erfgenamen de inkomstenbelasting te betalen bepaald worden dat aangetoond moet kunnen worden dat het voor alle erfgenamen om box 3-vermogen gaat.

- Differentiatie in het tarief, althans in geval van box 3 de rendementsklasse¹⁵⁶⁵, waartegen het vermogen belast wordt bij iedere erfgenaam. Een praktische benadering is om het doen betalen van de inkomstenbelasting door het APV een optie te laten zijn, waar men al dan niet voor kan kiezen. Daaraan is de conditie verbonden dat het APV slechts eenmaal het heffingsvrije vermogen en de lagere schijven van de rendementsklassen mag toepassen. Per saldo zal dit waarschijnlijk leiden tot een hoger bedrag aan verschuldigde belasting. Dat is de prijs die de erfgenamen zullen moeten betalen voor een eenvoudiger systeem, alsmede het niet zelf hoeven te betalen van de inkomstenbelasting.
- Keuze voor de persoon die kiest voor het al dan niet toepassen van de regeling: het APV of de erfgenamen, waarbij in het laatste geval een unanimiteitsvereiste voor de hand ligt. In feite is hier naar mijn mening echter maar één optie: het APV zal deze keuze moeten maken. De medewerking van het APV is immers nodig voor de uitvoering van deze keuze, zodat het weinig zin heeft om deze (uitsluitend) bij de erfgenamen neer te leggen. Het mede vereisen van de instemming van alle (potentiële) erfgenamen werpt daarentegen een hindernis op voor het daadwerkelijk maken van deze keuze. Derhalve kom ik bij het APV uit.

1565 Artikel 5.2 lid 1 Wet IB 2001.

- De vraag rijst of het betalen van de belasting door het APV gezien kan worden als een onderlinge schenking tussen de erfgenamen. In geval van box 3-vermogen lijkt mij dit niet aan de orde, in zoverre dat een evenredig deel van de belasting wordt betaald namens iedere erfgenaam, zodat geen sprake is van een vermogensverschuiving.¹⁵⁶⁶
- Een principiële punt is of deze benadering niet vereist dat een entiteit belastingsubject voor de inkomstenbelasting wordt. Dit lijkt mij niet noodzakelijkerwijs het geval. De belasting kan nog steeds geheven worden van de erfgenamen, waarbij het APV als een soort van inhoudingsplichtige optreedt, die de belasting inhoudt op het inkomen of het vermogen van het APV en deze vervolgens namens de erfgenamen afdraagt. Conceptueel lijkt mij dit inpasbaar in de Wet IB 2001 en ook de voorkeur hebben boven het introduceren van een vorm van inkomstenbelastingplicht voor entiteiten. Desalniettemin vereist een dergelijke regeling een significante wijziging ten opzichte van de huidige systematiek.
- Voorts is er een praktische belemmering bij het doen inhouden en afdragen van de inkomstenbelasting door het APV: veelal zal het APV niet in Nederland gevestigd zijn en mogelijk in een jurisdictie die de invordering van Nederlandse belasting niet faciliteert. Het is uiteraard niet de bedoeling dat het treffen van een regeling die beoogt praktische belemmeringen voor het APV en/of de erfgenamen weg te nemen er in resulteert dat de verschuldigde belasting uiteindelijk niet betaald wordt. Dit punt lijkt mij overigens oplosbaar door de regeling van inhouding en afdracht van de inkomstenbelasting door het APV facultatief te maken. Er kan dan voor gekozen worden om van deze regeling gebruik te maken, maar tegelijkertijd worden de erfgenamen pas bevrijd van hun verplichting om de door hen verschuldigde inkomstenbelasting te betalen op het moment dat het APV de belasting voor het desbetreffende jaar heeft afgedragen. Dit impliceert overigens dat de periode na het einde van het belastingjaar gedurende welke het APV de mogelijkheid heeft om tot inhouding en afdracht van de inkomstenbelasting over te gaan relatief beperkt moet zijn, bijvoorbeeld twaalf maanden, om de belastingdienst de mogelijkheid te geven om alsnog aan de erfgenamen een individuele aanslag op te leggen.¹⁵⁶⁷ Het alternatief is om de inhouding het karakter te laten hebben van een voorheffing, die de erfgenamen

1566 Behoudens het punt van de kruislingse schenkingen tussen de erfgenamen. Het lijkt mij echter voor de hand te liggen dat indien een optie als deze geboden wordt, tevens wordt geregeld dat dit voor de erfbelasting neutraal verloopt. Overigens is de vraag in hoeverre daadwerkelijke heffing snel aan de orde is, omdat het bedrag aan belasting van iedere erfgenaam is opgebouwd uit meerdere "deelschenkingen" van de andere erfgenamen. Het bedrag aan belasting moet vrij groot zijn, voordat een dergelijke deelschenking boven de vrijstelling van artikel 33 ten 7° SW (of andere toepasselijke vrijstelling) uitkomt.

1567 Aannemend dat het bestaan van het APV bekend is, is geen sprake van een nieuw feit en moet in beginsel teruggeslagen worden op de reguliere aanslagtermijn.

kunnen verrekenen met de door hen verschuldigde belasting. Aangezien dit alternatief impliceert dat bepaalbaar is hoeveel belasting iedere erfgenaam verschuldigd is, is dit niet zozeer een oplossing voor toerekeningsproblemen, als wel voor de financiering van de door de erfgenamen verschuldigde belasting.¹⁵⁶⁸

Van deze punten lijkt het vierde mij het meest zwaarwegend; een wijziging van de systematiek vereist een principiële keuze dan de aanpak van de overige punten, waar een praktische oplossing voor voorhanden is.

Naast de inkomstenbelasting moet ook het punt van de eventuele schenkbelasting op uitkeringen geadresseerd worden. Een uitkering aan een begunstigde kan tot de verschuldigdheid van schenkbelasting leiden, hoewel mij de vraag lijkt in hoeverre dit in de praktijk het geval zal zijn. Bij toerekening aan een groot aantal personen, is ook sprake van een groot aantal deelschenken. Op ieder van die deelschenken is in ieder geval de vrijstelling van artikel 33 ten 7° SW van toepassing. De uitkering moet derhalve enige omvang hebben voordat heffing van schenkbelasting aan de orde komt. Een regeling die tot een vereenvoudiging leidt op dit punt, doordat niet alle individuele deelschenken getoetst worden, moet dus ook recht doen aan dat aspect.

In basis kan een dergelijke regeling uitgaan van de betaling van de schenkbelasting door het APV, ofwel namens alle “schenkers”, ofwel doordat het APV er voor opteert om fictief als schenker te worden aangemerkt. Binnen het systeem van de Successiewet lijken beide benaderingen mij in beginsel mogelijk, met dien verstande dat de tweede mij eenvoudiger inpasbaar lijkt. In beide gevallen moet echter bepaald worden welke vrijstelling gehanteerd wordt, alsmede welk tarief. Mijn gedachten gaan daarbij uit naar het volgende:

- Per erfgenaam aan wie wordt toegerekend, wordt eenmaal de vrijstelling van artikel 33 ten 7° SW in aanmerking genomen, of eventueel een percentage van deze vrijstelling. Eenmaal deze vrijstelling voor de totale uitkering doet mijns inziens onvoldoende recht aan de vrijstelling die in totaal verkregen zou worden indien wel alle “deelschenken” apart zouden worden bekeken. Een vrijstelling per erfgenaam leidt echter mogelijk tot een in totaal te hoge vrijstelling, omdat het in de praktijk zelden zal voorkomen dat een groot aantal erfgenamen een gelijk procentueel “aandeel” in het APV-vermogen heeft en daarmee een evenredig deel van de uitkering geacht wordt te schenken. Veelal zal zich de situatie voordoen dat niet alle deelschenken van gelijke omvang zijn, waarbij het gevolg kan zijn dat bij sommige de vrijstelling niet benut wordt, terwijl andere wel belast zijn. Men kan hiermee rekening houden door per erfgenaam

1568 Nader besproken in paragraaf 15.8.

slechts een deel van de vrijstelling, (bijvoorbeeld) 70%¹⁵⁶⁹, van de vrijstelling in aanmerking te nemen.

- Op het belastbare deel van de uitkering wordt het derdentarief toegepast. Dit tarief zal immers ook op de meeste, zo niet alle, deelscheningen van toepassing zijn geweest.
- De regeling wordt facultatief: men kan opteren voor toepassing hiervan of toch alle deelscheningen apart bekijken. De eventuele wat kleinere vrijstelling of het hogere tarief voor een deel van de uitkering is dan de prijs die betaald moet worden voor eenvoud in de uitvoering.
- De keuze voor toepassing moet weer gemaakt worden door het APV.

Mijns inziens kan met deze benadering een oplossing gevonden worden voor praktische belemmeringen die spelen bij APV's waarvan het vermogen aan een groot aantal personen dient te worden toegerekend. Desalniettemin zou ik, althans vooralsnog, niet willen voorstellen om een dergelijke regeling daadwerkelijk op te nemen in de wet, althans niet voor uitsluitend het oplossen van het onderhavige. Dit hangt allereerst samen met de omstandigheid dat er toch een aantal vraagpunten bij de vormgeving zijn, alsmede dat de keuze gemaakt moet worden voor een significante inbreuk op het systeem van de Wet IB 2001. Daarnaast is van belang dat het aantal gevallen waarbij deze problematiek speelt mij niet bekend is, maar dat ik zou verwachten dat dit relatief beperkt blijft: toerekening aan een veelheid aan erfgenamen impliceert dat het APV al over meerdere generaties bestaat en hoewel dergelijke APV's bestaan, zullen de meeste van recentere datum zijn. Met andere woorden: de problematiek is naar mijn mening niet wijdverbreid genoeg om een ingrijpende wijziging in het stelsel te rechtvaardigen. De door mij geschetste kaders kunnen in een concrete situatie mogelijk echter dienen als basis voor een oplossing voor dat specifieke geval. Daarnaast kan de inhouding en afdracht van belastingen door het APV wel het probleem ondervangen van financiering van de verschuldigde belasting door de erfgenamen, zie paragraaf 15.8 hierna. In die situatie ligt een inhouding die fungeert als een voorheffing op de inkomstenbelasting mijns inziens het meest voor de hand.

Tot slot merk ik op dat voor zover de hiervoor gesignaleerde problematiek te beschouwen is als een knelpunt, deze het gevolg is van een onvolkomenheid in de wetgeving: hoewel dit probleem specifieke gevallen treft, wordt de toepassing APV-regeling praktisch

1569 Dit percentage is een grove schatting gebaseerd op de gedachte dat indien het totale bedrag van de uitkering gedeeld door het aantal "schenkers" en iedere deelschenking het bedrag van de vrijstelling van artikel 33 ten 7° SW overschrijdt, het waarschijnlijk lijkt dat, indien daadwerkelijk alle deelscheningen in aanmerking genomen worden, voor de meeste individuele deelscheningen deze vrijstelling geheel of grotendeels benut zou worden.

(nagenoeg) onmogelijk. Dit is overigens niet zozeer een onvolkomenheid van juridische aard, zoals de hiervoor besproken onvolkomenheden, maar een onvolkomenheid in de uitvoerbaarheid van de regeling.¹⁵⁷⁰

15.8 Onmogelijkheid betalen belasting door erfgenamen en vergoeding door APV

Een belangrijk praktisch probleem is hoe de erfgenamen de inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting moeten betalen die zij verschuldigd zijn in verband met het APV-vermogen dat aan hen toegerekend wordt. Eenzelfde vraag speelt uiteraard voor de inbrenger, maar is in die context in mijn ogen minder problematisch, omdat de inbrenger het APV zelf in het leven geroepen heeft en daarmee geacht kan worden de daarmee samenhangende fiscale consequenties te aanvaarden.¹⁵⁷¹ De inbrenger is bovendien in de positie geweest om bij de instelling van het APV een regeling te treffen die hem tot betaling van de belasting in staat stelt.

Er zijn meerdere benaderingen denkbaar om dit punt te adresseren, in het kort:

- (a) een (facultatieve) mogelijkheid om het APV de door degene(n), aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend, verschuldigde inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting te laten inhouden en afdragen;
- (b) een wettelijk verhaalsrecht voor de degene(n), aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend, jegens het APV in verband met de door hen als gevolg van toerekening van het APV-vermogen verschuldigde belasting;
- (c) de inbrenger voorziet in een verplichting voor het APV om de “belastingschade” te vergoeden, die degene(n) aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend, lijden in verband met deze toerekening; of
- (d) er is geen sprake van een mogelijkheid tot afdracht of verhaal, noch van een verplichting tot het vergoeden van de belasting door het APV, maar het APV gaat op eigen initiatief over tot het vergoeden van deze belasting.

Hierna ga ik in meer detail op de verschillende mogelijkheden in. Eenvoudshalve spreek ik daarbij van “erfgenamen”, in plaats van “degenen aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend”.

Deze problemen in de betaling van de belasting, waarmee belastingplichtigen

1570 Categorie II, volgens de in hoofdstuk 2 onder (c) weergegeven onderverdeling.

1571 Althans de in Nederland woonachtige inbrenger. Ik kan mij voorstellen dat een uit een ander land afkomstige inbrenger, zoals een Amerikaan die een trust heeft ingesteld en vervolgens een aantal jaar voor zijn werk naar Nederland komt, toch voor een verrassing komt te staan.

kunnen worden opgezaaid, is een knelpunt, dat mijns inziens het gevolg is van een juridische onvolkomenheid in de wetgeving. De toepassing van de APV-regeling kan leiden tot het ongerijmde effect dat een belastingplichtige belasting verschuldigd is ter zake van vermogen waar hij nooit op enige wijze voordeel van heeft.¹⁵⁷² Gezien het antimisbruikkarakter van de APV-regeling is voor de heffing van de belasting als zodanig wel een rechtvaardiging te vinden, maar de uitkomst van het niet voorzien in een regeling voor het oplossen van betalingsproblemen bij belastingplichtigen werkt naar mijn mening onredelijk uit. Volledigheidshalve merk ik op dat deze onvolkomenheid mijns inziens niet zozeer in de categorie “onuitvoerbaarheid” valt, aangezien de uitvoering in de zin van het vaststellen en invorderen van de belastingschuld niet het probleem is, maar financiële problemen bij de degenen aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend.

15.8.1 Inhouding en afdracht belasting door het APV

De mogelijkheid om een regeling te treffen voor de inhouding van de door de erfgenamen verschuldigde belasting is reeds besproken in paragraaf 15.7, als mogelijke oplossing voor toerekeningsproblemen bij een groot aantal erfgenamen. Mijn gedachte gaat uit naar een facultatieve regeling: het APV kan de belasting inhouden en afdragen, maar dit hoeft niet. Het facultatieve karakter ondervangt invorderingsproblemen die kunnen spelen bij een verplichte regeling: indien het APV gevestigd is in een jurisdictie die invordering van Nederlandse belastingschulden niet faciliteert en het APV werkt niet mee aan de inhouding en afdracht van belasting, dan kan het gevolg zijn dat deze belasting onbetaald blijft. Dit bezwaar is mijns inziens te ondervangen door de regeling facultatief te maken en vorm te geven als een voorheffing: het APV kan de belasting inhouden en afdragen, in welk geval de erfgenaam deze belasting kan verrekenen met de door hem verschuldigde belasting. Indien echter geen inhouding en afdracht plaatsvindt, blijft de desbetreffende erfgenaam de belasting verschuldigd.

Deze benadering heeft als voordelen (i) de belasting komt ten laste van het APV-vermogen en niet ten laste van de erfgenamen en leidt bij hen dus niet tot financiële problemen, (ii) problemen in de toerekening kunnen worden ondervangen en (iii) de administratieve lastendruk neemt in meer of mindere mate af, afhankelijk van het aantal erfgenamen. Een belangrijk bezwaar is echter dat de inhouding van inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting als ware het een voorheffing een significante inbreuk op het huidige wettelijke systeem impliceert. Voorts zijn een aantal praktische bezwaren denkbaar, genoemd in paragraaf 15.7, maar die hangen samen met problemen in het bepalen van de toerekening en staan mijns inziens dus niet in de weg aan het implementeren van een voorheffing voor APV-gerelateerde belastingschulden

¹⁵⁷² Met andere woorden: er is sprake van een onvolkomenheid in categorie 3(a).

in het algemeen. Gezien de benodigde inbreuk op het wettelijke systeem heeft deze benadering echter niet mijn voorkeur.

15.8.2 Verhaalsrecht jegens het APV

Een minder vergaand, maar in de wet te regelen, alternatief is een verhaalsrecht voor de erfgenamen jegens het APV voor de door hen als gevolg van de verschuldigde inkomstenbelasting en schenk- en erfbelasting, althans voor zover geen sprake is van een uitkering uit het APV waaruit deze belasting betaald kan worden. In paragrafen 15.3.4 en 15.3.5 is reeds ingegaan op een dergelijk verhaalsrecht.

Het voordeel van deze benadering is dat het iedere erfgenaam een wettelijke mogelijkheid geeft om, indien hij belasting verschuldigd is, maar geen uitkering krijgt, een vergoeding van het APV te ontvangen. Deze benadering vereist ook geen grote inbreuk op het bestaande wettelijke systeem, in tegenstelling tot de hiervoor besproken regeling voor inhouding en afdracht van belasting door het APV als voorheffing. Zowel de Wet IB 2001 als de Successiewet kent reeds een voorziening voor de situatie dat belasting betaald moet worden door iemand die geen toegang heeft tot (liquide) vermogen om de belasting uit te voldoen.¹⁵⁷³ Een mogelijk bezwaar is dat een dergelijk verhaalsrecht de erfgenamen geen volledige zekerheid verschaft: denkbaar is dat het APV weigert om de uit het verhaalsrecht voortvloeiende vordering te voldoen en dat het gevestigd is in een jurisdictie waar het voor de erfgenamen problematisch is om nakoming af te dwingen.

15.8.3 Verplichting tot vergoeding van de belasting

Bij gebreke aan een wettelijke regeling kan de financiering van verschuldigde belasting ook worden geregeld door het APV te verplichten de belasting die de erfgenamen moeten betalen te vergoeden, althans voor zover deze niet gedekt wordt door een daadwerkelijke uitkering. De erfgenamen hebben dan mijns inziens een vordering op het APV onder de opschortende voorwaarde dat belasting verschuldigd wordt (en geen uitkering wordt gedaan). Daarmee is sprake van een vermogensrecht dat in box 3 valt, met als complicatie de waardering van dit vermogensrecht gezien het voorwaardelijke karakter ervan, enigszins afhankelijk van welke heffing het betreft:

- In geval van schenkbelasting kan naar mijn mening gezegd worden dat de vordering geen waarde heeft tot aan het moment van de fictieve verkrijging. De schenkbelasting hangt samen met een uitkering door het APV, zodat op ieder gegeven moment tot het daadwerkelijk besluiten tot de uitkering in principe

1573 Zie artikel 2.16 Wet IB 2001 en artikel 78 SW.

geen concreet vooruitzicht op vervulling van de voorwaarde bestaat. De waarde van de voorwaardelijke vordering tendeert daarmee naar nihil.

- De verschuldigdheid van erfbelasting hangt samen met het zijn van erfgenaam en (potentiële) begunstigde op het moment van overlijden van de inbrenger, waarbij de omvang van het dan toegerekend te krijgen vermogen vooraf nog niet vaststaat. Wel zal met het verstrijken van de tijd de fictieve erfrechtelijke verkrijging van de erfgenaam concreter worden. Dat impliceert dat op enig moment toch een zekere waarde aan de voorwaardelijke vordering toegekend moet worden.
- Bij de inkomstenbelasting ligt dit genuanceerder, aangezien deze heffing in beginsel jaarlijks plaatsvindt vanaf het moment dat de toerekening aan een erfgenaam een aanvang vindt. De aard van het vermogen in het APV speelt hierbij wel een rol: in geval van box 3-vermogen is er een jaarlijks terugkerende heffing, waarvan gezien de samenhang met de omvang van het toe te rekenen vermogen ook vooraf een redelijke inschatting te maken is. Bij aanmerkelijkbelangaandelen ligt dit anders, omdat deze niet ieder jaar hoeven te leiden tot een winst.

Hoewel er dus omstandigheden zijn dat de vordering van de erfgenaam een waarde heeft van (praktisch) nihil, is dit niet onder alle omstandigheden het geval. Desalniettemin lijkt mij verdedigbaar dat geen rekening gehouden wordt met een voorwaardelijke aanspraak van de erfgenaam in box 3, aangezien tegenover deze aanspraak een even grote schuld van het APV staat. Van beide is de omvang moeilijk tot niet vast te stellen, maar wel staat vast dat beide tot het toe te rekenen vermogen behoren en daarmee is het effect grotendeels neutraal. Een eventuele discrepantie wordt veroorzaakt door de omstandigheid dat er meerdere erfgenamen kunnen zijn, die niet allen een relatief even grote belastingschuld hebben, terwijl zij wel ieder een evenredig deel van de corresponderende vordering toegerekend krijgen. Om een kort voorbeeld te geven: het vermogen van APV E wordt toegerekend aan erfgenamen F en G, ieder voor 50%. Het betreft box 3-vermogen en voor 2020 zal dit bij ieder van hen leiden tot een belastingschuld. F heeft echter reeds een groot privévermogen in box 3, zodat de gemiddelde¹⁵⁷⁴ belastingdruk op het hem toegerekende vermogen groter is dan die bij G. Als gevolg hiervan is F ter zake van het toegerekende vermogen in 2020 naar schatting € 30.000 aan belasting verschuldigd en G slechts € 20.000. Gezien de mate van

1574 Er zijn ook argumenten voor het vaststellen van de vordering aan de top van het tarief (dat is het nadeel dat F heeft) of juist aan de voet (anders kan gezegd worden dat F bevoordeeld wordt ten opzichte van G, omdat hij een grotere vergoeding krijgt bij een even grote toerekening). In het laatste geval wordt het beschreven effect ook beperkt, maar dit zal mijns inziens niet in alle gevallen c.q. voor alle heffingen te ondervangen zijn.

concreetheid¹⁵⁷⁵ van deze belastingschulden waardeer ik de vorderingen tot vergoeding van de belasting eenvoudshalve nominaal. Daar tegenover staan schulden van het APV van in totaal € 50.000, waarvan 50% wordt toegerekend aan ieder van F en G. Bij F leidt dit per saldo dus tot een vermeerdering van het box 3-vermogen met € 5.000 en bij G leidt dit tot een vermindering met € 5.000.¹⁵⁷⁶ De vorderingen en schulden hebben geen invloed op het totaal in de heffing te betrekken bedrag. Door het verschil in het effectieve tarief komt het totale bedrag aan belasting wel in beperkte mate lager uit.

Een redelijke benadering lijkt mij daarom om geen rekening te houden met deze vorderingen en corresponderende schulden bij het bepalen van de box 3-heffing. Het waarderen van deze vorderingen en schulden stuit op praktische problemen, terwijl het eventuele effect op de belastingheffing in beginsel gering is. Bovendien komt het mij als reëel voor dat de fiscale gevolgen van de toerekening voor de erfgenamen weggenomen moeten kunnen worden door het APV, zonder dat dit verdere heffing tot gevolg heeft. De wet voorziet hier evenwel niet in, zodat dit strikt genomen dan geregeld zou moeten worden, bijvoorbeeld door deze aanspraak en de corresponderende (toegerekende) schuld uit te sluiten van het box 3-vermogen. Daarmee is ook deze benadering niet zonder bezwaren. Een voordeel voor de erfgenamen is dat het APV nu een concrete verplichting heeft, hetgeen het risico op niet nakoming door het APV beperkt.

Op het moment dat de belasting eenmaal verschuldigd is, wordt de vordering van de erfgenaam jegens het APV onvoorwaardelijk en ontstaat daarmee in ieder geval een in box 3 te belasten vermogensbestanddeel.

15.8.4 Vergoeding op initiatief van het APV

Ten slotte is een mogelijkheid dat niet geregeld is en dat het APV op eigen initiatief overgaat tot vergoeding van de door de erfgenamen verschuldigde belasting. Het nadeel hiervan is dat dit een uitkering vereist en, indien sprake is van toerekening aan meerdere erfgenamen en voor de uitkering aan iedere erfgenaam kruislingse schenkingen in aanmerking genomen moeten worden, aanvullende belastingheffing plaatsvindt. Bovendien is er voor de erfgenamen een belangrijk civielrechtelijk nadeel, omdat zij nu geen concrete aanspraak hebben en afhankelijk zijn van het APV. Met name gezien het laatste dient mijns inziens wel een regeling getroffen worden.

1575 Omdat het in dit geval gaat om het volgende jaar. Voor belastingjaren verder in de toekomst wordt de schatting problematisch, omdat rekening gehouden moet worden met (i) fluctuaties in de omvang van het vermogen en (ii) de mogelijkheid dat de toerekening aan de erfgenaam in kwestie eindigt, bijvoorbeeld door diens overlijden.

1576 Daarmee ontstaat een (beperkt) cumulerend effect, want het box 3-vermogen van F is nu groter, daarmee wordt zijn belastingschuld groter en dus zijn voorwaardelijke vordering, etc. Bij G nemen box 3-vermogen, belastingschuld en voorwaardelijke vordering juist iets af.

15.8.5 Conclusie

Hiervoor zijn meerdere denkbare oplossingen besproken voor het probleem dat de erfgenamen belasting moeten betalen, terwijl zij mogelijk geen beschikking krijgen over middelen om deze belasting uit te voldoen. Aan al deze oplossingen zijn voor- en nadelen verbonden, maar één aspect is universeel: de vraag of de erfgenamen gelijk behandeld worden en - in het verlengde daarvan - de vraag in hoeverre dat noodzakelijk is. Een eventuele ongelijke behandeling wordt veroorzaakt doordat een erfgenaam meer belasting verschuldigd is dan een andere. Dit kan veroorzaakt worden doordat reeds sprake is van meer eigen inkomsten of vermogen bij een erfgenaam, als gevolg waarvan aan hem toegerekend inkomen of vermogen tegen een hoger effectief tarief belast wordt. Of er kan sprake zijn van een fictieve verkrijging op grond van de Successiewet, waarbij ter zake van de erfgenamen niet steeds hetzelfde tarief en/of dezelfde vrijstelling van toepassing is.

Vraag is in hoeverre het redelijk is om rekening te houden met dergelijke verschillen. Enerzijds kan gezegd worden dat alle erfgenamen een even grote bruto-uitkering zouden moeten krijgen, die dus geen rekening houdt met hun persoonlijke verschillen. Anderzijds kan men betogen dat de erfgenamen niet gekozen hebben voor het APV en de daarmee samenhangende fiscale gevolgen en dat zij daarom volledig voor het daarmee samenhangende “belastingnadeel” gecompenseerd moeten worden. Mijn voorkeur gaat uit naar de laatste benadering, mede in aanmerking nemend dat het APV helemaal niet tot doel hoeft te hebben om alle erfgenamen strikt gelijk te behandelen. Bij een wettelijke regeling zou ik de inkomstenbelasting dan ook in aanmerking willen nemen aan de top van het tarief. Bij een regeling die de inbrenger zelf treft in de beheersregeling van het APV kan deze uiteraard zijn eigen keuze maken en hetzelfde geldt voor een vergoeding op initiatief van het APV zelf.

De verschillende oplossingsrichtingen overziend, heeft het mijn voorkeur dat een verhaalsrecht voor de erfgenamen wordt opgenomen in de wet. Hiervoor is geen grote inbreuk op het huidige wettelijke systeem vereist, terwijl voor de erfgenamen van ieder APV een oplossing bereikt wordt. Zij zijn daarmee niet meer afhankelijk van wat de inbrenger geregeld heeft. Bij gebreke aan een dergelijke regeling zou de inbrenger mijns inziens een regeling moeten treffen in de beheersregeling van het APV, waarbij het de wetgever zou sieren als, indien hij niet bereid is om in een verhaalsrecht te voorzien, dan ten minste te regelen dat een dergelijke verplichte vergoeding door het APV niet als zodanig tot aanvullende heffing leidt. Overigens heeft een regeling op het niveau van het APV mijns inziens ook meerwaarde naast een verhaalsrecht: waar de bestuurder van het APV wellicht niet bereid zal zijn om een betaling te doen aan de erfgenaam uit hoofde van het verhaalsrecht, zou ik verwachten dat nakoming van een rechtstreekse aan het APV opgelegde verplichting wel plaats zal vinden.

15.9 Verrekening of teruggave van Nederlandse dividendbelasting

In paragraaf 14.5.2 ben ik ingegaan op de samenloop tussen de dividendbelasting, die geheven wordt bij uitkering van dividend door een Nederlandse vennootschap aan een APV, met de inkomstenbelasting verschuldigd ter zake van dit dividend door de inbrenger. Tenzij ofwel het APV teruggave van de dividendbelasting kan krijgen op grond van artikel 10 Wet DB, ofwel de inbrenger de dividendbelasting als voorheffing kan verrekenen met de inkomstenbelasting, ontstaat dubbele heffing. Aangezien dit zich niet voordoet in de situatie waarin de aandelen niet zijn ingebracht in het APV, verloopt deze inbreng in dat geval niet fiscaal neutraal en is mijns inziens sprake van een knelpunt. Ook in de minder snel voorkomende situatie van een vennootschapsbelastingplichtig APV kan overigens dubbele heffing ontstaan, omdat de toerekening doorwerkt naar artikel 25 Wet Vpb, zodat verrekening als voorheffing bij het APV in voorkomend geval niet mogelijk is.

Bij de huidige wetgeving is niet duidelijk geregeld of teruggave dan wel verrekening van dividendbelasting mogelijk is. Aan de voorwaarden gesteld aan verrekening met de inkomstenbelasting kan naar mijn mening in elk geval niet voldaan worden. Voor een teruggave van dividendbelasting aan het APV zijn wel argumenten, maar ook dit is geen zekerheid. Een belangrijke vraag die niet met zekerheid bevestigend beantwoord kan worden is of het APV kan kwalificeren als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend. Daarnaast kan zich de situatie voordoen dat, zelfs als het APV als uiteindelijk gerechtigde kwalificeert, aan een of meer andere voorwaarden voor teruggave niet voldaan wordt. Voor zover teruggave daardoor niet mogelijk is, terwijl in een situatie zonder inbreng wel verrekening had plaatsgevonden, is er dus een fiscale belemmering voor de inbreng. Daarnaast kan in mijn ogen de omstandigheid, dat thans niet duidelijk is of en via welke weg de dividendbelasting in aanmerking genomen kan worden, in zichzelf als een knelpunt beschouwd worden.

Deze belemmeringen worden primair veroorzaakt doordat de Wet IB 2001 en de Wet DB verschillende uitgangspunten hebben, als gevolg van het feit dat de toerekening van het APV-vermogen zich niet integraal uitstrekt tot de Wet DB. Daardoor is de opbrengstgerechtigde voor toepassing van de Wet DB (het APV) niet dezelfde als degene die in termen van inkomsten- of winstbelasting belastingplichtig is ter zake van het dividend (de inbrenger). Daarbij komt dat geen keuze gemaakt is voor de wijze waarop de samenloop tussen dividendbelasting en inkomstenbelasting weggenomen wordt, die vervolgens in de wet is neergelegd. Hiermee is derhalve sprake van een knelpunt dat veroorzaakt wordt door een onvolkomenheid in de wetgeving van juridische aard, aangezien de toepassing van de wet onduidelijk is en mogelijk ook het ongerijmde effect kan hebben dat zich een samenloop van heffingen voordoet, waarvan zonder APV geen

sprake zou zijn geweest.¹⁵⁷⁷ Hiervoor kan naar mijn mening ook geen rechtvaardiging gevonden worden in het antimisbruikkarakter van de APV-regeling: dat eenmaal geheven wordt is uiteraard gerechtvaardigd, maar deze samenloop van heffing gaat verder dan voor de bestrijding van misbruik noodzakelijk is.

Om deze belemmeringen weg te nemen, zou die keuze dus alsnog gemaakt en wettelijk vastgelegd moeten worden. Mijn voorkeur gaat hierbij uit naar het verrekenen van de dividendbelasting met de door de inbrenger verschuldigde inkomstenbelasting, om twee redenen:

- (a) De inkomstenbelasting is verschuldigd door de inbrenger. Tenzij het APV het ontvangen dividend geheel of gedeeltelijk uitkeert aan de inbrenger, gaat deze er als gevolg van de dividenduitkering in vermogen op achteruit. Een mogelijkheid om de dividendbelasting te kunnen verrekenen beperkt deze vermogensachteruitgang. Overigens kan men in geval van de inbrenger nog betogen dat deze het APV zelf in het leven geroepen heeft en daarmee de fiscale consequenties zou moeten accepteren, maar dat geldt niet voor zijn erfgenamen.
- (b) Indien het APV een teruggave van dividendbelasting kan krijgen, kan sprake zijn van een heffingslek. Dit doet zich voor indien de inbrenger niet belastingplichtig is ter zake van het aandelenbelang, hetgeen het geval is indien de inbrenger in het buitenland woont en het aandelen betreft die in box 3 belast zouden worden. De dividendbelasting is dan in de situatie zonder APV een eindheffing. Teruggave van dividendbelasting aan het APV leidt er dan toe dat te weinig belasting geheven wordt. Dit is te ondervangen door de teruggave aan het APV afhankelijk te maken van de fiscale behandeling van het dividend bij de inbrenger, maar daar wordt de regeling niet eenvoudiger op, zeker indien toerekening aan meerdere personen plaatsvindt. Bij verrekening bij de inbrenger wordt automatisch rekening gehouden met diens fiscale positie.

Mijns inziens kan de verrekening bij de inbrenger bewerkstelligd worden door de APV-regeling ook (in principe) integraal te laten doorwerken naar de Wet DB. De inbrenger wordt dan als opbrengstgerechtigde beschouwd, zodat de dividendbelasting ten laste van hem wordt ingehouden. Daarmee voldoet de inbrenger aan één van de twee eisen van artikel 9.2 Wet IB 2001. Daarnaast moet de inbrenger als uiteindelijk gerechtigde kwalificeren, maar zoals reeds opgemerkt in paragraaf 14.5.2.2 is naar mijn mening een interpretatie te verdedigen waarbij als gevolg van de toerekening de inbrenger als uiteindelijk gerechtigde wordt gezien. Volledigheidshalve lijkt mij echter aan te raden om in de wettekst te expliciteren dat de inbrenger (behoudens dividendstripping) als uiteindelijk gerechtigde wordt gezien van dividend dat op grond van de APV-regeling

¹⁵⁷⁷ Daarmee is sprake van onvolkomenheden in categorie 2(b) en 3(a).

aan hem wordt toegerekend. Bij deze benadering is teruggave van dividendbelasting aan het APV uitgesloten.

Wel is van belang om op te merken dat hiermee nog niet alle spanning uit het wettelijke systeem verdwenen is. Dit wordt veroorzaakt door de omstandigheid dat ook met deze wijziging de APV-regeling niet in alle heffingswetten doorwerkt en in het bijzonder niet in de Wet Vpb. Daardoor blijft het mogelijk dat zich een samenloop voordoet tussen Nederlandse vennootschapsbelasting en Nederlandse inkomstenbelasting, zoals ook beschreven in paragraaf 14.5.1. Op deze samenloop ga ik nader in in paragraaf 15.10 hierna. Zolang het APV als (potentieel) vennootschapsbelastingplichtig subject erkend wordt, kan deze spanning tussen deze erkenning en een doorwerking van de toerekening in de Wet DB worden weggenomen door deze doorwerking te beperken tot de situatie waarin het APV niet vennootschapsbelastingplichtig is ter zake van het dividend. Het APV krijgt daarmee voor de Wet DB een hybride karakter, afhankelijk van de vennootschapsbelastingpositie. Daarmee wordt bereikt dat ongeacht de fiscale behandeling van het APV de uitkomst van de Wet DB aansluit bij de persoon die belastingplichtig is ter zake van het dividend:

- Indien het APV vennootschapsbelastingplichtig is, wordt het ook erkend als opbrengstgerechtigde van het dividend en wordt de dividendbelasting beschouwd als ten laste van het APV ingehouden. Behoudens dividendstripping wordt het APV als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend gezien. Teruggave van dividendbelasting op grond van artikel 10 Wet DB is dan uiteraard niet aan de orde, omdat dit uitgaat van niet-belastingplichtige opbrengstgerechtigden. Verrekening met de vennootschapsbelasting zou mijns inziens dan wel moeten kunnen plaatsvinden, evenals in voorkomend geval toepassing van de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB. Het eerste vereist overigens een wijziging van artikel 8 lid 15 Wet Vpb, aangezien de APV-regeling hier momenteel in doorwerkt en daarmee in de weg staat aan verrekening van de dividendbelasting met de vennootschapsbelasting. Die doorwerking zou dan beperkt moeten worden tot niet-vennootschapsbelastingplichtige APV's.¹⁵⁷⁸
- Indien het APV niet vennootschapsbelastingplichtig is, wordt de inbrenger erkend als opbrengstgerechtigde en (in beginsel) uiteindelijk gerechtigde tot het dividend, zodat verrekening met de door hem verschuldigde inkomstenbelasting in voorkomend geval mogelijk is.

¹⁵⁷⁸ Overigens leidt deze doorwerking op dit moment tot dubbele heffing, omdat een APV dat vennootschapsbelastingverschuldigd is ter zake van een dividend van een Nederlandse vennootschap de dividendbelasting als gevolg van de doorwerking van de toerekening niet kan verrekenen. Mijns inziens bestaat daar geen redelijke grond voor, omdat het door de wetgever gepercipieerde misbruik zich niet voor lijkt te kunnen doen. Ook indien overigens geen wijziging wordt aangebracht in het systeem, zou de verwijzing naar artikel 25 Wet Vpb in artikel 8 lid 15 Wet Vpb daarom naar mijn mening geschrapt moeten worden.

Op deze wijze ontstaat naar mijn mening een evenwichtig en duidelijk systeem, waarbij geen samenloop tussen de dividendbelasting en de inkomsten- of vennootschapsbelasting ter zake van het dividend ontstaat.

15.10 Samenloop Nederlandse vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting

Aangezien de APV-regeling niet integraal doorwerkt naar de Wet Vpb, kan zich de situatie voordoen dat het APV vennootschapsbelastingplichtig is. Aangezien het toepassingsbereik van de toerekeningsstop van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001 thans zeer beperkt is, aangezien hiervoor een onderneming bij het APV zelf vereist is, is de inbrenger tevens belastingplichtig ter zake van het APV-vermogen (ik ga uit van een binnenlands belastingplichtige inbrenger). Op dit moment is er geen regeling die deze samenloop wegneemt en ontstaat dubbele heffing.¹⁵⁷⁹ Dit is mijns inziens niet terecht en het vormt een belemmering bij het instellen van een APV, die weggenomen zou moeten worden. Redelijk is dat slechts eenmaal wordt geheven en het wegnemen van deze samenloop in heffing doet ook niet af aan de antimisbruikdoelstelling van de APV-regeling; ook voor het doel volstaat dat één maal belasting geheven wordt. Derhalve is sprake van een knelpunt, dat veroorzaakt wordt door een onvolkomenheid in de wetgeving.¹⁵⁸⁰

Een vrij verstrekkende benadering om deze samenloop weg te nemen is de APV-regeling ook te laten doorwerken naar de Wet Vpb. Een als APV kwalificerende entiteit kan dan niet langer een subject voor de vennootschapsbelasting zijn en er resteert slechts de heffing van inkomstenbelasting bij de inbrenger. De wetgever heeft bij de invoering van de APV-regeling echter duidelijk niet voor deze benadering gekozen. Een vraag lijkt mij ook of sprake kan zijn van negatieve consequenties voor de verdragstoepassing, indien Nederland het APV fiscaal negeert, terwijl dit door de verdragspartners als belastingsubject erkend wordt. Mogelijk is dan het gevolg van een combinatie van geen onderworpenheid bij het APV met het niet rekening houden met heffing op het niveau van de inbrenger dat geen sprake is van verdragsbescherming. Dit resultaat is onwenselijk en kan een reden zijn om het APV als vennootschapsbelastingplichtige entiteit te blijven erkennen.

De samenloop met de inkomstenbelasting moet dan nog wel worden weggenomen en dit kan geschieden door, zoals reeds door de Raad van State voorgesteld,¹⁵⁸¹ te kiezen voor een algemeen systeem van verrekening van de vennootschapsbelasting met de inkomstenbelasting, ongeacht of sprake is van Nederlandse of buitenlandse

1579 Zie nader paragraaf 14.5.1.

1580 Dat wil zeggen een onvolkomenheid in de zin dat voor belastingplichtigen ongerijmde effecten optreden, oftewel een onvolkomenheid vallend in categorie 3(a).

1581 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/2009, 31 930, nr. 4, pagina 13. De wetgever schuift deze suggestie vrij gemakkelijk ter zijde, met de toelichting dat toerekening in de inkomstenbelasting een middel is en geen doel, alsmede een beroep op niet nader benoemde bezwaren van uitvoeringstechnische aard.

vennootschapsbelasting. De toerekeningsstop kan dan geheel komen te vervallen. Hoewel het toepassingsbereik van die regeling mijns inziens zeer beperkt is, levert dit toch een vereenvoudiging op. Deze verrekeningsmogelijkheid kan op twee plaatsen geregeld blijven:

- (a) Verrekening van buitenlandse heffing kan gehandhaafd blijven in artikel 25b Bvdb 2001. Aangezien voorkoming van dubbele belasting in geval van buitenlandse heffing overigens ook in het Bvdb 2001 geregeld is, is het consistent om de regeling voor heffing ten laste van het APV hier te handhaven.
- (b) Het is echter naar mijn mening niet consistent om een verrekeningsmogelijkheid voor Nederlandse vennootschapsbelasting ook in het Bvdb 2001 op te nemen. Een dergelijke regeling is naar mijn mening meer op zijn plaats in hoofdstuk 9 van de Wet IB 2001, waar ook de verrekening van dividendbelasting en loonbelasting als voorheffingen geregeld is. De verrekening van vennootschapsbelasting wordt daarbij logischerwijs gemaximeerd tot het bedrag van de ter zake van het desbetreffende inkomens- of vermogensbestanddeel verschuldigde inkomstenbelasting. Het is in lijn met de verrekening van buitenlandse heffing om deze verrekening tegen het gemiddelde tarief te laten plaatsvinden.

Op deze wijze wordt bewerkstelligd dat ter zake van één inkomens- of vermogensbestanddeel van het APV een samenloop ontstaat tussen heffing bij het APV en heffing bij de inbrenger, hetgeen mijns inziens een evenwichtig resultaat is, dat recht doet aan de fiscale belangen van de betrokken personen, terwijl ook het doel van de APV-regeling, het voorkomen van zwevend vermogen dat geheel niet in de heffing betrokken wordt, bereikt wordt.

Volledigheidshalve merk ik op dat deze samenloop ook kan worden weggenomen door een wijziging van artikel 2.14a lid 7 Wet IB 2001. Daarin zou dan een gelijkstelling moeten worden opgenomen, op grond waarvan onder een onderneming in de context van de toerekeningsstop mede verstaan wordt de activiteiten die op grond van artikel 17a Wet Vpb tot een Nederlandse onderneming worden gerekend. Het voordeel van deze benadering is dat deze relatief eenvoudig is in de uitvoering. Het bezwaar is naar mijn mening echter dat een verschil in behandeling ontstaat tussen APV's die onderworpen zijn aan Nederlandse vennootschapsbelasting en APV's die onderworpen zijn aan een buitenlandse winstbelasting. Om deze reden gaat mijn voorkeur er naar uit om in alle gevallen de heffing op APV-niveau te verrekenen met de inkomstenbelasting geheven van de inbrenger.



16

**Vergelijkende conclusie fiscaal
recht**

16 Vergelijkende conclusie fiscaal recht

In het fiscale deel heb ik onderzocht in hoeverre de drie door mij geanalyseerde beschermingsfiguren fiscaal neutraal behandeld worden. Voor zover dit niet het geval is, kan sprake zijn van een knelpunt, dat de toepassing van de desbetreffende beschermingsfiguur belemmert. Ik heb tevens onderzocht in hoeverre dergelijke knelpunten het gevolg zijn van onvolkomenheden in de wetgeving van juridische aard en voorstellen gedaan voor de oplossing van deze onvolkomenheden.

De fiscale behandeling van de besproken beschermingsfiguren loopt uiteen. Het bewind wordt fiscaal neutraal behandeld, aangezien hier voor de belastingheffing geen rekening mee gehouden wordt. De toepassing van het bewind ondervindt daarmee (als enige) geen fiscale belemmeringen.

Dit is evenwel anders bij certificering. Hoewel de certificering van aanmerkelijkbelangaandelen tot op zekere hoogte gefaciliteerd is, roept de fiscale behandeling van certificaten nog genoeg vragen c.q. aandachtspunten op:

- De certificaathouder kan economisch eigenaar zijn van het gecertificeerde vermogen, maar dat hoeft niet. Indien sprake is van economische eigendom wordt de certificaathouder fiscaal gezien als eigenaar van het gecertificeerde vermogen, hetgeen het bepalen van het genietingsmoment en de waardering relatief eenvoudig maakt. Dit is echter niet het geval indien de certificaathouder geen economisch eigenaar is. Dan dient voor de belastingheffing aangeknoopt te worden bij het certificaat en rijst allereerst de vraag in hoeverre dit van invloed is op de waardering van het certificaat in vergelijking tot de waardering van het onderliggende goed.
- Indien de certificaathouder geen economisch eigenaar is en tevens geen sprake is van een directe dooruitkering van inkomsten door de STAK, is niet duidelijk (i) hoe het genietingsmoment van de certificaathouder bepaald moet worden en (ii) is, indien dit niet samenvalt met het genietingsmoment van de STAK, voorts de vraag hoe fiscaal met de door de STAK ontvangen maar nog niet uitgekeerde inkomsten omgegaan moet worden tot het moment van uitkering.
- Als de STAK geen verplichting heeft tot het direct dooruitkeren van inkomsten en vermogenswinsten, dan kan dit leiden tot financiële problemen bij de certificaathouder, die wel de belasting moet betalen, maar nog geen middelen heeft om deze uit te voldoen. Dit geldt specifiek voor box 3-vermogen, aangezien hier jaarlijks sprake is van een forfaitair rendement, zonder dat realisatie bij de STAK hoeft plaats te vinden. Eenzelfde probleem geldt voorts voor de vererving van certificaten: er is wel erfbelasting verschuldigd, maar als de certificaten niet

verzilverd kunnen worden, zijn er mogelijk geen middelen om deze te betalen. Strikte administratievoorwaarden beperken in beginsel de waarde van de verkrijging, maar er resteert steeds een te betalen bedrag aan belasting.

- Bij certificaten van box 3-vermogen dient in geval van economische eigendom bij de certificaathouder de heffing naar mijn mening gebaseerd te worden op het gecertificeerde goed en niet op het in het certificaat belichaamde vorderingsrecht. Dat betekent dat geen sprake is van een waardedrukkend effect, bijzondere waarderingsvoorschriften van toepassing zijn en ook dat de box 3-vrijstellingen toepassing kunnen vinden. In elk geval voor wat betreft de toepassing van de vrijstelling hanteert de staatssecretaris echter een duidelijk ander standpunt, te weten dat deze vrijstellingen niet van toepassing zijn. Dit kan een concrete belemmering zijn voor certificering, dat met name zal spelen indien men een kunstcollectie of een NSW-landgoed zou willen certificeren. Het verlies van de box 3-vrijstelling dat – althans naar de mening van de staatssecretaris – het gevolg is van de certificering, zou kunnen betekenen dat de certificering niet plaatsvindt.

Het voorgaande betreft naar mijn mening voornamelijk knelpunten die het gevolg zijn van juridische onvolkomenheden in de fiscale wetgeving.

De meeste van deze punten zijn te ondervangen door een zorgvuldige vormgeving van de certificering. Indien de certificaathouder economische eigendom heeft en bovendien sprake is van ten minste een zodanige verplichting tot het doen van uitkeringen, dat de certificaathouder de door hem verschuldigde belastingen kan voldoen, dan zouden zich geen vragen met betrekking tot het genietingsmoment moeten voordoen, noch financiële problemen bij de certificaathouder. Wel kunnen de door mij voorgestelde wijzigingen certificering vanuit fiscaal perspectief gemakkelijker toepasbaar maken.

Alleen het punt van de box 3-vrijstellingen is niet op te lossen door degene die het vermogen certificeert, terwijl het wel een belangrijke belemmering voor certificering kan vormen. Mijns inziens zou de wetgever zich op dit punt soepeler moeten opstellen en, in elk geval voor de certificaathouder die economisch eigenaar is, moeten bepalen dat de vrijstellingen van toepassing kunnen zijn. Volledigheidshalve merk ik op dat dit ook op dit moment naar mijn mening reeds voortvloeit uit het zijn van economisch eigenaar, maar gezien het standpunt van de staatssecretaris ligt in de lijn der verwachting dat de belastingdienst niet bereid zal zijn om hierin mee te gaan.

Ook een APV kan bepaald niet fiscaal neutraal toegepast worden, hetgeen deels verband zal houden met het anti-misbruik karakter van de APV-regeling. Er zijn veel onduidelijkheden over de interpretatie van de regeling en de wijze waarop deze

toegepast moet worden, hetgeen tot veel onzekerheid bij belastingplichtigen kan leiden. Ook zijn er een aantal belangrijke andere knelpunten:

- Toerekening aan uitsluitend de inbrenger heeft weinig tot geen andere fiscale gevolgen in vergelijking met de situatie waarin geen inbreng heeft plaatsgevonden. Dit wordt echter heel anders op het moment dat aan meerdere personen moet worden toegerekend. Inbrengen uitkeringen kunnen met inkomstenbelastinggevolgen gepaard gaan en uitkeringen van relatief gelijke omvang kunnen, door het in aanmerking moeten nemen van kruislingse schenkingen tussen de ontvangende begunstigden, tot de verschuldigdheid van schenkbelasting leiden. Deze effecten zouden zich in de situatie zonder APV niet voordoen. In de situatie met APV zijn zij mijns inziens vaak niet of moeilijk te vermijden.
- De toepassing van de tegenbewijsregeling leidt tot problemen. Er wordt geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat een erfgenaam weliswaar begunstigde van het APV is, maar slechts een rechtens afdwingbare aanspraak heeft en overigens niets kan ontvangen. Daarnaast ontbreekt een duidelijke en sluitende regeling voor mutaties in de klasse van begunstigden, waarbij een erfgenaam die oorspronkelijk begunstigde was na het overlijden van de inbrenger als zodanig geschrapt wordt.
- De personen aan wie APV-vermogen moet worden toegerekend moeten belasting betalen, maar als zij niet tevens een uitkering ontvangen, gaan zij er in vermogen op achteruit of kunnen zij zelfs in financiële problemen komen.
- Onduidelijk is in hoeverre en op welke wijze de samenloop van dividendbelasting, ingehouden op dividend uitgekeerd aan het APV, en inkomstenbelasting verschuldigd door degene(n) aan wie wordt toegerekend, weggenomen kan worden.
- Er kan samenloop ontstaan tussen Nederlandse vennootschapsbelasting en Nederlandse inkomstenbelasting.

In geval van de APV-regeling worden de knelpunten mijns inziens (nagenoeg) volledig veroorzaakt door juridische onvolkomenheden in de wetgeving. Aangezien het relatief nieuwe en complexe wetgeving betreft is dat wellicht niet te voorkomen, maar deze knelpunten dienen in mijn ogen wel alsnog te worden verholpen.

Ik heb voorstellen gedaan over de wijze waarop deze knelpunten weggenomen kunnen worden. Tot het moment dat hierop op de door mij voorgestelde of andere wijze uitvoering aan gegeven is, zijn de fiscale belemmeringen verbonden aan een

APV naar mijn mening echter zodanig, dat het APV vanuit fiscaal perspectief niet kan functioneren als beschermingsfiguur.

Concluderend werkt het bewind fiscaal neutraal uit en is dit derhalve vanuit fiscaal perspectief geschikt als beschermingsfiguur. Hetzelfde geldt in veel gevallen ook voor certificering, met dien verstande dat een goede vormgeving van de (voorwaarden van de) certificering noodzakelijk is. Bovendien zal het kunnen toepassen van de box 3-vrijstellingen ten minste ter discussie worden gesteld. Daarmee is certificering in veel gevallen, maar niet alle, geschikt als beschermingsfiguur. Dat geldt echter niet voor het APV: de APV-regeling gaat gepaard met dermate veel fiscale onduidelijkheden en knelpunten, dat als APV kwalificerende rechtsvormen naar mijn mening vanuit fiscaal perspectief niet geschikt zijn als beschermingsfiguur.



IV

OVERKOEPELENDE CONCLUSIE CIVIEL EN FISCAAL RECHT

IV Overkoepelende conclusie civiel en fiscaal recht

Dit onderzoek richt zich op de geschiktheid van de drie door mij beoordeelde rechtsfiguren, (testamenteir) bewind, certificering en als APV kwalificerende rechtsfiguren, als beschermingsfiguur. Daartoe heb ik allereerst de civielrechtelijke kenmerken van deze rechtsfiguren onderzocht en getoetst of deze geschikt zijn om duurzaam de zeggenschap over en het economische belang bij vermogen gescheiden te houden, zowel als zodanig als in relatie tot de legitieme portie. Daarnaast heb ik de fiscale gevolgen van deze rechtsfiguren geanalyseerd en beoordeeld in hoeverre deze fiscale gevolgen een belemmering zijn voor het toepassen van de desbetreffende rechtsfiguur als beschermingsfiguur. Voor zover ik knelpunten gesignaleerd heb, heb ik verder onderzocht in hoeverre het wegnemen hiervan op zijn plaats zou zijn en een suggestie gedaan voor de wijze waarop dit zou kunnen plaatsvinden. Hierna geef ik per beschermingsfiguur mijn conclusies weer.

(Testamenteir) bewind

Over testamentair bewind kan ik vrij kort zijn: als gevolg van de mogelijkheid voor de rechthebbende om na vijf jaar de rechter te verzoeken om opheffing van het bewind, is de houdbaarheid van het bewind op de lange(re) termijn bepaald onzeker. Daarnaast kan het bewind in strijd komen met de legitieme portie. Het risico dat het bewind geen stand zal houden betekent dat onzeker is of een duurzame scheiding van zeggenschap en economisch belang aangebracht zal kunnen worden. Dit maakt het bewind in mijn ogen vanuit civielrechtelijk perspectief ongeschikt als beschermingsfiguur. Wel is bij bewind sprake van een wettelijke beheersregeling. Toetsend aan de civielrechtelijke toetsingscriteria moet derhalve geconstateerd worden dat het bewind slecht scoort op het punt van duurzaamheid, maar wel voldoet aan de toets van het bewaren van het evenwicht tussen de bij het bewind betrokken belangen.

Vanuit fiscaal perspectief zijn er geen belemmeringen: de fiscale behandeling met en zonder bewind is gelijk, zodat het instellen van een bewind fiscaal neutraal verloopt, er is geen sprake van knelpunten. Vanuit fiscaal perspectief is het bewind derhalve zonder voorbehoud geschikt als beschermingsfiguur. Gezien de civielrechtelijke beperkingen is het bewind alles overziend echter naar mijn mening toch ongeschikt.

Certificering

Certificering is een flexibele rechtsfiguur, die op verschillende wijzen kan worden ingericht en als gevolg daarvan ook gebruikt kan worden om het economische belang bij vermogen op duurzame wijze te scheiden van de zeggenschap hierover. De afweging van de verschillende bij de aldus vormgegeven certificering betrokken belangen, enerzijds het met de certificering nagestreefde doel en anderzijds de

belangen van de certificaathouders, stellen naar mijn mening bepaalde eisen aan de administratievoorwaarden, zoals een mogelijkheid voor de certificaathouders om het handelen van het bestuur van de STAK te (doen) toetsen. Gezien de flexibiliteit van certificering als rechtsfiguur kan hierin voorzien worden.

Om de houdbaarheid van de certificering op de lange termijn te toetsen, ben ik verschillende rechtsfiguren nagegaan en heb ik beoordeeld of certificering als zodanig kan kwalificeren, met als gevolg dat beëindiging van de aan certificering ten grondslag liggende beheersovereenkomst door de certificaathouder mogelijk is buiten de in de administratievoorwaarden geregelde mogelijkheden om. In dat verband heb ik bijvoorbeeld gekeken naar de kwalificatie van de certificering als maatschap of als overeenkomst van opdracht of lastgeving. Ik concludeer echter dat certificering in beginsel een overeenkomst *sui generis* is en dat de voor in de wet geregelde rechtsfiguren uit de wet voortvloeiende wijzen van beëindiging niet voor certificering gelden. Een aandachtspunt is wel de kwalificatie van de administratievoorwaarden als algemene voorwaarden: indien de administratievoorwaarden als algemene voorwaarden kwalificeren, is het beding van niet-royeerbaarheid, dat benodigd is om de certificering lang te laten voortduren, naar mijn mening vernietigbaar door de certificaathouders. In dat geval kan de certificering door de certificaathouders beëindigd worden voor de door de insteller beoogde einddatum.

In beginsel kan met certificering echter duurzaam een scheiding van zeggenschap en economisch belang bij vermogen tot stand gebracht worden. De legitieme portie maakt dit in beginsel niet anders, mits de legitimaris de certificaten verkrijgt als erfgenaam en niet als legataris. Dit hangt samen met de omstandigheid dat een certificaat een vorderingsrecht is en een legaat van een vorderingsrecht inferieur is. Bij een verkrijging van de certificaten als legaat zou de legitimaris zich derhalve door middel van verwerping en een beroep op zijn legitieme portie aan de certificering kunnen onttrekken, met dien verstande dat de waarde die hij dan in handen krijgt veel lager is dan de waarde van het gecertificeerde vermogen.

In verband met de legitieme portie in geval van een verkrijging als erfgenaam is voorts van belang dat de Hoge Raad geoordeeld heeft dat niet-royeerbare certificaten in het algemeen niet maatschappelijk onaanvaardbaar zijn. De legitimaris kan de certificering derhalve in principe niet op deze basis aantasten. Het lijkt mij echter de vraag of ook zo geoordeeld zal worden in geval van nog (veel) restrictievere voorwaarden van certificering. In de meest restrictieve variant kunnen de certificaten (i) niet-royeerbaar zijn, (ii) onoverdraagbaar zijn, (iii) niet gepaard gaan met een doorstootverplichting voor de STAK en (iv) geen enkele vorm van inspraak voor de certificaathouder kennen. Daarmee heeft de certificaathouder geen enkele wijze om het certificaat geheel of gedeeltelijk te verzilveren en kan men zich afvragen of hij eigenlijk nog wel iets verkrijgt. De maatschappelijke aanvaardbaarheid van de certificering lijkt mij in dat geval te betwijfelen.

Concluderend voldoet certificering aan beide civielrechtelijke toetsingscriteria: certificering kan zowel duurzaam tot stand gebracht worden, als zodanig worden vormgegeven, dat het evenwicht tussen de bij de certificering betrokken belangen bewaard kan worden.

Vanuit fiscaal perspectief zijn er een aantal aandachtspunten verbonden aan certificering, afhankelijk van de inhoud van de administratievoorwaarden en de aard van het gecertificeerde vermogen:

- Indien de certificaathouder geen economisch eigenaar is, terwijl de STAK niet verplicht is om inkomsten en vermogenswinsten direct door uit te keren aan de certificaathouder, rijst de vraag op welk moment de certificaathouder deze inkomsten respectievelijk winsten geniet (dit geldt uiteraard niet voor box 3-vermogen).
- Als het genietingsmoment van de certificaathouder later is dan het genietingsmoment van de STAK, is tevens de vraag of en hoe de inkomsten respectievelijk vermogenswinsten in de heffing van inkomstenbelasting betrokken moeten worden tot het moment van dooruitkering hiervan door de STAK naar de certificaathouder.
- Voor zover de STAK niet verplicht is om inkomsten en/of vermogenswinsten door uit te keren en dit feitelijk ook niet doet, alsmede bij belasting verschuldigd ter zake van forfaitair rendement, gaat de certificaathouder er in zijn vermogen op achteruit als gevolg van de verschuldigde belasting en kunnen zelfs financiële problemen ontstaan. Dit geldt evenzeer in geval van schenk- of erfbelasting in verband met de verkrijging van de certificaten, aangezien de certificaathouder dan ook geen liquide middelen verkrijgt om die belasting te voldoen.
- In geval van box 3-vermogen is vrijgesteld vermogen een aandachtspunt. Ik ben van mening dat bij een certificaathouder, die economisch eigenaar, en daarmee fiscaal eigenaar, van het gecertificeerde vermogen is, de heffing gebaseerd dient te worden op het gecertificeerde vermogen. Daarmee kunnen, indien aan alle voorwaarden voldaan is, ook de box 3-vrijstellingen van toepassing zijn. Duidelijk is echter dat de staatssecretaris een andere mening is toegedaan. Het ligt derhalve in de rede dat, indien men box 3-vermogen certificeert en vervolgens een box 3-vrijstelling wil toepassen, hierover ten minste discussie zal ontstaan met de belastingdienst.

Grotendeels gaat het bij deze aandachtspunten om knelpunten, die veroorzaakt worden door onvolkomenheden van juridische aard in de fiscale wetgeving.

Van de genoemde punten zijn de eerste drie in principe te ondervangen door een goede vormgeving van de administratievoorwaarden. Als die zo zijn opgesteld dat de certificaathouder economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is, lopen het genietingsmoment van STAK en certificaathouder niet uiteen, ook niet als geen directe dooruitkering van inkomsten c.q. vermogen plaatsvindt. Daarnaast kan in de administratievoorwaarden geregeld worden dat de STAK ten minste zodanige uitkeringen moet doen, dat de certificaathouder in staat gesteld wordt om de door hem verschuldigde belastingen te voldoen.

Het punt inzake de toepasselijkheid van box 3-vrijstellingen valt echter niet in de administratievoorwaarden te adresseren. Deze voorwaarden zullen zodanig moeten zijn, dat de certificaathouder economisch eigenaar van het gecertificeerde vermogen is, om tot toepassing van deze vrijstellingen te kunnen komen. Dat lost het andersluidende standpunt van de staatssecretaris echter niet op. Mijns inziens is een ruimhartiger interpretatie van de vrijstellingen hier op zijn plaats. Zolang daarvan geen sprake is, ligt voor de hand dat de toepassing van de vrijstellingen na certificering tot discussie zal leiden, met als risico dat de vrijstellingen door certificering verloren gaan.

Concluderend is certificering zowel fiscaal als civielrechtelijk in principe geschikt als beschermingsfiguur, met als aandachtspunten de kwalificatie van de administratievoorwaarden als algemene voorwaarden en de certificering van vrijgesteld box 3-vermogen.

APV

Uiteenlopende rechtsvormen kunnen als APV kwalificeren. In het kader van het civielrechtelijke deel van mijn onderzoek ligt de nadruk op de Anglo-Amerikaanse trust (naar Engels recht) en de Nederlandse stichting als APV. De beoordeling inzake de legitieme portie is echter breder en ook toepasbaar op andere als APV kwalificerende rechtsvormen.

Trusts, maar ook andere als APV kwalificerende rechtsvormen, kennen een grote mate van flexibiliteit. Daarmee kunnen deze rechtsvormen in beginsel als beschermingsfiguur worden ingezet. Voor de trust geldt als bijzonder aandachtspunt de erkenning hiervan onder het Haags Trustverdrag. Een jurisdictie die de trust niet kent, zoals Nederland, is niet gehouden tot erkenning van de trust waarvan de kenmerkende elementen, anders dan het toepasselijke recht, de plaats van bestuur van de trust en de gewone verblijfplaats van de trustee, nauwer verbonden zijn met staten die de rechtsfiguur of de betrokken vorm van de trust niet kennen. In geval van een trust met een Nederlandse settlor en slechts Nederlands vermogen kan de erkenning derhalve ter discussie worden gesteld.

Daarnaast is de samenloop van een APV met de legitieme portie niet volledig duidelijk. Indien de inbreng van vermogen in het APV een gift is die binnen vijf jaar voor overlijden van de inbrenger heeft plaatsgevonden, of indien sprake is van een gift die kennelijk gedaan en aanvaard is met het vooruitzicht om de legitimarissen te benadelen, dan wordt de inbreng meegenomen in de berekening van de omvang van de legitieme portie. Aangezien het gebruik van een APV als beschermingsfiguur impliceert dat de inbrenger (nagenoeg) zijn gehele vermogen inbrengt, kan in dat geval ook inkorting van de inbreng door de legitimarissen aan de orde komen. Daarmee kunnen de legitimarissen de inbreng gedeeltelijk teniet doen.

Dit vereist dat (i) sprake is van een gift (ii) met oog op kort gezegd de benadeling van legitimarissen. De omstandigheid dat de inbreng binnen vijf jaar voor overlijden van de inbrenger heeft plaatsgevonden, lijkt mij een doorgaans te vermijden omstandigheid. Overigens impliceert de inbreng van (nagenoeg) het gehele vermogen een benadeling van de legitimarissen, zodat het al dan niet meegerekend worden van de inbrenghandeling voor de legitieme portie afhangt van de kwalificatie van de inbrenghandeling als gift. Mijns inziens is echter geen sprake van een gift, aangezien dit vereist dat (i) de inbrenger verarmt, (ii) de begiftigde verrijkt en (iii) sprake is van een bevoordelingsbedoeling. Van verarming van de inbrenger en een (algemene) bevoordelingsbedoeling is sprake, maar verrijking van de begiftigde ligt gezien de bijzondere aard van het APV minder eenvoudig. Het ingebrachte vermogen wordt verkregen door het APV, maar dit heeft geen eigen economisch belang bij dit vermogen. Het is de bedoeling dat de begunstigden verrijken, maar uitgaande van een discretionaire entiteit, hebben zij geen concrete aanspraken. Mogelijk krijgt een specifieke begunstigde nooit een uitkering. Daarmee is mijns inziens van een verrijking van de begunstigden geen sprake. Een vraag is of het APV toch als verrijkt gezien kan worden, omdat dit het vermogen verkrijgt voor de uitvoering van zijn doel. Mijns inziens is dit niet het geval, maar de meningen zijn op dit punt verdeeld. Geconcludeerd moet worden dat vooralsnog niet zeker is dat de inbreng van vermogen in een APV niet binnen het bereik van de regeling inzake de legitieme portie valt.

Toetsend aan de civielrechtelijke toetsingscriteria, duurzaamheid en evenwicht tussen de betrokken belangen, stel ik vast dat een APV in beginsel aan beide criteria kan voldoen. Afhankelijk van de rechtsvorm kent het APV reeds een wettelijke beheersregeling, die voorziet in het bewaren van het evenwicht tussen de bij het APV betrokken belangen. Daarnaast kan een APV duurzaam worden ingesteld, met dien verstande dat nog niet zeker is dat een legitimaris niet met een beroep op zijn legitieme portie de inbreng in het APV gedeeltelijk teniet zou kunnen doen.

Fiscaal zijn er daarnaast meerdere onduidelijkheden en een aantal belangrijke belemmeringen, die in de weg staan aan het gebruik van een APV als beschermingsfiguur. De voornaamste onduidelijkheden zijn samengevat de volgende punten:

- Wie is de inbrenger indien de persoon die de inbrenghandeling verricht in gemeenschap van goederen gehuwd is, slechts deze persoon of ook diens echtgenoot?
- Moet bij de toerekening aan erfgenamen slechts rekening gehouden worden met hun procentuele erfdelen of ook met legaten en lastbevoordelingen?
- Heeft artikel 2.14a lid 4 Wet IB 2001 tot gevolg dat iedere afwijking van de erfdelen bij versterf gecorrigeerd wordt, omdat ook partiële onterving binnen het bereik van deze bepaling valt?
- Wat is de basis van toerekening na een correctie van de toerekening op grond van artikel 2.14a leden 4, 5 of 6 Wet IB 2001?
- Kan het tegenbewijs van artikel 2.14a lid 6 Wet IB 2001 alsnog geleverd worden als een erfgenaam begunstigde van het APV is geweest, maar op enig moment definitief als zodanig geschrapt is?
- Hoe moet worden omgegaan met een APV dat deels discretionair en deels niet-discretionair is?
- Is de APV-regeling ook van toepassing op entiteiten indien de instelling van de entiteit of de inbreng van vermogen herroepelijk is?
- Leidt de APV-regeling tot fiscale transparantie van het APV, of slechts tot de toerekening van het APV-vermogen?
- Is er naast de APV-regeling nog ruimte voor de toepassing van de in de jurisprudentie ontwikkelde transparantie van een entiteit op grond van het kunnen beschikken over het vermogen van die entiteit als ware het iemands eigen vermogen?
- Hoe moet in het kader van de Successiewet omgegaan worden met het schrappen van een erfgenaam-begunstigde, aannemend dat die daardoor alsnog wordt toegelaten tot het tegenbewijs? Een regeling vergelijkbaar met artikel 53 SW ontbreekt, dus een correctie van de eerder geheven erfbelasting lijkt niet mogelijk.

In aanvulling hierop kunnen de volgende, belangrijkste, andere knelpunten gesignaleerd worden:

- Toerekening van het APV-vermogen kan verschillende fiscale gevolgen hebben:

- o de inbreng kan leiden tot de heffing van inkomstenbelasting, omdat dit gezien wordt als een vervreemding van de ene inbrenger aan de andere;
 - o indien aan een bestaand APV door een tweede inbrenger vermogen wordt overgedragen tegen de waarde in het economische verkeer, is onduidelijk hoe de toerekening aan beide inbrengers bepaald moet worden;
 - o een uitkering kan gezien worden als een vervreemding van de ene persoon aan wie wordt toegerekend aan de andere, met als gevolg heffing van inkomstenbelasting;
 - o voor het doen van een uitkering worden belastbare inkomsten genoten door een ander dan de persoon die de uitkering krijgt;
 - o bij de toepassing van de tegenbewijsregeling wordt geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat een erfgenaam slechts een rechtens afdwingbare aanspraak jegens het APV heeft en overigens niet in aanmerking komt voor uitkeringen; en
 - o bij uitkeringen aan begunstigden van (relatief, in verhouding tot het aan hen toegerekende deel van het APV-vermogen) gelijke uitkeringen, moeten kruislingse schenkingen in aanmerking genomen worden, die leiden tot heffing van schenkbelasting over een deel van iedere uitkering.
- Er kan zich een samenloop van Nederlandse vennootschapsbelasting (bij het APV) en inkomstenbelasting (bij de inbrenger) voordoen, waarbij niet voorzien is in een mogelijkheid tot verrekening.
- Het is niet duidelijk of en op welke wijze een samenloop tussen Nederlandse dividendbelasting (ten laste van het APV) en Nederlandse inkomstenbelasting (geheven van de inbrenger) kan worden weggenomen.
- Degenen aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend kunnen in financiële problemen komen, omdat zij wel belasting moeten betalen, maar geen beschikking krijgen over de liquiditeiten om deze uit te voldoen.
- Er bestaan problemen bij het bepalen aan wie of in welke verhoudingen toe te rekenen als gevolg van opeenvolgende verervingen bij een APV dat langere tijd bestaat, alsmede de administratieve lasten van toerekening aan een groot aantal personen.

Het betreft hier naar mijn mening (nagenoeg) geheel knelpunten die het gevolg zijn van onvolkomenheden in de fiscale wetgeving van juridische aard.

Mijns inziens moeten deze onduidelijkheden weggenomen worden, doordat de wetgever een keuze maakt voor een bepaalde interpretatie en deze implementeert. De door mij voorgestane interpretatie is in de desbetreffende paragrafen besproken. Zolang deze onduidelijkheden blijven bestaan, vormen zij een belemmering voor de toepassing van een APV als beschermingsfiguur, omdat de fiscale gevolgen hiervan onzeker zijn.

Hetzelfde geldt voor de genoemde knelpunten, die naar mijn mening door de wetgever weggenomen moeten worden. In tegenstelling tot de (meeste) knelpunten bij certificering zijn deze niet te verhelpen door een goede vormgeving van het APV. De fiscale gevolgen van de toerekening aan meerdere personen en de financiële problemen als gevolg van toerekening zonder middelen te verkrijgen wegen daarbij naar mijn mening het zwaarst. Ik heb voor de verschillende knelpunten een voorstel gedaan om deze op te lossen, zoals (i) een systeem van administratieve “verdeling” in aandelen, om de bezwaren van toerekening aan meerdere personen weg te nemen, (ii) een verhaalsrecht jegens het APV voor degene(n) aan wie het APV-vermogen wordt toegerekend, (iii) de verrekening van alle winstbelasting ten laste van het APV met de inkomstenbelasting bij de inbrenger, in combinatie met afschaffing van de toerekeningsstop en (iv) het doortrekken van de toerekening naar de Wet DB voor niet-vennootschapsbelastingplichtige APV's, om verrekening van de dividendbelasting bij de inbrenger mogelijk te maken. Totdat de wetgever de (voornaamste) knelpunten bij de toepassing van een APV wegneemt, zijn de hieruit voortvloeiende belemmeringen naar mijn mening zodanig, dat een APV vanuit fiscaal perspectief niet geschikt is als beschermingsfiguur.

Samenvattend is het APV vanuit civielrechtelijk perspectief in beginsel geschikt als beschermingsfiguur, met dien verstande dat vooralsnog niet zeker is of de inbreng niet (gedeeltelijk) ongedaan gemaakt kan worden met een beroep op de legitieme portie. Bij trusts is voorts de erkenning hiervan een aandachtspunt. Vanuit fiscaal perspectief zijn er echter dermate veel onzekerheden en belemmeringen, dat het APV ongeschikt is als beschermingsfiguur.

Conclusie

De conclusies ter zake van de getoetste rechtsfiguren kunnen als volgt worden samengevat:

Rechts- figuur	Civielrechtelijke toets- ingscriteria	Fiscale toetsingscriteria	Conclusie
Bewind	<i>Duurzaamheid</i>: beperkt, als gevolg van mogelijkheid tot opheffing na vijf jaar, alsmede strijd met legitieme portie. <i>Evenwicht tussen belangen</i>: goed, in de vorm van de wettelijke regeling inzake het testamentair bewind in boek 4 BW	<i>Knelpunten</i>: geen, bewind wordt fiscaal neutraal behandeld.	Testamenteair bewind is ongeschikt als beschermingsfiguur, vanwege beperkte civielrechtelijke houdbaarheid.
Certificering	<i>Duurzaamheid</i>: goed, een duurzame scheiding van economisch belang en zeggenschap is in beginsel mogelijk. Een aandachtspunt is de kwalificatie van de administratievoorwaarden als algemene voorwaarden <i>Evenwicht tussen belangen</i>: goed, de wettelijke regeling (in de vorm van de bepalingen die de stichting beheersen) is beperkt, maar de stichting is dermate flexibel dat in de statuten van de STAK en in de beheersovereenkomst door de insteller voorzien kan worden in een regeling die het evenwicht tussen de bij de certificering betrokken belangen bewaakt.	<i>Knelpunten</i>: er is sprake van knelpunten; er zijn meerdere punten waarop de fiscale behandeling van gecertificeerd vermogen onduidelijk is, of waarop deze fiscale behandeling minder gunstig is. De meeste knelpunten kunnen echter ondervangen worden door de juiste vormgeving van de administratievoorwaarden. Een aandachtspunt is (discussie over) de toepassing van box 3-vrijstellingen. <i>Onvolkomenheden in de wetgeving</i>: de designaleerde knelpunten worden gedeeltelijk veroorzaakt door onvolkomenheden van juridische aard in de fiscale wetgeving en gedeeltelijk doordat nog niet volledig duidelijk is hoe het in de jurisprudentie ontwikkelde concept economische eigendom doorwerkt naar box 3 en de Successiewet. De onvolkomenheden in de wetgeving betreffen onduidelijkheden in de wetgeving (categorie 2(b)), en ongerijmde effecten voor de belastingplichtige (categorie 3(a)).	Certificering is grotendeels geschikt als beschermingsfiguur, met uitzondering van toepassing bij vrijgesteld box 3-vermogen.

Rechts- figuur	Civielrechtelijke toets- ingscriteria	Fiscale toetsingscriteria	Conclusie
APV	<i>Duurzaamheid</i>: in beginsel goed, met een APV kan in beginsel een duurzame scheiding tussen zeggenschap en belang worden aangebracht. Aandachtspunten zijn erkenning onder het Haags Trustverdrag in geval van een trust, alsmede onzekerheid over de samenloop met de legitieme portie. <i>Evenwicht tussen betrokken belangen</i>: goed; de wijze waarop hier invulling aan wordt gegeven hangt af van de rechtsfiguur die als APV wordt gebruikt. Dit kan gebaseerd zijn op de algemeen geldende (al dan niet wettelijke) regels die deze rechtsfiguur beheersen (zoals bij de Anglo-Amerikaanse trust) en/of een door de insteller zelf getroffen regeling (zoals bij de Nederlandse stichting als APV nodig zal zijn).	<i>Knelpunten</i>: er zijn veel knelpunten aanwezig, in de vorm van een groot aantal onduidelijkheden in de interpretatie van de APV-regeling, alsmede meerdere significante belemmeringen door de fiscale gevolgen. <i>Onvolkomenheden in de wetgeving</i>: (nagenoeg) alle knelpunten worden veroorzaakt door onvolkomenheden in de wetgeving van juridische aard. Het gaat hier om onduidelijkheden (categorie 2(b)), onvolkomen aansluiting bij de parlementaire geschiedenis (categorie 2(c)), ongerijmde effecten voor de belastingplichtige (categorie 3(a)) en leemten in de wetgeving (categorie 3(b)). Ook is onder omstandigheden sprake van een probleem met de praktische uitvoerbaarheid van de APV-regeling.	Een APV is ongeschikt als beschermingsfiguur, als gevolg van de fiscale belemmeringen.

Concluderend is certificering de enige rechtsfiguur die zowel civiel- als fiscaalrechtelijk in beginsel geschikt is als beschermingsfiguur, in die zin dat het mogelijk is om duurzaam de zeggenschap over en het economische belang bij vermogen van elkaar te scheiden, zonder dat sprake is van (significante) fiscale belemmeringen. Een uitzondering is box 3-vermogen waarvoor een vrijstelling geldt; in dat geval zal ten minste discussie met de belastingdienst ontstaan over het kunnen toepassen van deze vrijstellingen na certificering.

* * * * *

Summary: Separation of control and interest of family assets (*Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer*)

I have researched three different legal arrangements and assessed whether these are effective when separating control of assets from the economic¹⁵⁸² interest: the Dutch (testamentary) administration regime, exchanging assets for depositary receipts (*certificering*) and legal arrangements that qualify as a ‘separated private estate’ (*afgezonderd particulier vermogen* or APV). “Effective” in this context implies that the legal arrangement concerned should meet three criteria: (i) durability, (ii) keeping a balance between interests involved and (iii) lack of fiscal impediments.

First I have researched the civil law (or where applicable common law) characteristics of these legal arrangements and assessed whether they are effective in durably separating the control over and economic interest in an asset, i.e. for asset protection within a family context, both in general and in relation to the Dutch forced heirship rules (durability criterion). This civil law assessment also encompasses the assessment whether either the statutory provisions governing the legal arrangement concerned provide for a balance between the interests of the parties involved¹⁵⁸³ or it is possible to create such a balance when setting up the legal arrangement, e.g. by provisions in the articles of a legal entity involved or in the (trust) conditions of the arrangement (balance criterion).

Subsequently I have analysed the fiscal consequences of these arrangements and assessed to what extent such fiscal consequences can form an impediment for implementation of the arrangement concerned. To the extent I have observed impediments, I have considered their nature (e.g. whether these could be considered as caused by imperfections in the relevant statutory provisions). Also, I have analysed to what extent removal of such impediments would be appropriate and made suggestions for the manner in which this may be implemented. My conclusions are summarised hereafter, per legal arrangement researched.

(Testamentary) administration

I can be relatively short on the testamentary administration regime: as the (legal and economic) owner of the assets under administration has the possibility to apply to court and request termination of the administration as of five years after its commencement, it is uncertain whether the administration of assets can continue for a longer period of

1582 Given that ‘beneficial ownership’ has a specific meaning in relation to trusts, I will in this context refer to economic ownership or interest to emphasize that this is a somewhat different concept. Economic ownership entails that the economic owner is entitled to all benefits (and liabilities) of an asset, while economic interest also covers the situation when there is a less encompassing interest in an asset.

1583 I.e. the creator / settlor of the legal arrangement, the legal / economic or beneficial (in case of trusts and trust-like arrangements) owner and the administrator / trustee.

time. Apart from that the inheritance of assets placed under administration conflicts with forced heirship rules, which allow the heir to claim an unencumbered statutory share and therefore (in most situations) a possibility to circumvent the administration. The risk that the administration will not last entails that it is uncertain whether this arrangement can durably separate control and economic interest. This implies in my view that administration is from a civil law point of view not effective for asset protection. The statutory provisions governing the Dutch (testamentary administration regime do, however, provide for regulations governing the relationship between the administrator and the legal owner of the assets under administration. The testamentary administration therefore does not meet the criterion of durability, but it does meet the balance criterion.

From a fiscal perspective the testamentary administration does not cause impediments: the fiscal treatment of assets is similar in the situation with and without these assets being under administration. Placing assets under administration can therefore take place fiscally neutral. This makes the administration without reservation suitable for asset protection from a fiscal perspective. Given the civil law limitations this legal arrangement is nevertheless in my view not effective as an asset protection arrangement.

Exchanging assets for depositary receipts / certificering

*Certificering*¹⁵⁸⁴ entails that the creator of this legal arrangement exchanges the legal ownership of assets for depositary receipts, which, generally speaking,¹⁵⁸⁵ entitle the holder to the economic value of the assets transferred, as well as the income arising from those assets, thus making the holder of the depositary receipts the economic owner of the assets. Characteristically a foundation (*STAK*¹⁵⁸⁶) will serve as legal owner and administrator of the assets, given its lack of shareholders, members, etc. There are no specific statutory provisions for *certificering*, so it is created on a contractual basis. The relationship between the *STAK* and the holder of the depositary receipts is, apart from the law in general (e.g. provisions governing foundations), governed by the articles of the *STAK* and by the administration or trust conditions.

As a legal arrangement *certificering* is very flexible, which can be set up in various ways. Because of this, it is an effective legal arrangement when it comes to durably separating control and economic interest. Keeping the balance between the various interest involved, i.e. the purpose of the arrangement on one hand and the interests of the holders of the depositary receipts on the other hand, does, however, in my view imply that the trust

1584 There is no ideal term for this in English. *Certificering* might be translated as administration agreement, as it entails that assets are held on trust and administered by the *STAK* on behalf of the economic owner, but given the overlap in terminology with the testamentary administration, I will for the avoidance of doubt continue to use the Dutch term.

1585 Depending on the trust conditions, the economic interest can be more or less restricted.

1586 Generally called *Stichting Administratiekantoor* [...] or *STAK*.

conditions need to contain certain provisions, such as the possibility for the holders of the depositary receipts to assess the administration by the board of directors of the STAK or have this assessed by an external party, such as the court. Given the flexibility of the legal arrangement it is possible to include such provisions.

In order to determine the durability of *certificering*, I have made a comparison with various legal arrangements that, unlike *certificering*, are expressly provided for by Dutch law. I have assessed whether the administration agreement, that forms the basis of *certificering*, could qualify as one or more of these regulated arrangements, and as such would be subject to termination based on the law, in other situations than provided for in the trust conditions. In this context I have e.g. assessed whether *certificering* can qualify as a partnership or as a contract for services or mandate. I have, however, concluded that *certificering* is a legal arrangement *sui generis* and that the legally provided for grounds for termination applicable to other legal arrangements do in principle not apply to *certificering*. A point of attention is, however, the possibility of (certain provisions of) the trust conditions qualifying as general terms and conditions: if the trust conditions qualify as such, the provision that the *certificering* cannot be terminated by the holders of the depositary receipts, which is necessary for a durable separation of control and economic interest, is in my view voidable by those holders. In that case the *certificering* can be terminated before the termination date envisaged by the settlor of the arrangement.

In principle it is, however, possible to use *certificering* to create a durable separation between the control over and economic interest of assets. The Dutch forced heirship rules do not change this, assuming that the forced heir acquires the depositary receipts as heir and not as legatee. This is caused by the circumstance that the acquisition of a claim (in this case the economic interest of the administrated assets and the income thereof) is in principle considered to be in violation of the statutory share if acquired by way of legacy, but not if acquired as an heir. In case of a legacy the forced heir could therefore renounce and instead claim his statutory share, and in this manner circumvent the *certificering*. The value of the statutory share would, however, be significantly lower than the value of the administrated assets reflected by the depositary receipts.

In relation to the forced heirship rules it should also be noted that the Dutch Supreme Court has ruled that a provision in the trust conditions, entailing that the holder of de depositary receipts cannot terminate the *certificering* without cooperation of the STAK (i.e. the depositary receipts are not convertible by their holder), can in general not be considered socially unacceptable. The forced heir can therefore in principle not challenge the administration of assets on this basis. In does, however, in my view remain to be seen whether the Supreme Court would still rule in the same manner, if the trust conditions were to be (much) more restrictive than just the provision that

the depositary receipts are non-convertible. The most restrictive form of *certificering* would entail that (i) the depositary receipts are not convertible, (ii) the depositary receipts are not transferable, (iii) the *STAK* does not have any obligation to pay income arising from the administered assets to the holder of the depositary receipts and (iv) the holders of the depositary receipts have no possibility of involvement in the management of the *STAK* and the administered assets at all. I.e. In this case the holder of the depositary receipts does not have any possibilities of independently capitalise the depositary receipts and it is uncertain whether he will receive any value at all. Under such circumstances I doubt whether the *certificering* can still be considered socially acceptable.

In conclusion *certificering* meets both civil law criteria: this legal arrangement is potentially durable and can be set up in such a manner that the balance between the interests involved can be maintained.

From a fiscal perspective there are, however, several points of attention, also depending on the provisions contained by the trust conditions and the nature of the assets under administration:

- If the holder of the depositary receipts is not the economic owner of the administered assets (i.e. he does not have the full economic interest), while the *STAK* has no obligation to immediately pay income and capital gains from these assets to this holder, the question rises at what point in time the holder of the depositary receipts is deemed to receive such income or capital gains from a fiscal perspective, at the moment of receipt by the *STAK*, or at the moment the *STAK* distributes them to the holder of the depositary receipts (obviously this does not apply to box 3 assets).
- If the holder of the depositary receipts should be considered to receive the income /capital gains after receipt by the *STAK*, the question rises whether and, if so, how the income or capital gains should be taxed until the moment of distribution by the *STAK*.
- To the extent that the *STAK* is not obliged to distribute income and / or capital gains and does in fact not do so, as well as in case of taxes due on fictitious income, there will be a disadvantage for the holder of the depositary receipts, potentially leading to financial problems, as taxes will have to be paid while there is no revenue. This also applies to gift or inheritance tax due in connection with the acquisition of the depositary receipts, as in that situation there will not be any revenue for paying that tax either.
- In case of box 3 assets the exemptions are a point of attention. In my view in case

of a holder of the depositary receipts, who is the economic owner and therefore owner from a fiscal perspective, the box 3 taxation should be based on the nature of the administered assets and whether these meet the conditions for the exemptions, and not be based on the nature of the depositary receipt (i.e. a claim). This implies that if the administered assets meet the conditions, a box 3 exemption can apply. It is, however, clear that the State Secretary of Finance has a different view, so it stands to reason that, if one transfers assets to a STAK for administration, but claims a box 3 exemption, at least a discussion with the tax authorities will ensue.

In most cases these points of attention concern impediments caused by legal imperfections in the fiscal legislation.

The first three issues could in principle be addressed by the inclusion of the right provisions in the trust conditions. If these are drawn up in such a manner that the holder of the depositary receipts can be considered the economic owner of the administered assets, the moment of receipt of income or realisation of a capital gain by the STAK will also be the moment of receipt / realisation by the holder of the depositary receipts, even if the STAK does not immediately distribute the income / capital gain. Moreover, the trust conditions could include a provision that obliges the STAK to distribute at least such amounts as the holder of the depositary receipts needs for the payments of the taxes due by him.

The point with respect to the box 3 exemptions can, however, not be addressed by the composition of the trust conditions. Although these must be drawn up in such a way that the holder of the depositary receipts can be considered the economic owner of the administered assets, in order to make application of the box 3 exemptions possible, this does not solve the different position taken by the State Secretary. In my view a broader interpretation of the exemptions would be appropriate. However, as long as this is not the case discussion with the tax authorities is likely and transferring assets, which are eligible for an exemption, for the purpose administration brings the risk of losing that exemption.

In conclusion, *certificering* is in principle an effective legal arrangement for asset protection purposes, both from a civil law and a common law perspective, but points of attention are the possibility of the trust conditions qualifying as general terms and conditions and the administration of assets eligible for box 3 exemptions.

Separated private estate / APV

Various legal arrangements can qualify as an APV. In the civil law part of my research I have therefore focused on only specific legal arrangements, i.e. the Anglo-American trust

(under English law) and the Dutch foundation as *APV*. The assessment of the relationship between legal arrangements qualifying as *APV* and the Dutch forced heirship rules is, however, broader and can also be applicable to other legal arrangements.

Trusts, but also other legal arrangements qualifying as *APV*, are very flexible. Because of this they are in principle effective if used for family asset protection purposes. In case of trust the recognition under the The Hague Trust Convention is, however, a point of attention. A jurisdiction that, like the Netherlands, is not familiar with the trust as a legal concept, is not obliged to recognise a trust if the significant elements, other than the choice of applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected to states that do not have the institution of the trust or the category of trust involved. This means that the recognition of a trust with a Dutch settlor and only Dutch trust assets could be challenged.

Apart from this, the concurrence between an *APV* and the forced heirship rules leads to questions. If assets have been transferred to an *APV* by way of a gift, and this gift has either taken place within five years before the demise of the contributor, or the gift has apparently been made and accepted with prospect of disadvantaging the forced heirs, the contributed assets will be taken into account when determining the amount of the statutory share. An *APV* can only effectively serve an asset protection purpose if the contributor transfers (close to) all of his assets to the *APV*, which implies the transfer has been made with the prospect of disadvantaging the contributors heirs. Abatement of the contribution to the *APV* may then be possible, which would mean that the forced heirs would be able to partially undo the contribution of assets.

The forced heirs will only have this possibility if (i) there is a gift that (ii) has in short been made with the purpose of disadvantaging the forced heirs. The possibility that a gift has been made in the five years prior to the demise of the contributor exists, but I am assuming that this can generally be avoided. I note that the contribution of (most of) the assets of the contributor to the trust implies that the forced heirs will be disadvantaged, so that it will depend on whether the contribution is seen as a gift, whether this contribution violates the statutory share. In my view, however, the contribution does in principle not meet the criteria of a gift, these being (i) impoverishment of the donor, (ii) enrichment of the donee and (iii) liberality. The contributor certainly impoverishes as a result of the contribution. The contribution will also take place out of liberality (in general), but given the discretionary nature of the *APV* it is less easy to identify a donee who has been enriched. The contributed assets are acquired by the *APV* that becomes the legal owner, but has no economic interest in these assets itself. Ultimately the beneficiaries receiving the assets but will be enriched, but given the discretionary nature of the *APV* they have no enforceable rights. A specific beneficiary may never receive a distribution. In my view this means that the beneficiaries are

not enriched at the time of the contribution. A question may be whether the *APV* can nevertheless be considered to be enriched, as it acquires the assets for the fulfilment of its purpose. In my view this is not the case, but opinions on this are divided. I therefore conclude that it is for the time being not certain whether the contribution of assets to an *APV* falls within the scope of the forced heirship rules.

Applying the civil law criteria, durability and balance between the interests involved, I conclude that an *APV* can meet both criteria. Dependent on the legal form, the applicable law already provides for a mechanism that aims to keep this balance and otherwise it is in principle possible to include such provisions in the regulations governing the *APV*. Moreover, it is possible to durably create an *APV*, although it should be noted that it is as of yet not clear whether a forced heir may partly undo the contribution of assets to the *APV* based on the forced heirship rules.

From a fiscal perspective there is, however, a lack of clarity on the interpretation of the law in various respects, as well as a number of significant impediments, which hinder the use of an *APV* for family assets protection purposes. Where it comes to uncertainty in the interpretation, the main points can be summarised as follows:

- Who is deemed to be the contributor in case the person formally making the contribution is married in marital community of property, just the formal contributor, or also his spouse?
- Should the attribution of assets to the heirs of the contributor solely be based on their pro rate share in the inheritance, or should legacies and third party benefits received by them also be taken into account?
- Does article 2.14a, section 4 Personal Income Tax Act 2001¹⁵⁸⁷ entail that every deviation for the intestate share is automatically corrected, because partial disinheritance also falls within the scope of this provision?
- What should be the basis for the attribution of assets after a correction of the attribution based on article 2.14a, sections 4, 5 or 6 PITA 2001?
- Is it possible to still provide the counterproof as meant in article 2.14a, section 6 PITA 2001 if an heir has been a beneficiary of the *APV*, but has at a later point in time been irrevocably excluded as such?
- How should an *APV* that is partially discretionary and partially non-discretionary be treated?

1587 Hereafter PITA 2001.

Summary

- Does the *APV* regime also apply if either the creation of the entity or the contribution of assets to the entity is revocable?
- Does the qualification of an entity as an *APV* lead to that entity being fiscally transparent, or merely to the attribution of the assets of this entity?
- Does the *APV* regime leave room for the application of the concept, developed in case law before the introduction of the *APV* regime, of deeming an entity fiscally transparent based on control over this entity by another person?
- How should the later exclusion of heirs as beneficiaries of the *APV* be treated for gift and inheritance purposes, assuming that such heirs are allowed the counterproof of article 2.14a, section 6 PITA 2001 upon being excluded? A provision comparable to article 53 Gift and Inheritance Tax Act is lacking, so a correction of the previously levied inheritance tax does not seem possible.

In addition to the lack of clarity in interpretation, there are various impediments. The main impediments can be summarised as follows:

- The attribution of *APV* assets has a number of fiscal consequences:
 - o the contribution can lead to the levy of personal income tax, because this is considered a taxable alienation of assets by one contributor to another contributor;
 - o if a second contributor contributes assets to an existing *APV* for fair market value, it is unclear which percentage of the *APV* assets and liabilities must be attributed to each contributor;
 - o a distribution may be considered an alienation by one person, to whom assets are attributed, to another, leading to the levy of personal income tax;
 - o if the *APV* realises income in order to make distributions, this income may be attributed to another person than the recipient of the distribution;
 - o the counterproof regime disregards the possibility that an heir may, as beneficiary of the *APV*, only have a fixed interest and can otherwise not receive any distributions; and
 - o if the beneficiaries receive distributions that are equal, i.e. in proportion to the percentage of *APV* assets attributed to them, they are considered to

make reciprocal gifts, which lead to gift tax being due with respect to a part of each distribution.

- A concurrence between Dutch corporate income tax (levied from the APV) and Dutch personal income tax (levied from the contributor) may occur, while there is no provision for setting one levy off against the other.
- It is not clear if and in what manner a concurrence between Dutch dividend withholding tax (levied from the APV) and Dutch personal income tax (levied from the contributor) can be eliminated.
- The persons to whom the APV assets are contributed may be faced with financial difficulties, as they do have to pay taxes, but may not receive the funds needed from the APV.
- Determining the percentage of the APV assets to be attributed to the various eligible persons could be problematic in case the APV has existed for a longer period and several successions have occurred. This situation could also cause a high administrative burden.

In my view these impediments are (nearly) all caused by legal imperfections in the fiscal legislation.

In these abovementioned cases, where the interpretation of the APV regime is unclear, clarification is in my view necessary, by the legislator making a choice for a certain interpretation and implementing this. My personal view on the correct or preferred interpretation is discussed in the paragraphs that discuss these points of unclarity. As long as the interpretation remains unclear, there are impediments for the use of an APV for family assets protection purposes, because of the uncertain fiscal consequences.

The same applies to the abovementioned (other) impediments, which in my view should be removed. Contrary to (most of) the impediments that arise in case of *certificering*, these obstacles cannot be removed by a setting up the APV in a certain way. The fiscal consequences of attribution to multiple persons and the financial difficulties that may be caused by attribution, and therefore taxation, without receiving distributions are in this respect the most inhibitive impediments.

I have made proposals for the removal of the various impediments I have observed, such as (i) a system for the administrative “division” of the APV assets into shares, to remove the difficulties caused by the attribution to multiple persons, (ii) a right of recourse on the APV for the benefit of the person(s) to whom the APV assets are attributed, (iii)

Summary

set off of all profit tax levied from the APV with personal income tax levied from the contributor and (iv) extending the APV regime to the Dividend Withholding Tax Act in case of APVs that are not subject to Dutch personal income tax, in order to make crediting the dividend withholding tax with the personal income tax levied from the contributor possible. However, until the legislator removes the (main) impediments for using an APV, the fiscal obstacles arising from these impediments are sufficiently severe to make the APV unsuitable for family assets protection purposes from a fiscal perspective.

In conclusion the APV is therefore in principle effective for asset protection within family context from a civil law perspective, although it should be noted that it is as of yet uncertain whether the contribution of assets cannot be (partially) undone by forced heirs. In case of trusts the recognition under the The Hague Trust Convention is also a point of attention, assuming that the APV has the legal form of a trust within the meaning of this Convention. The impediments and uncertainties from a fiscal perspective are, however, so severe that an APV is all in all not suitable for the protection of family assets.

Conclusion

In summary, the legal arrangements assessed vary in effectiveness when used for the protection of family assets:

- The testamentary administration comes with legal provisions for keeping the balance between the various interests involved. It can also be implemented in a fiscally neutral manner. This legal arrangement does not, however, score high on durability, as the legal owner of the assets placed under testamentary administration can in principle after five years request removal of the administration by the court.
- *Certificering* can be implemented durably, both in general terms and in relation to the forced heirship rules. As this legal arrangement is not provided for by law, there is no legal system for balancing the interests involved, but as the legal arrangement is very flexible, this can be arranged in the articles of the STAK or in the trust conditions. A point of attention is the possible qualification of the trust conditions as general terms and conditions, as this may create a possibility for early termination. From a fiscal perspective it is in most cases possible to set up the *certificering* in such a manner that there are no serious fiscal impediments. The only exception regards assets that are subject to personal income tax in box 3 and eligible for an exemption.
- An APV can in general be implemented in a durable manner. Points of attention are, however, uncertainty in relation to the effect of the forced heirship rules

and recognition under the The Hague Trust Convention, the latter depending on the legal form of the *APV*. The fiscal obstacles created by uncertainties in the interpretation of the *APV* regime on one hand and by outright impediments because of the fiscal consequences on the other hand, do, however, render the *APV* unsuitable for the protection of family assets from a fiscal perspective.

Curriculum vitae

Arianne Elisabeth de Leeuw, geboren te Ede in 1980. Ik heb fiscaal, notarieel en Nederlands recht gestudeerd aan de Universiteit Utrecht, alwaar ik in 2007 *cum laude* ben afgestudeerd. In 2011 – 2012 heb ik de opleiding Estate Planning gevolgd aan de Grotius Academie, die ik *cum laude* heb afgerond. In 2011 ben ik begonnen aan mijn promotieonderzoek aan de Universiteit Leiden, als buitenpromovendus, onder begeleiding van prof. dr. F. Sonneveldt en later tevens prof. dr. A.O. Lubbers.

Sinds 2006 ben ik werkzaam als belastingadviseur, verbonden aan Loyens & Loeff te Amsterdam. Ik ben lid van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs en van het Genootschap van Estate Planners. Als belastingadviseur ben ik met name werkzaam voor vermogende particulieren, met een verdere specialisatie op het gebied van de fiscale behandeling van trusts en trustachtige figuren, die voortvloeit uit mijn promotieonderzoek.

Lijst van aangehaalde werken

A

- E. Aardema, Rente vanuit juridisch en economisch opzicht benaderd, MBB 1991/11-12
- P.G.H. Albert, Familiestichting: afgezonderd particulier vermogen of toch niet?, NTFR 2012-189
- Asser/Perrick 4
S. Perrick, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking, Wolters Kluwer Deventer 2017
- Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*
M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon, Wolters Kluwer Deventer 2015
- Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*
G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap*, Kluwer Deventer 2009
- Asser/Rensen 2-III
G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen, Wolters Kluwer Deventer 2017
- Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa
M. van Olffen & G.J.C. Rensen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen, Kluwer Deventer 2019

Lijst van aangehaalde werken

- *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV*

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht, Kluwer Deventer 2013

- *Asser/Rutten 4-II (1982)*

L.E.H. Rutten, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1982

- *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte, Wolters Kluwer Deventer 2017

- *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht, Wolters Kluwer Deventer 2018

- *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV*

T.F.E. Tjong Tjin Tai, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst, Wolters Kluwer Deventer 2018

- *Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII*

J.M.M. Maeijer & M. van Olffen, Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap, Wolters Kluwer Deventer 2017

- *Auerbach, WPNR 2009/6802*

X.G.R. Auerbach, Afgezonderd Particulier Vermogen, naar een duaal stelsel, WPNR 2009/6802

- *Auerbach WFR 2010/6874*

X.G.R. Auerbach, Afgezonderd Particulier Vermogen: constructiefouten, WFR 2010/6874
 - X.G.R. Auerbach en S.H. Hompe, De wetgever en het APV-regime: 'kurieren am Sympton', WFR 2014/7052
 - *Van der Avoird 2012*

W.J. van der Avoird, Doelvermogens in het fiscale recht, Licent Fiscale en Juridische Uitgevers Rijswijk 2012
- B
- M.M. Bavinck en H.F. van Joolingen, Eens gegeven, blijft niet altijd gegeven; de fiscale kwalificatie van de herroepelijke schenking, WFR 2005/6632
 - J.H. Beekhuis, in Liber Amoricum Jan Ronse: Nieuwe vormen van economische eigendom in Nederlands recht, E. Story-Scientia Gent 1986
 - *Berkhout 2015*

T.M. Berkhout, Waarde in het economische verkeer, Kluwer Deventer 2015
 - J.W.A. Biemans, Rechtsgevolgen van stille cessie, Kluwer Deventer 2011
 - J.W.A. Biemans, Wanneer zijn certificaten uitgegeven door een STAK goederenrechtelijk onoverdraagbaar?, FTV 2019/26
 - *Blokland 1999*

T. Blokland, Winst uit aanmerkelijk belang, Kluwer Deventer 1999
 - *Bobeldijk en De Leeuw, WFR 2011/6914*

A.C.P. Bobeldijk en A.E. de Leeuw, Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet Vpb 1969 en enige andere belastingwetten (deel 1), WFR 2011/6914
 - A.C.P. Bobeldijk en A.E. de Leeuw, Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet Vpb 1969 en enige andere belastingwetten (deel 2), WFR 2011/6915

Lijst van aangehaalde werken

- L.M. van Bochove, *Betrokkenheid van derden bij contractbreuk*, Wolf Legal Publishers 2013
- J.P. Boer en R.J. de Vries, *Anglo-Amerikaanse trusts en subjectieve vennootschapsbelastingplicht*, WFR 2005/6631
- *Boer, dissertatie 2011*

J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, SDU Uitgevers 2011
- *Boer en Freudenthal, WPNR 2009/6802*

J.P. Boer en R.M. Freudenthal, 'De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust': afgezonderd of niet?, WPNR 2009/6802
- J.P. Boer, noot bij rechtbank Haarlem 21 december 2011, NTFR 2012-852
- *Boer, WPNR 2013/6995*

J.P. Boer, *Het APV-regime; overzicht en actuele ontwikkelingen*, WPNR 2013/6995
- J.P. Boer, noot bij HR 10 april 2015 in BNB 2015/152
- *Boer, WFR 2017/7216*

J.P. Boer, *De toerekeningsstop en het APV-regime: dubbel genaaid, houdt beter?*, WFR 2017/7216
- J.P. Boer, *Aanpassingen van het APV-regime in het Belastingplan 2017 – de nieuwe toerekeningsstop geanalyseerd*, FTV 2017/7
- R.R. Boltjes, *Pandperikelen in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting*, WFR 2015/7088
- *W.H. van den Boom, GS Verbintenissenrecht*

W.H. van den Boom, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Wolters Kluwer Deventer

- *Booy, dissertatie 1935*

P.M. Booy, Trustee's bij geldleeningen, N.V. Drukkerij Jacob van Campen Amsterdam, dissertatie 1935
 - E. Bos, Gecertificeerd onroerend goed met een winsttoogmerk, WFR1988/5806
 - R.P.C.W.M. Brandsma, Cursus Belastingrecht Div.bel.
 - M. Brink, annotatie bij rechtbank Rotterdam 23 januari 2007, JOR 2007/40
 - R.E. Brinkman, Het fideicommiss in de notariële praktijk, Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2014
 - W. Bruins Slot, Leasing, Kluwer Deventer 2013
 - F.K. Buijn en P.M. Storm, BV en NV in de praktijk, Kluwer Deventer 2013
 - *Burgerhart, FTV 2003/2*

W. Burgerhart, Certificering en legitieme portie; slikken of stikken?, FTV 2003/2
 - W. Burgerhart, Algemeen inventariserende/beschrijvende inleiding, in: De familiestichting, Sdu Den Haag, preadvies voor de vereniging van Estate Planners in het Notariaat 2004
- C
- M. Carney, E. Gedajlovic en V.M. Strike, Dead Money: Inheritance Law and the Longevity of Family Firms, Entrepreneurship Theory & Practice November 2014
 - M.F.P. de Clercq, Een pleidooi voor meer transparantie bij APV's, FTV 2018/9
 - R.P.C. Cornelisse, Over de Al Qedaroute en de nieuwe Balkenende-norm, FED 2009/46
- D
- J.E.A.M. Van Dijck, annotatie bij HR 14 september 1977, BNB 1978/15

Lijst van aangehaalde werken

- J.E.A.M. van Dijck, annotatie bij HR 22 juli 1981, BNB 1982/42
 - J.E.A.M. van Dijck, annotatie bij HR 30 oktober 1985, BNB 1986/16
 - J.E.A.M. van Dijck, annotatie bij HR 19 mei 1993, BNB 1993/231
 - J.E.A.M. van Dijck, annotatie bij HR 6 maart 1996, BNB 1996/164
 - *Van den Dool en Van der Hoeven*

R.P. van den Dool en S. van der Hoeven, Waardering van incurante aandelen voor de belastingheffing, Wolters Kluwer Deventer 2015
 - P.J. Dortmond, Naschrift, De NV 1968/11 – 12 (1990)
 - *Dortmond, Van der Heijden Handboek NV/BV 2013*

P.J. Dortmond, Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Kluwer Deventer 2013
 - I.W.M. Duijvesteijn en E.J.W. Heithuis, Natuurschoonwet 1928, Kluwer Deventer 2009
 - *Dusarduijn, WPNR 2007/6737*

S.M.H. Dusarduijn, Certificering van vermogen: vereenzelviging voor de inkomstenbelasting?, WPNR 2007/6737
- E
- E.W.J. Ebben, De positie van de langstlevende echtgenoot en de kinderen in het nieuwe erfrecht (dissertatie), Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2000
 - E.W.J. Ebben, In de praktijk; Vooruitzicht van benadeling bij giften, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2002/3
 - E.W.J. Ebben, De berekening van de legitimaire massa; voer voor juristen?, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2006/2

- *Eisma, preadvies 1990*

C.Æ. Uniken Venema en S.E. Eisma, Eigendom ten titel van beheer naar komend recht, preadvies van de Vereeniging Handelsrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1990

F

- M.W.C. Feteris, Nieuwe formeelrechtelijke verschijnselen in de schenk- en erfbelasting, in: Draaicirkels van formeelbelastingrecht, vriendenbundel R. Niessen, Sdu Amersfoort 2009

G

- *Ganzeveld, dissertatie 1994*

J. Ganzeveld, Vervreemding van inkomsten in de Wet op de inkomstenbelasting 1964, Kluwer Deventer, dissertatie 1994

- *Garcia Nelen en Schwarz 2016*

S.B. Garcia Nelen en C.A. Schwarz, Certificering van aandelen bij NV en BV, Sdu Den Haag 2016

- S.B. Garcia Nelen annotatie bij hof Amsterdam 24 juli 2018 in JBN 2019/14

- *Van Gelderen en Hoogwout, FTV 2013/3*

F.B. van Gelderen en T.C. Hoogwout, De in gemeenschap van goederen gehuwde inbrenger bij een APV, FTV 2013/3

- *Gilissen, dissertatie 2012*

G.D.L.M. Gilissen, De express private trust, Wolf Legal Publishers Nijmegen 2012

- G.C.D. Graus, annotatie bij HR 10 april 2015, FED 2015/50

- J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers en H. Vording, Verbetering van de kwaliteit van (de uitvoering van) fiscale regelgeving door terugkoppeling, WFR 2009/6814

Lijst van aangehaalde werken

- W.C.L. van der Grinten, De Trustee naar Nederlandsch recht, WPNR 1941/3737 en 1941/3738
 - *Van der Grinten, De NV* 1939
 - W.C.L. van der Grinten, De rechtspositie van den certificaathouder, De NV 1939
 - *Van der Grinten, preadvies* 1964
 - W.C.L. van der Grinten en W.C. Treurniet, Certificering van onroerend goed, preadvies KNB 1964
 - W.C.L. van der Grinten, Lastgeving, Kluwer Deventer 1993
- H
- *Handboek Erfrecht*
 - M.J.A. van Mourik e.a., Handboek Erfrecht, Wolters Kluwer Deventer 2020
 - *Harris* 2002
 - J. Harris, The Hague Trusts Convention, Hart Publishing Oxford and Portland Oregon 2002
 - *Hayton* 1996
 - D.J. Hayton, Trusts, in: Vertrouwd met de trust (Serie Onderneming en Recht, deel 5), W.E.J. Tjeenk Willink Deventer 1996
 - A.D.G. Heering, De Stichting Administratiekantoor als Familiestichting, FTV 2005/9
 - J.J. van Hees, Het einde van de last als gevolg van faillissement, in: Vertegenwoordiging en tussenpersonen, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1999
 - E.J.J. van der Heijden, Het certificatengevaar, De NV IX (1930)
 - E.J.J. van der Heijden, Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht, 3e druk N.V. Uitgevers-maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1936

- E.J.W. Heithuis, Update vraag-en-antwoordbesluit over het aanmerkelijk belang, VFP 2007/5
- *Van Helden, KWEP 1997/3*

R.J.C van Helden, De certificering van een Rembrandt, oftewel hoe het onaantastbare beheer te houden over geschonken zaken, KWEP 1997/3
- *Helder en Van den Belt VFP 2001*

E.R. Helder en J.F.H. van den Belt, De financiële planner en het ondernemingsrecht (II), VFP 2001/8
- *Hijma 2010*

Jac. Hijma, Algemene voorwaarden, Kluwer Deventer 2010
- A.J. van Hoepen, Never trust a trust, WPNR 2014/7008
- A.J. van Hoepen, naschrift, WPNR 2014/7028
- *Hofman en Singh, WFR 2017/7174*

P.W. Hofman en S. Singh, Certificeren van Vermogen, WFR 2017/7174
- P.W. Hofman, Certificeren: geen kunst?, VFP 2017/47
- *Hofmann en Abas 1977*

L.C. Hofmann en P. Abas, Het Nederlands verbintenissenrecht, deel 1, tweede gedeelte, 9^e druk, Tjeenk Willink Groningen 1977
- T.C. Hoogwout, De stichting in het kader van estate planning, FTV 2005/9
- *Hoogwout, FTV 2012/10*

T.C. Hoogwout, Toerekening of fiscale transparantie van het Afgezonderd Particulier Vermogen?, FTV 2012/10

Lijst van aangehaalde werken

- *Hoogwout en Verstijnen, FTV 2013/46*

T.C. Hoogwout en W. Verstijnen, Toerekening van afgezonderd particulier vermogen in en erf- en schenkbelasting, FTV 2013/46
 - T.C. Hoogwout, Toerekening schenking wanneer schenker is gehuwd in gemeenschap van goederen, FTV 2016/2
 - *Houben, dissertatie 1942*

F.J.M.A.H. Houben, Het certificaat, N.V. H. van der Marck's Uitgeversmij. Roermond 1942
 - C.P.M. van Houte, Is een stichting transparant?, WFR 1989/5872
 - F. Houwer en H.R. Bruggink, De herroepelijke schenking, civiel- en fiscaalrechtelijk bezien, WFR 2009/6799
 - W.G. Huijgen, Economische eigendom, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1995
 - *J.B. Huizink, GS Rechtspersonen*

J.B. Huizink in: J.B. Huizink (red.), Groene Serie Rechtspersonen, Wolters Kluwer Deventer
- I
- *Van den Ingh, dissertatie 1991*

F.J.P. van den Ingh, Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap, Kluwer Deventer 1991
 - F.J.P. van den Ingh, Certificering van aandelen, WPNR 2007/6737
- J
- A.G. Jimmink en J.C. van Wijmen, De gevolgen van de wijziging van de Successiewet voor pensioen-bv's, Pensioen Actief 2009/06
- K
- P. Kavelaars, Natuurschoon en rijksmonumenten, Sdu Den Haag 2006

- W.M. Kleijn, Schenking in het NBW, NJB 1974/24a
- I.A. Koele, Over de familiestichting, de charitatieve 'private foundation' en de trust in de toekomstige Successiewet, WPNR 2004/6576
- I.A. Koele, De reikwijdte van het APV regime, Vakblad estate planning 2015/33
- W.D. Kolkman, Vier levensgezellen, twee legitimarissen en een kunstenaar, Tijdschrift Erfrecht 2007/2
- W.R. Kooiman, Het nieuwe trustarrest: Hoge Raad, nr. 13/04999, NTFR-B 2017/43
- *Koppenol-Laforce, dissertatie 1997*
- M.E. Koppenol-Laforce, Het Haags Trustverdrag, Kluwer Deventer, dissertatie 1997
- *De Kort, FTV 2003*
- J.W.J. de Kort, Het certificeren van aanmerkelijkbelangaandelen in de Wet inkomstenbelasting 2001, FTV 2003/2
- *Kraan, FTV 2007/27*
- C.A. Kraan, Certificeren van vermogen, FTV 2007/26
- V.P. Kradolfer, Het recht op dividend van een aandeelhouder of certificaathouder, JBN 2015/57
- C. Kramer, De maatschap en het fonds voor gemene rekening, V&O 2012/4
- H. Kwakkel, Mijn bedrijf is groter dan ikzelf, Onderzoek naar de strategische benadering van bedrijfsopvolging binnen familiebedrijven, uitgevoerd voor EY
- L
- *Land, WPNR 1908/2012*
- A. Land, Zijn de rechten der houders van certificaten Nederlandsche Werkelijke Schuld wel voldoende gewaarborgd?, WPNR 1908/2012

Lijst van aangehaalde werken

- A. Land, Zijn de rechten der houders van certificaten Nederlandsche Werkelijke Schuld wel voldoende gewaarborgd?, WPNR 1908/2013
- A. Land, Zijn de rechten der houders van certificaten Nederlandsche Werkelijke Schuld wel voldoende gewaarborgd?, WPNR 1908/2014
- A.E de Leeuw en T.J.P. Folmer, Zwevende vermogens voldoende gevangen? WFR 2009/6827
- *De Leeuw*, WFR 2012/6946
- A.E. de Leeuw, Toerekening bij het afgezonderd particulier vermogen, WFR 2012/6946
- A.E. de Leeuw, Sfeerovergangen bij afgezonderd particulier vermogen, WFR 2012/6950
- *De Leeuw*, FED 2012
- A.E. de Leeuw, Faillissement van een erfgenaam, FED 2012/108
- A.E. de Leeuw, Afgezonderd particulier vermogen en toerekening aan meerdere personen (delen I en II), WPNR 2013/6959 en 2013/6960
- A.E. de Leeuw, De BV als APV, WPNR 2015/7067
- *De Leeuw* 2018
- A.E. de Leeuw, Economische eigendom, Wolters Kluwer Deventer 2018
- I.I. Lentze en A. Kroon, Doelvermogens in de estate planning, S&V 2002/1
- W. Loof, Reactie op “Never trust a trust” van A.J. van Hoepen in WPNR 20147008, WPNR 2014/7028
- M.B.M. Loos, Algemene Voorwaarden, Boom juridische uitgevers 2018 Den Haag
- *Lubbers*, De NV 60/12
- A.G. Lubbers, Aandelencertificering en huwelijksgoederenrecht; erfrecht, De NV 60/12

- A.O. Lubbers, Rechtsvinding bij kwalitatief ondermaatse wetgeving, TFB 2010/01
- M.B. Lucas Luijckx, S.C.J. Hemels en F. Sonneveldt, Estate Planning, SDU Fiscale & Financiële Uitgevers Amersfoort 2010
- E.A.A. Luijten, Certificering van aandelen in de besloten n.v., TVVS 1969/5

M

- J.L.D.J. Maasland, De stichting familiebeheer, Tijdschrift Erfrecht 2011/5
- J.M.M. Maeijer, annotatie bij HR 10 november 2006, NJ 2007/45
- *Marres 2018*

O.C.R. Marres, Dividendbelasting, Wolters Kluwer Deventer 2018
- *Mathey-Bal, dissertatie 2016*

P.P.D. Mathey-Bal, De positie van de vennootschap onder firma, Wolters Kluwer Deventer, dissertatie 2016
- *Megarry & Wade 2019*

Megarry & Wade, The law of real property, Ninth Edition, Sweet & Maxwell 2019
- E.M. Meijers, Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek: toelichting, vierde gedeelte (boek 7), Sdu Den Haag 1972
- T.J. Mellema-Kranenburg, Executele en bewind, Kluwer Deventer 2007
- T.J. Mellema-Kranenburg, Verbintenissenrecht (Groene Serie Privaatrecht), Kluwer Deventer
- K.L.H. van Mens, Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip, Kluwer Deventer, dissertatie 1985
- M.de L. Monteiro, Fiscaal regeren over het graf heen, FTV 2007/28
- R. Moskowicz, Stichting en transparence: motivering; rechtsstrijd, WFR 1990/5954

Lijst van aangehaalde werken

- *Van Mourik, WPNR 2007/6737*

M.J.A. van Mourik, Certificering en economische deelgerechtigdheid, WPNR 2007/6737

- M.J.A. van Mourik, Rechtsvragenrubriek: Legitieme en stief(klein)kinderen, WPNR 2010/6828

N

- B. Niels, NDFR (onderdeel Dividendbelasting)

O

- M. van Olffen, Certificering van aandelen en de legitieme portie, Bedrijfsjuridische berichten 1989/20

- M. van Olffen, Ondernemer en ondernemingsvermogen, Ars Notariatus XLI, Kluwer Deventer 1989

- *Oosterhoff, dissertatie 2017*

G.P. Oosterhoff, Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang, Wolters Kluwer Deventer, dissertatie 2017

- *Report Von Overbeck*

A.E. von Overbeck, Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention

- *C.H.C. Overes, GS Rechtspersonen*

C.H.C. Overes in: J.B. Huizink (red.), Groene Serie Rechtspersonen, Wolters Kluwer Deventer

P

- R.T.A. Pak, Geen teruggaaf schenkingsrecht na invoering APV-wetgeving, Belastingadvies 2015/11.10

- *Parlementaire geschiedenis BW boek 3*

C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek; boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Kluwer Deventer 1981
- C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis en E.E. Slob (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6; boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Kluwer Deventer 1990
- *Parlementaire geschiedenis BW boek 4*

C.J. van Zeben, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: vaststellingswet boek 4; erfrecht*, Kluwer Deventer 2002
- *Parlementaire geschiedenis BW Inv. boek 4*

G. van der Burght, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek; invoeringswet boek 4, Erfrecht*, Kluwer Deventer 2003
- *Parlementaire Geschiedenis Vaststellingswet erfrecht*, Van der Burght c.s., pagina 837
- *Parlementaire geschiedenis BW boek 6*

C.J. van Zeben en J.W. du Pon (met medewerking van M.M. Olthof), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: boek 6, algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht* 1981
- *Parlementaire geschiedenis BW Inv. 3, 5 en 6, boek 6*

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6; boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Kluwer Deventer 1990
- *Parlementaire geschiedenis BW Inv. 3, 5 en 6; titels 1, 7, 9 en 14*

W.H.M. Reehuis, E.E. Slob & C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6; boek 7, Bijzondere overeenkomsten, titels 1, 7, 9 en 14*, Kluwer Deventer 1991

Lijst van aangehaalde werken

- H.W.P.M. Peeters en W. Burgerhart, Gecertificeerd schenken. Het cadeau moet ingepakt blijven!, FTV 2001/12
- *Peters van Neijenhof, Forfaitair 2009*

T.N. Peters van Neijenhof, De voorgestelde regeling voor trusts en aanverwante rechtsfiguren, Forfaitair 2009/198
- T.N. Peters van Neijenhof, Het Afgezonderd Particulier Vermogen: de stand van zaken anno 2012, NTFR-B 2012-19
- L.J.A. Pieterse, Vervreemding van een aanmerkelijk belang; een grensverkenning, NTFR-B 2014/3
- *Pitlo/Van der Burght, Ebben, Erfrecht*

Pitlo, G. van der Burght, E.W.J. Ebben, Pitlo Het Nederlands Burgerlijk Recht, deel 5, Het Erfrecht, Kluwer Deventer 2004
- PWC Global Family Business Survey 2014

Q

- P.H.N. Quist, Het omkatten van certificaten (I), WPNR 2010/6858

R

- *Reehuis 2010*

W.H.M. Reehuis, Overdracht, Kluwer Deventer 2010
- *Reijnen, WPNR 2013/6989*

T.F.H. Reijnen, Het uitkeringsverbod bij de stichting, een nog niet beëindigde discussie, WPNR 2013/6989
- *Rijkers en Van Dijck 2000*

A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijck, De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001, FED Deventer 2000

- *Roelofs 2011*

E.R. Roelofs, De private express trust en de legitieme portie, Kluwer Deventer 2011
- *Roelofs, WFR 2010/6887*

E.R. Roelofs, Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de fixed trust niet', WFR 2010/6887
- *Rongen, dissertatie 2012*

M.H.E. Rongen, Cessie, Kluwer Deventer, dissertatie 2012
- G. Russel, Het Certificaat-Begrip volgens de Zegelwet 1917, De NV XI (1932)
- S
- *Schelhaas 2017*

H.N. Schelhaas, Redelijkheid en billijkheid, Kluwer Deventer 2017
- P. van Schilfgaarde, annotatie bij in NJ 2012/75
- H.J.M. Scholman en I.A. Kranenburg (Over de certificaatstichting, het familiefonds en de familiestichting, KWEP 2000/2
- *Schols preadvies 2004*

F.W.J.M. Schols, K. Blankman en J.B. Vegter, Testamentair bewind naar nieuw erfrecht, in: Bewind en aan bewind verwante vormen, preadvies KNB, Koninklijke Vermande Lelystad 2004
- *F.W.J.M. Schols, WPNR 2007/6737*

F.W.J.M. Schols, Certificering en het stemrechtloze aandeel als alternatief voor bewind, WNPR 6737
- Y. Scholten, Administratiekantoor en certificaathouder, WPNR 1958/4557 – 4559

Lijst van aangehaalde werken

- H. Schuttevaër en J.W. Zwemmer, De Nederlandse successiewetgeving, Kluwer Deventer 1998
 - *Sonneveldt, dissertatie 2000*

F. Sonneveldt, De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956, Sdu Den Haag, dissertatie 2000
 - F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, Internationale aspecten van de vernieuwde Successiewet 1956, WFR 2010/6815
 - *Van Steensel 2015*

M.A.M. van Steensel, Handboek Stichting en Vereniging (red. J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman), Uitgeverij Paris Zutphen 2015
 - *Stevens, WPNR 2017/7139*

S.A. Stevens, Fondsen voor gemene rekening fiscaal geduid (I), WPNR 2017/7139
 - *P.A. Stein, GS Vermogensrecht*

P.A. Stein in J. Hijma (red.), Groene Serie Vermogensrecht, Wolters Kluwer Deventer
 - Chr.M. Stokkermans, Vernietiging van besluiten, V&O 2010/10
 - *Stollenwerck FTV 2006/35*

A.H.N. Stollenwerck, Rechtsvraag: Certificeren en bewind, FTV 2006/35
 - Strategieverandering na generatiewisseling in familiebedrijven, onderzoek van het Erasmus Centre For Family Business, BDO en de Rabobank (2016)
 - J.L. van de Streek, Cursus Belastingrecht Vpb
- T
- S.C.M. van Thiel, annotatie bij hof Amsterdam 12 mei 2015, JOR 2015/197

- L. Timmerman, De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW, Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1991

- *Treurniet, preadvies 1964*

W.C.L. van der Grinten en W.C. Treurniet, Certificering van onroerend goed, preadvies KNB 1964

U

- *Underhill and Hayton 2016*

Underhill and Hayton, Law of Trust and Trustees, Nineteenth Edition, LexisNexis 2016

- C.Æ. Uniken Venema, De overdracht ten titel van beheer aan een 'trustee' volgens het huidige en volgens het nieuwe BW, in: Goed en trouw, opstellen aangeboden aan Prof.mr. W.C.L. van der Grinten, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1984

V

- *Van Veen 2012*

W.J.M. van Veen, Het uitkeringsverbod bij de stichting revisited, in: Met recht betrokken: Opstellen aangeboden aan prof.mr. T.J. van der Ploeg, Kluwer Deventer 2012

- F. Veenstra, annotatie in TVVS 1995/181

- *Vegter, preadvies 2004*

F.W.J.M. Schols, K. Blankman en J.B. Vegter, Bewind en aan bewind verwante vormen, Koninklijke Vermande Lelystad, preadvies KNB 2004

- *Van der Velden, dissertatie 2008*

J.W.P.M. van der Velden, Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht, Kluwer Deventer, dissertatie 2008

Lijst van aangehaalde werken

- *Veltman, preadvies 2004*

P.F. Veltman, De familiestichting; civiele en fiscale aspecten, in: De familiestichting, Sdu Den Haag, preadvies voor de vereniging van Estate Planners in het Notariaat 2004

- P.F. Veltman, De familiestichting en/in het erfrecht, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2004/6
- H. Vermeulen, Cursus Belastingrecht Vpb
- L.C.A. Verstappen, De stichting tot afwikkeling van een nalatenschap (I), WPNR 1996/6245
- J.J. Vetter, Art. 23a Invorderingswet 1990 (nieuw); een zegen voor de fiscale procespraktijk, TFB 2009/07
- I.J.F.A. van Vijfeijken, De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking, WPNR 2008/6744
- I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, Cursus Belastingrecht S&E
- R.P. Voogd, Certificering, in; Vennootschapsrecht in EG-perspectief, Kluwer Deventer 1993
- A.M. Vrenegoor, Certificering van kunstvoorwerpen en box 3 Wet IB 2001, KWEP 2005/3

W

- *Waaijer – Linders, WPNR 2010/6848*

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

- *Wattel, FED 1990/335*

P.J. Wattel, De juridische betekenis van uitlatingen van bewindslieden bij de totstandkoming van (belasting)wetgeving, FED 1990/335

- J. Wiarda, Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht, Tjeenk Willink Zwolle 1937

- S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, De rechter en het Afgezonderd Particulier Vermogen, Vakblad Estate Planning 2016/40
- D.te Winkel, Trust-verhoudingen, Drukkerij Mouton & Co.'s-Gravenhage 1914
- J. Winter, J.B. Wezeman en J.D. Schoonbrood, Van de BV en de NV, Kluwer Deventer 2017
- *Wolf*, WPNR 2016/7093
- R.A. Wolf, Het certificaat van aandeel in de BV, WPNR 2016/7093
- R.A. Wolf, De certificaathouder zonder vergaderrecht, de kring van de betrokkenen en de vernietiging van besluiten, Ondernemingsrecht 2014/2

Z

- D.F.M.M. Zaman, Certificering en modernisering van het ondernemings- en vennootschapsrecht, TvOB 2004/5
- D.F.M.M. Zaman en M.S. Koppert – van Beek, Kwalificatie van het fonds voor gemene rekening, Ondernemingsrecht 2008/109
- *Van der Zeijden*, WPNR 2012/6949
- F. van der Zeijden, Over toerekening en transparantie, WPNR 2012/6949
- *Zwalve 2000*
- W.J. Zwalve, C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 2000
- W.J. Zwalve, 'You can't have your cake and eat it'; Art. 3:84 lid 3 BW als kernbepaling van toekomstig Nederlands trustrecht, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 2015/4
- J.W. Zwemmer, Fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling, Kluwer Deventer 1997
- J. van Zwol en I. Matser, De stichting administratiekantoor, Onderbelicht instrument van goed bestuur in het familiebedrijf, Goed Bestuur & Toezicht 2016/1

Trefwoordenregister

A

Aanmerkelijk belang	13.4.1
Aard van het certificaat	7.7.1
Administratiekantoor:	
- Beschikkingsbevoegdheid	7.8.3
- Bestuur	7.8.2.5.2
- Rechtsvorm	7.8.1
- Transparence fiscale	13.6.3
- Vennootschapsbelastingplicht	13.6.1
- Verhouding tot certificaathouder	7.8.2
Administratievoorwaarden	
- Algemeen	7.8.2.1; 7.9
- Verhouding tot statuten	7.8.2.4
Afzondering van vermogen:	
- Afzondering als vervreemding	14.3.3
- Algemeen	14.3.2
- Inbreng bij overlijden	14.4.3.2
- Leningen aan het APV	14.3.2.3
Algemene voorwaarden (administratievoorwaarden als)	7.9.2
APV:	
- Achtergrond APV-regeling	14.2
- Administratieve “verdeling” APV-vermogen	15.5
- Afzonderen van vermogen/inbreng	14.3.2; 14.4.1
- Beheersregeling	8.5
- Beschermingsfiguur	8.3; 8.7; 14.7
- Buitenlandse belastingplicht	14.5.1
- Definitie	14.3.1
- Economische deelgerechtigdheid	14.3.7.2
- Erfgenamen inbrenger	14.3.6.2 e.v.
- Fiscale transparantie	14.3.9; 14.3.10
- Herroepelijkheid	14.3.8
- Inbreng als gift	8.6.1
- Invordering van belasting	14.6

-	Kwalificatie inbrenghandeling	8.6.2
-	Legitieme portie	8.6
-	Nederlandse stichting	8.2.2
-	Niet-discretionaire entiteiten	14.3.7
-	Overlijden inbrenger	14.3.6; 14.4.3
-	Rechtens afdwingbare aanspraken	14.3.3.4; 14.3.7.3; 14.4.2.4
-	Rechtspersoon als inbrenger	14.3.2.4
-	Samenloop met testament	14.4.3.3
-	Samenloop inkomstenbelasting en dividendbelasting	14.5.2; 15.9
-	Samenloop inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting	14.5.1; 15.10
-	Sub-APV's	14.4.2.3.3
-	Tegenbewijsregeling	14.3.6.6; 15.6
-	Toerekening	14.3.3
-	Toerekeningsstop	14.3.4
-	Trust	8.2.3
-	Uitkeringen	14.3.5; 14.4.2
-	Vergoeding belasting door APV	15.8
-	Verhaalsrecht	15.3.4; 15.3.5; 15.8.2
-	Wijze van beperking zeggenschap	8.4

B

Beheersovereenkomst	7.8.2.1; 7.9.1
Beneficiaries	8.2.3.7.3
Beperkte rechten op certificaten	7.7.4
Beschermingsfiguur	1; 6.4; 6.6; 7.11; 8.3; 8.7; 12.3; 13.7; 14.7
Beschikkingsbevoegdheid	7.8.3
Bestuur STAK	
- Algemeen	7.8.2.5.2
- Ontslag	7.8.2.5.2
- Toezicht	7.8.2.5.2; 7.8.2.5.3

Blokkeringsregeling bij certificaten 77.3.2.1

Box 3-vermogen 13.4.3

C

Certificaathoudersvergadering 78.2.5.5

Certificering:

- Aanmerkelijk belang:
 - o Algemeen 13.4.1.1
 - o Gefaciliteerde certificering 13.4.1.2.1
 - o Gefaciliteerde decertificering 13.4.1.4.1
 - o Niet-gefaciliteerde certificering 13.4.1.2.2
 - o Niet-gefaciliteerde decertificering 13.4.1.4.2
 - o Reguliere voordelen 13.4.1.5.2
 - o Vervreemdingsvoordelen 13.4.1.5.1
 - o Waardering 13.4.1.6
 - o Wijziging administratievoorwaarden 13.4.1.3
- Artikel 10 SW 13.5.3
- Beëindiging 7.10.1
- Beheersregeling 7.13
- Beschermingsfiguur 7.11, 13.7
- Box 3-vermogen:
 - o Kwalificatie certificaat 13.4.3.1; 15.4
 - o Vrijstellingen 13.4.3.1; 15.4
 - o Waardering 13.4.3.2
- Definitie 7.3
- Economische eigendom 13.3; 13.4.1.5; 13.4.3.1
- Eigen woning 13.4.2.3
- Fiscale belemmeringen 14.7
- Fonds voor gemene rekening 13.6.2
- Geforceerde decertificering 7.10.2
- Genietingstijdstip 13.4.1.5; 13.4.2.4; 15.3; 15.3.3
- Gevolgen beëindiging 7.10.3
- Gift 7.14.4; 13.5.1
- Historie 7.2
- IB-onderneming 13.4.2
- Inferieure making 7.14.5

-	Kwalificatie als bewind	7.5.4
-	Kwalificatie als maatschap	7.5.5
-	Kwalificatie als overeenkomst van lastgeving	7.5.2
-	Kwalificatie als overeenkomst van opdracht	7.5.1
-	Legitieme portie	7.14
-	Maatschappelijke aanvaardbaarheid	7.14.3
-	Overeenkomstige toepassing lastgevingsbepalingen	7.5.3
-	Overeenkomst <i>sui generis</i>	7.5.6
-	Rechtskarakter	7.5
-	Terbeschikkingstellingsregeling	13.4.2.2
-	Toerekening van gecertificeerd vermogen	15.3.3
-	Totstandkoming	7.4
-	Verhaalsrecht	15.3.2; 15.3.3; 15.3.5
-	Waardedrukkend effect	7.14.4
-	Waardering	13.2; 13.4.1.6; 13.4.2.5; 13.4.3.2; 13.5.2; 15.2; 15.3.3
-	Wijze van beperking zeggenschap	7.12
	Cessie	7.7.3.1
	Contractsoverneming	7.7.3.1
D		
	Decertificering	7.7.2; 7.10.1; 7.10.2
	Dividendbelasting:	
-	Algemeen	14.5.2
-	Dividendstripping	14.5.2.1.2
-	Teruggave aan APV	14.5.2.1; 15.9
-	Uiteindelijk gerechtigde	14.5.2.1.1
-	Verrekening bij inbrenger	14.5.2.2; 15.9
	Doelvermogen	14.5.1
	Duurzaamheid scheiding zeggenschap en belang	2
E		
	Economische deelgerechtigdheid	14.3.7.2

Trefwoordenregister

Economische eigendom	13.3; 13.4.1.5; 13.4.3.1
Eigen woning	13.4.2.3
Equitable interest	8.2.3.6
Erfgenenamen inbrenger APV	14.3.6.2 e.v.
Evenwicht tussen betrokken belangen	2; 6.3; 7.13; 8.5
F	
Faillissement van de STAK	7.8.2.3
Fiduciaverbod	7.6
Fiscale transparantie	14.3.9; 14.3.10
Fonds voor gemene rekening	13.6.2
G	
Genietingstijdstip	13.4.1.5; 13.4.2.4; 15.3; 15.3.3
Gift	7.14.4; 8.6.1; 13.5.1
Goederenrechtelijke versterking positie certificaathouder	7.8.2.3
Goederenrechtelijke werking overdrachtsbeperkingen	7.7.3.2
H	
Haags Trustverdrag	8.2.3.9
I	
IB-onderneming	13.4.2.1

Inbrenger:

- Algemeen 14.3.2.1; 14.4.1
- Gemeenschap van goederen 14.3.2.5
- Inbreng bij overlijden 14.4.3.2
- Meerdere inbrengers 14.3.2.6; 14.3.2.3
- Onbekende inbrenger 14.3.3.3
- Overlijden 14.3.6; 14.4.3
- Rechtspersoon 14.3.2.4

Inferieure making 7.14.4

Inkomstenbelasting 13.4, 14.3

Institutioneel betrokkenen 7.8.2.2

Invordering van belasting bij APV 14.6

J

Juridische toelaatbaarheid van certificering 7.6

K

Kruislingse schenkingen 14.4.2.3.1

Kwaliteitseisen aan certificaathouders 7.7.3.2.2

L

Legal interest 8.2.3.6

Legitieme portie 6.5; 7.14, 8.6

M

Meerdere inbrengers/erfgenamen 14.3.3.2; 14.4.2.3;
15.5; 15.7

Mutaties in begunstigden APV 14.3.6.6.3; 14.4.4

O

Onvolkomenheden in de wetgeving 2; 14.7

Overdraagbaarheid van certificaten 7.7.3.2

Overdracht van certificaten 7.7.3.1

P

Protector 8.2.3.7.4

R

Rechtens afdwingbare aanspraken 14.3.3.4; 14.3.7.3;
14.4.2.4

Redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 BW) 7.8.2.2

Redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) 7.10.2

Royering certificaten 7.7.2; 7.10.1

S

Schenk- en erfbelasting 13.5; 14.4

Schenking 7.14.4; 8.6.1;
13.5.1

Schuldoverneming 7.7.3.1

Settlor 8.2.3.7.1

Statuten STAK:

- Algemeen 7.8.2.2; 7.8.2.5
- Bestuur 7.8.2.5.2
- Certificaathoudersvergadering 7.8.2.5.5
- Doelomschrijving 7.8.2.5.1
- Verhouding tot administratievoorwaarden 7.8.2.4
- Wijziging 7.8.2.5.4

Stichting als APV 8.2.2

Sub-APV's 14.4.2.3.3

T

Tegenbewijsregeling:

- Algemeen 14.3.6.6.1
- Beperkte begunstiging 14.3.6.6.2; 15.6
- Mutaties begunstigden 14.3.6.6.3; 15.6

Terbeschikkingstellingsregeling 13.4.2.2

Testamentair bewind:

- Algemeen 6.1
- Beëindiging 6.4
- Beheersregeling 6.3
- Beschermingsfiguur 6.4; 6.6; 12.3
- Legitieme portie 6.5
- Waardering 12.2; 13.4.1.6
- Wijze van beperking zeggenschap 6.2

Toerekening:

- Algemeen 14.3.3
- Erfgenamen
 - o Algemeen 14.3.6.2
 - o Maatregel tegen "anti-fiscale testamenten" 14.3.6.3
 - o Ontervde erfgenamen 14.3.6.3
 - o Tegenbewijstregeling 14.3.6.6
- Fiscale transparantie 14.3.9; 14.3.10
- Inbrenger 14.3.3.1
- Meerdere inbrengers/erfgenamen 14.3.3.2; 14.4.2.3; 15.5; 15.7
- Onbekende inbrenger 14.3.3.3
- Toerekeningsstop:
 - o Algemeen 14.3.4.1
 - o Optie voor belastingplicht 14.3.4.2
 - o Sfeerovergangen 14.3.4.3

Trust:

- Algemeen 8.2.3
- Beneficiaries 8.2.3.7.3

Trefwoordenregister

- Beschermingsfiguur	8.3
- Bona fide purchaser for value without notice	8.2.3.2
- Certainty of intention	8.2.3.5
- Certainty of object matter	8.2.3.5
- Certainty of subject matter	8.2.3.5
- Definitie	8.2.3.1
- Einde	8.2.3.8
- Equitable interest	8.2.3.6
- Erkenning	8.2.3.9
- Instelling	8.2.3.5
- Legal interest	8.2.3.6
- Ontstaansgronden	8.2.3.3
- Protector	8.2.3.7.4
- Rechtskarakter	8.2.3.2
- Rule against accumulation	8.2.3.5
- Rule against inalienability	8.2.3.5
- Rule against perpetuities	8.2.3.5
- Settlor	8.2.3.7.1
- Trustee	8.2.3.7.2

Trustee	8.2.3.7.2

U

Uitkeringen:

- Aansprakelijkheid voor schenkbelasting	14.4.2.2
- Algemeen	14.3.5, 14.4.2.1
- Meerdere inbrengers	14.4.2.3

Uitkeringsverbod	7.8.1

V

Vennootschapsbelasting	13.6; 14.5.1

W

Waarde in het economische verkeer	11

Waardering:

- Algemeen	11
- Bewind	12.2

- Certificering 13.2; 13.4.1.6;
13.4.2.5; 13.4.3.2;
13.5.2; 15.2; 15.3.3
- Successiewet 13.5.2

Jurisprudentieregister

<i>Instantie</i>	<i>Datum</i>	<i>Verwijzing</i>	<i>ECLI</i>	<i>Paragraaf</i>

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU	26 februari 2019	nrs. C115/16; C118/16; C119/16; C299/16; V-N 2019/14.10	ECLI:EU:C:2019:134	14.5.2.1.1

Hoge Raad

HR	14 juni 1929	NJ 1929, p.1434	ECLI:NL:HR:1929:237	7.2.1
HR	18 december 1933	NJ 1934, p. 524	ECLI:NL:HR:1933:28	7.2.1
HR	22 juni 1955	BNB 1955/283	ECLI:NL:HR:1955:AY2525	12.2
HR	29 mei 1957	BNB 1957/220	ECLI:NL:HR:1957:AY1893	13.3.2
HR	22 januari 1958	BNB 1958/86	ECLI:NL:HR:1958:AY1846	13.4.1.5.2
HR	22 januari 1958	BNB 1958/89	ECLI:NL:HR:1958:AY1849	12.2
HR	10 februari 1960	BNB 1960/123	ECLI:NL:HR:1960:AY0698	13.4.1.2.2; 14.3.2.2
HR	14 februari 1962	BNB 1962/94	ECLI:NL:HR:1962:AX8009	13.2.2.1
HR	20 juni 1962	BNB 1962/273	ECLI:NL:HR:1962:AX8065	11
HR	30 januari 1963	NJ 1963/249	ECLI:NL:HR:1963:167	8.6.1
HR	23 maart 1966	BNB 1966/149	ECLI:NL:HR:1966:AX6916	12.2
HR	10 januari 1968	NJ 1968/134	ECLI:NL:HR:1968:AC8776	7.5.5.1
HR	5 februari 1969	BNB 1969/63	ECLI:NL:HR:1969:AX5888	11
HR	4 maart 1970	NJ 1970/228	ECLI:NL:HR:1970:AC8781	7.5.5.3
HR	17 oktober 1973	BNB 1974/21	ECLI:NL:HR:1973:AX4623	14.3.9.2
HR	3 januari 1975	NJ 1975/222	ECLI:NL:HR:1975:AD4123	7.8.2.5.2
HR	22 januari 1975	BNB 1975/46	ECLI:NL:HR:1975:AX4037	13.2.2.6
HR	28 januari 1976	BNB 1976/213	ECLI:NL:HR:1976:AX3803	13.3.2
HR	19 mei 1976	PW 18 480		7.8.2.5.2; 13.2.2.2
HR	16 juni 1976	BNB 1976/189	ECLI:NL:HR:1976:AX3686	13.2.2.3
HR	14 september 1977	BNB 1978/15	ECLI:NL:HR:1977:AX3189	14.3.9.2; 14.3.10
HR	22 februari 1978	BNB 1978/121	ECLI:NL:HR:1978:AX2982	11
HR	22 juli 1981	BNB 1982/42	ECLI:NL:HR:1981:AW9380	14.3.9.2; 14.3.10
HR	1 juni 1984	NJ 1985/351	ECLI:NL:HR:1984:AG4822	7.14.4

Jurisprudentieregister

<i>Instantie</i>	<i>Datum</i>	<i>Verwijzing</i>	<i>ECLI</i>	<i>Paragraaf</i>
HR	21 november 1984	BNB 1985/32	ECLI:NL:HR:1984:AC8603	14.3.6.4
HR	8 mei 1985	BNB 1986/75	ECLI:NL:HR:1985:AC0360	13.3.2
HR	10 mei 1985	NJ 1985/791	ECLI:NL:HR:1985:AG5015	7.8.2.3
HR	5 juni 1985	BNB 1985/216	ECLI:NL:HR:1985:AW8260	13.2.2.6
HR	8 juli 1985	NJ 1986/358	ECLI:NL:HR:1985:AC0445	7.5.5.1
HR	30 oktober 1985	BNB 1986/16	ECLI:NL:HR:1985:AC9086	14.3.9.2; 14.3.10
HR	13 november 1985	BNB 1986/4	ECLI:NL:HR:1985:AW8160	13.3.2; 13.4.1.1
HR	8 januari 1986	BNB 1986/87	ECLI:NL:HR:1986:BH5313	14.3.9.2; 14.3.10
HR	18 maart 1987	BNB 1987/229	ECLI:NL:HR:1987:AW7732	13.3.2; 13.4.1.1
HR	17 juni 1987	BNB 1987/247	ECLI:NL:HR:1987:AW7646	14.3.9.2; 14.3.10
HR	9 maart 1988	BNB 1989/228	ECLI:NL:HR:1988:BH7121	14.3.9.2; 14.3.10
HR	1 juli 1988	NJ 1989, 226	ECLI:NL:HR:1988:AB7695	7.2.1; 7.5.4; 7.14.3
HR	21 september 1988	BNB 1988/308	ECLI:NL:HR:1988:ZC3903	13.4.12.2; 13.4.12.2
HR	8 februari 1989	BNB 1989/111	ECLI:NL:HR:1989:ZC3988	14.3.9.2
HR	1 maart 1989	BNB 1989/156	ECLI:NL:HR:1989:ZC4001	13.6.1
HR	28 juni 1989	BNB 1990/147	ECLI:NL:HR:1989:ZC4069	14.3.2.2
HR	12 september 1990	BNB 1991/251	ECLI:NL:HR:1990:ZC4376	14.3.8
HR	18 september 1991	BNB 1992/108	ECLI:NL:HR:1991:BH8298	13.2.2.2; 13.2.2.4
HR	18 september 1991	BNB 1992/286	ECLI:NL:HR:1991:ZC4701	13.2.2.4
HR	18 december 1991	BNB 1992/142	ECLI:NL:HR:1991:ZC4829	14.3.9.2; 14.3.10
HR	23 december 1992	BNB 1993/78	ECLI:NL:HR:1992:ZC5212	13.3.2
HR	23 april 1993	NJ 1993/373	ECLI:NL:HR:1993:ZC0937	14.3.2.5.1
HR	19 mei 1993	BNB 1993/231	ECLI:NL:HR:1993:ZC5356	13.4.12.2
HR	7 juli 1993	BNB 1993/336	ECLI:NL:HR:1993:ZC5400	14.4.2.3.2
HR	26 januari 1994	BNB 1994/304	ECLI:NL:HR:1994:ZC5578	13.4.12.2
HR	9 februari 1994	BNB 1994/231	ECLI:NL:HR:1994:BH8757	13.4.12.2
HR	6 april 1994	BNB 1994/217	ECLI:NL:HR:1994:ZC5639	14.5.2.1.1

Jurisprudentieregister

<i>Instantie</i>	<i>Datum</i>	<i>Verwijzing</i>	<i>ECLI</i>	<i>Paragraaf</i>
HR	15 juni 1994	BNB 1994/261	ECLI:NL:HR:1994:ZC5687	7.14.4; 8.6.1; 13.5.1
HR	17 februari 1995	NJ 1996/471	ECLI:NL:HR:1995:ZC1641	7.7.4
HR	19 mei 1995	NJ 1996/119	ECLI:NL:HR:1995:ZC1735	7.6
HR	18 oktober 1995	BNB 1996/10	ECLI:NL:HR:1995:AA1548	12.2
HR	10 januari 1996	BNB 1996/94	ECLI:NL:HR:1996:AA1860	14.3.10
HR	6 maart 1996	BNB 1996/164	ECLI:NL:HR:1996:AA1914	13.3.2; 13.4.1.1; 13.4.1.2.2
HR	3 april 1996	BNB 1996/181	ECLI:NL:HR:1996:AA2027	13.2.2.1
HR	10 april 1996	BNB 1996/387	ECLI:NL:HR:1996:AA2015	11
HR	18 februari 1998	BNB 1998/178	ECLI:NL:HR:1998:AA2451	13.3.2; 13.4.1.1
HR	10 augustus 1998	BNB 1998/319	ECLI:NL:HR:1998:AA2295	11
HR 1	8 november 1998	BNB 1999/35	ECLI:NL:HR:1998:BI5819	8.2.2; 8.2.3.9; 8.6.1; 14.4.3.2
HR	18 november 1998	BNB 1999/36	ECLI:NL:HR:1998:AA2566	8.2.2; 8.2.3.9; 8.6.1; 14.4.3.2
HR	18 november 1998	BNB 1999/37	ECLI:NL:HR:1998:AA2567	8.2.2; 8.2.3.9; 8.6.1; 14.4.3.2
HR	12 november 1999	NJ 2000/222	ECLI:NL:HR:1999:AA3370	7.7.3.1
HR	3 december 1999	NJ 2000/120	ECLI:NL:HR:1999:AA3821	7.10.1
HR	8 december 1999	V-N 1999/57.29	ECLI:NL:HR:1999:AA3810	13.3.2
HR	22 maart 2000	V-N 2000/16.7	ECLI:NL:HR:2000:AA5226	13.3.2
HR	10 augustus 2001	BNB 2001/399	ECLI:NL:HR:2001:AB3138	14.3.6.4
HR	12 juli 2002	BNB 2002/317	ECLI:NL:HR:2002:AD7272	7.14.4; 8.6.1; 13.5.1
HR	17 januari 2003	NJ 2004/281	ECLI:NL:HR:2003:AF0168	7.7.3.2
HR	14 juli 2006	BNB 2007/18	ECLI:NL:HR:2006:AY3639	8.2.2; 14.3.3.4; 14.3.7.1; 14.5.2.1.2

<i>Instantie</i>	<i>Datum</i>	<i>Verwijzing</i>	<i>ECLI</i>	<i>Paragraaf</i>
HR	6 april 2007	BNB 2007/194	ECLI:NL:HR:2007:AX0771	11
HR	20 april 2007	NJ 2007/241	ECLI:NL:HR:2007:AZ9324	7.8.2.5.2
HR	21 september 2007	BNB 2008/92	ECLI:NL:HR:2007:AY9000	14.4.2.3.2
HR	20 oktober 2007	BNB 2008/122	ECLI:NL:HR:2007:AY5991	14.3.3.4; 14.3.7.1; 14.5.2.1.2
HR	6 juni 2008	BNB 2008/203	ECLI:NL:HR:2008:BB3392	13.3.2; 13.5.2
HR	11 juli 2008	BNB 2008/266	ECLI:NL:HR:2008:BB5195	14.3.6.6.4
HR	15 januari 2010	BNB 2010/100	ECLI:NL:HR:2010:BH9198	14.3.2.5.2
HR	18 juni 2010	BNB 2010/266	ECLI:NL:HR:2010:BK3803	7.1
HR	2 september 2011	NJ 2012/75	ECLI:NL:HR:2011:BQ3876	7.5.5.1
HR	28 oktober 2011	NJ 2012/685	ECLI:NL:HR:2011:BQ9854	7.10.1
HR	20 januari 2012	BNB 2012/116	ECLI:NL:HR:2012:BU5651	14.3.2.5.1
HR	10 februari 2012	BNB 2012/127	ECLI:NL:HR:2012:BK1057	14.3.6.6.4
HR	15 maart 2013	BNB 2013/119	ECLI:NL:HR:2013:BZ4218	14.2.1
HR	12 juli 2013	V-N 2013/34.18	ECLI:NL:HR:2013:18	13.3.2
HR	21 maart 2014	NJ 2015/167	ECLI:NL:HR:2014:682	7.7.3.2
HR	9 mei 2014	NJ 2014/251	ECLI:NL:HR:2014:1089	7.8.2.1
HR	10 april 2015	BNB 2015/152	ECLI:NL:HR:2015:849	14.3.1; 14.3.7.2; 14.4.2.4; 14.4.3.3.2
HR	12 augustus 2016	BNB 2016/206	ECLI:NL:HR:2016:1900	13.3.2
HR	3 maart 2017	BNB 2017/85	ECLI:NL:HR:2017:340	7.5.5; 7.5.5.1; 7.5.5.3
HR	15 december 2017	V-N 2018/2.25	ECLI:NL:HR:2017:3139	14.4.2.1
HR	14 februari 2020	RN 2020/44	ECLI:NL:HR:2020:262	7.14.4

Advocaat-Generaal

A-G Niessen	6 april 2007	BNB 2007/194	ECLI:NL:PHR:2007:AX0771	11
A-G Niessen	2 september 2019	V-N 2019/46.3	ECLI:NL:PHR:2019:860	14.3.10
A-G Timmerman	23 april 2004	JOR 2004/160	ECLI:NL:PHR:2004:AO3875	7.8.2.5.2
A-G Wattel	23 november 2018	V-N 2019/12.8	ECLI:NL:PHR:2018:1315	14.5.2; 14.5.2.1

Jurisprudentieregister

<i>Instantie</i>	<i>Datum</i>	<i>Verwijzing</i>	<i>ECLI</i>	<i>Paragraaf</i>
A-G Wattel	26 juni 2019	V-N 2019/38.11	ECLI:NL:PHR:2019:704	14.3.10; 14.5.2.1.1
A-G Wattel	26 september 2019	V-N 2019/54.15	ECLI:NL:PHR:2019:782	14.3.4.1; 14.5.1
A-G Wissink	25 oktober 2019		ECLI:NL:PHR:2019:1083	7.14.4
Gerechtshoven				
Hof Amsterdam	8 oktober 1900	W. 7530		7.2.1
Hof Amsterdam	11 december 1931	NJ 1932, p. 267	ECLI:NL:GHAMS:1931:AG1846	7.2.1
Hof Amsterdam	8 maart 1932	W. 12449		7.2.1
Hof Amsterdam	25 juni 1957	te kennen uit:		7.2.1
HR	22 januari 1958	BNB 1958/86	ECLI:NL:HR:1958:AY1846	
Hof Amsterdam	21 juni 1978	BNB 1979/191	ECLI:NL:GHAMS:1978:AX2829	14.3.6.2
Hof Amsterdam (OK)	31 maart 1994	NJ 1995/418	ECLI:NL:GHAMS:1994:AD2084	7.10.2
Hof Amsterdam (OK)	9 juni 1994	NJ 1995/419	ECLI:NL:GHAMS:1994:AC0942	7.10.2
Hof Amsterdam (OK)	10 november 1994	TVVS 1995/9		7.10.2
Hof Amsterdam	26 januari 1995	KG 1995/192	ECLI:NL:GHAMS:1995:AH5194	7.10.2
Hof Amsterdam (OK)	27 april 1995	TVVS 1995/104		7.10.2
Hof Amsterdam (OK)	2 november 1996	TVVS 1996/68		7.8.2.1
Hof Amsterdam (OK)	23 juli 2001	JOR 2001/204		7.8.2.2
Hof Amsterdam (OK)	21 juni 2007	ARO 2007/100	ECLI:NL:GHAMS:2007:BB1460	7.8.2.1
Hof Amsterdam	1 april 2009	V-N 2009/26.1.4	ECLI:NL:GHAMS:2009:BI1802	13.6.1
Hof Amsterdam	1 april 2009	V-N 2009/40.12	ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ7012	13.6.1
Hof Amsterdam	29 maart 2012	V-N 2012/52.19	ECLI:NL:GHAMS:2012:BW1517	13.2.2.6
Hof Amsterdam	31 mei 2012	V-N 2012/42.1.3	ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0226	14.2.1
Hof Amsterdam	12 september 2013		ECLI:NL:GHAMS:2013:2884	14.3.2
Hof Amsterdam	24 oktober 2013	V-N 2014/17.9	ECLI:NL:GHAMS:2013:3994	14.2.1
Hof Amsterdam	1 mei 2014		ECLI:NL:GHAMS:2014:1797	14.3.6.1
Hof Amsterdam	23 april 2015	V-N 2015/37.2.2	ECLI:NL:GHAMS:2015:2191	13.3.2
Hof Amsterdam	12 mei 2015	JOR 2015/197		7.8.2.2
Hof Amsterdam	8 oktober 2015	V-N Vandaag 2015/2309	ECLI:NL:GHSHE:2015:4042	13.3.2
Hof Amsterdam	23 februari 2016	V-N 2016/28.13	ECLI:NL:GHAMS:2016:915	14.3.3.1; 14.3.9.3; 14.3.10
Hof Amsterdam	30 mei 2017		ECLI:NL:GHAMS:2017:2070	7.8.2.5.4
Hof Amsterdam	24 juli 2018	JOR 2018/270	ECLI:NL:GHAMS:2018:2640	7.10.2

<i>Instantie</i>	<i>Datum</i>	<i>Verwijzing</i>	<i>ECLI</i>	<i>Paragraaf</i>
Hof Amsterdam	31 juli 2018		ECLI:NL:GHAMS:2018:2246	7.14.4
Hof Amsterdam	18 februari 2020	JOR 2020/113	ECLI:NL:GHAMS:2020:514	7.10.2; 8.6.1
Hof Arnhem	10 december 1996	JOR 1996/130		7.8.2.2
Hof Arnhem	14 februari 2001	V-N 2001/23.22	ECLI:NL:GHARN:2001:AB0409	13.3.2
Hof Arnhem	6 september 2011	V-N 2011/60.18	ECLI:NL:GHARN:2011:BT1707	13.6.2
Hof Arnhem-Leeuwarden	21 oktober 2014		ECLI:NL:GHARL:2014:8057	14.3.2.5.1
Hof Arnhem-Leeuwarden	2 februari 2016		ECLI:NL:GHARL:2016:633	14.3.6.6.1
Hof Arnhem-Leeuwarden	17 april 2018		ECLI:NL:GHARL:2018:3621	14.3.9.2
Hof Arnhem-Leeuwarden	4 september 2018		ECLI:NL:GHARL:2018:7927	8.6.1
Hof Arnhem-Leeuwarden	5 maart 2019		ECLI:NL:GHAMS:2019:1999	8.6.1
Hof Den Haag	5 oktober 1962	BNB 1963/118	ECLI:NL:GHSGR:1962:AX9782	14.3.8
Hof Den Haag	24 oktober 1969	BNB 1970/238	ECLI:NL:GHSGR:1969:AX5324	13.2.2.3
Hof Den Haag	16 februari 1976	BNB 1976/251	ECLI:NL:GHSGR:1976:AX3785	13.3.2
Hof Den Haag	17 mei 1977	BNB 1978/308	ECLI:NL:GHSGR:1977:AX3142	13.2.2.3
Hof Den Haag	22 mei 1985	FED 1986/1047	ECLI:NL:GHSGR:1985:AW8265	13.2.2.1; 13.2.2.2
Hof Den Haag	3 juni 1987	V-N 1989/9.8	ECLI:NL:GHSGR:1987:AW7654	13.3.2
Hof Den Haag	11 februari 1997	FED 1997/156	ECLI:NL:GHSGR:1997:BJ0179	13.2.2.1
Hof Den Haag	14 januari 2004	FJR 2004/68	ECLI:NL:GHSGR:2004:AO2245	7.14.4
Hof Den Haag	3 november 2010	V-N 2011/14.11	ECLI:NL:GHSGR:2010:BO6298	14.2.1
Hof Den Haag	1 juli 2014		ECLI:NL:GHDHA:2014:2188	14.2.1
Hof Den Haag	18 december 2018		ECLI:NL:GHDHA:2018:3680	14.3.10
Hof Den Haag	28 mei 2019	V-N 2019/37.5	ECLI:NL:GHDHA:2019:1353	14.3.6.4; 14.3.6.6.1
Hof Den Haag	19 juni 2019		ECLI:NL:GHDHA:2019:1743	14.3.3.1
Hof Den Haag	19 juni 2019		ECLI:NL:GHDHA:2019:1744	14.3.3.1
Hof Den Haag	1 oktober 2019		ECLI:NL:GHDHA:2019:2536	7.8.2.2
Hof's-Hertogenbosch	24 april 1964	BNB 1964/265	ECLI:NL:GHSHE:1964:AX8342	14.3.8
Hof's-Hertogenbosch	27 juni 1975	PW 18 434		13.2.2.2
Hof's-Hertogenbosch	14 november 1975	BNB 1976/137	ECLI:NL:GHSHE:1975:AX3888	13.2.2.3
Hof's-Hertogenbosch	2 mei 1989	S&V 1989, p. 119 e.v.		7.8.2.1
Hof's-Hertogenbosch	13 oktober 2011	V-N 2012/20.16	ECLI:NL:GHSHE:2011:BU5612	13.3.2
Hof's-Hertogenbosch	6 mei 2015	JOR 2015/151	ECLI:NL:GHSHE:2014:1724	7.14.4
Hof's-Hertogenbosch	31 januari 2019		ECLI:NL:GHSHE:2019:382	14.3.9.2; 14.3.10
Hof Leeuwarden	28 september 1979	BNB 1981/33	ECLI:NL:GHLEE:1979:AX0132	13.2.2.6

Jurisprudentieregister

<i>Instantie</i>	<i>Datum</i>	<i>Verwijzing</i>	<i>ECLI</i>	<i>Paragraaf</i>
Rechtbanken				
Rechtbank Almelo	28 december 2005	V-N 2006/29.29	ECLI:NL:RBALM:2005:AU9917	7.5.5.1
Rechtbank Amsterdam	27 oktober 1898	W. 7308		7.2.1
Rechtbank Amsterdam	10 januari 1899	W. 7331		7.5.5.6
Rechtbank Amsterdam	13 mei 1929	NJ 1929, p. 1300	ECLI:NL:RBAMS:1929:AG1821	7.2.1
Rechtbank Amsterdam	29 mei 1931	NJ 1932, p. 453 (nr. 2)	ECLI:NL:RBAMS:1931:16	7.2.1
Rechtbank Amsterdam	8 augustus 1990	Prg. 1990/3339	ECLI:NL:RBAMS:1990:AI8335	7.14.4
Rechtbank Amsterdam	25 april 2019		ECLI:NL:RBAMS:2019:3827	6.4
Rechtbank Den Haag (pres.)	19 februari 1982	NJ 1983/522	ECLI:NL:RBSGR:1982:AC7537	7.6; 7.8.1
Rechtbank Den Haag	16 december 2009	NTFR 2010-658	ECLI:NL:RBSGR:2009:BL3688	14.2.1
Rechtbank Den Haag	14 oktober 2015		ECLI:NL:RBDHA:2015:11889	14.3.2.5.1
Rechtbank Den Haag	25 november 2015	NTFR 2016/735	ECLI:NL:RBDHA:2015:14771	14.3.6.6.1
Rechtbank Den Haag	6 januari 2016		ECLI:NL:RBDHA:2016:239	14.2.1
Rechtbank Den Haag	23 maart 2018		ECLI:NL:RBDH:2018:4990	14.3.9.2; 14.3.10
Rechtbank Den Haag	17 april 2018		ECLI:NL:RBDHA:2018:6572	14.3.6.4; 14.3.6.6.1
Rechtbank Den Haag	29 augustus 2018		ECLI:NL:RBDHA:2018:10212	7.7.3.2.1
Rechtbank Gelderland	18 november 2014		ECLI:NL:RBGEL:2014:7160	14.3.6.6.1
Rechtbank Gelderland	18 september 2018		ECLI:NL:RBGEL:2018:4002	7.14.4; 8.6.1
Rechtbank Haarlem (pres.)	8 april 1994	KG 1994/159	ECLI:NL:RBHAA:1994:AH4525	7.10.2
Rechtbank Haarlem	14 maart 2007		ECLI:NL:RBHAA:2007:BA0703	8.6.3
Rechtbank Haarlem	19 januari 2009	FED 2009/37	ECLI:NL:RBHAA:2009:BH2091	14.2.1
Rechtbank Haarlem	17 december 2009	NTFR 2010-659	ECLI:NL:RBHAA:2009:BK8106	14.2.1
Rechtbank 's-Hertogenbosch (pres.)	12 augustus 1988 en 1 november 1988, pagina 74 e.v.	De NV 67/3 (1898),		7.8.2.1; 7.8.2.2.1; 7.10.2
Rechtbank Leeuwarden	22 oktober 2009	NTFR 2010/1501	ECLI:NL:RBLEE:2009:BL1424	13.2.2.2

Jurisprudentieregister

<i>Instantie</i>	<i>Datum</i>	<i>Verwijzing</i>	<i>ECLI</i>	<i>Paragraaf</i>
Rechtbank Limburg	24 juli 2019		ECLI:NL:RBLIM:2019:6873	7.10.2
Rechtbank Midden-Nederland	5 augustus 2015		ECLI:NL:RBMNE:2015:5764	14.3.2.5.1
Rechtbank Midden-Nederland (voorzieningenrechter)	27 september 2017	nr. C/16/446066/ KG ZA 17-678 Notamail 2017/249		7.8.2.1; 7.8.2.2.1
Rechtbank Noord-Holland	25 februari 2015		ECLI:NL:RBNHO:2015:1176	14.3.3.1; 14.3.9.3
Rechtbank Noord-Holland	17 maart 2015	JOR 2015/196	ECLI:NL:RBNHO:2015:2191	7.8.2.2
Rechtbank Noord-Holland	10 oktober 2019		ECLI:NL:RBNHO:2019:10076	14.3.4.2
Rechtbank Noord- Nederland	21 februari 2019	V-N 2019/27.4		14.3.1
Rechtbank Rotterdam	1 oktober 1979	NJ 1980/286	ECLI:NL:RBROT:1979:AB7410	7.14.4
Rechtbank Rotterdam	23 januari 2007	JOR 2007/40	ECLI:NL:RBROT:2007:BM6309	7.10.2
Rechtbank Zeeland- West-Brabant	20 maart 2018	V-N 2018/39.2.1	ECLI:NL:RBZWB:2018:1646	14.3.10
Rechtbank Zeeland- West-Brabant	22 maart 2018		ECLI:NL:RBZWB:2018:1776	14.3.3.1; 14.3.9.2
Rechtbank Zeeland- West-Brabant	30 januari 2020	FED 2020/68	ECLI:NL:RBZWB:2020:404	14.3.2.5.2