

Tilburg University

Certificering van vermogen

Dusarduijn, S.M.H.

Published in:

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

Publication date:

2008

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Dusarduijn, S. M. H. (2008). Certificering van vermogen: vereenzelviging voor de inkomstenbelasting? *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 139(6737), 26-38.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Certificering van vermogen: vereenzelviging voor de inkomstenbelasting?

1. Inleiding

Bij certificering van vermogen wordt een scheiding aangebracht tussen de juridische eigendom van en het economische belang bij dat vermogen. Deze splitsing vormt doorgaans ook het motief voor certificering. Om uiteenlopende redenen wordt het wenselijk geacht een, soms semi-permeabele, wand te plaatsen tussen de zeggenschap over het vermogen en het recht op de waarde (mutaties) daarvan. Deze scheiding heeft, zoals vele zaken in het leven, ook fiscale consequenties. Hoewel de resultaten zich op uiteenlopende fiscale terreinen kunnen manifesteren, richt deze uiteenzetting zich op de gevolgen van certificering voor de inkomstenbelasting en de notariële heffingen. Daar waar het betoog dit vereist wordt een enkel zijsprongetje naar andere fiscale terreinen niet geschuwd. Essentieel voor dit artikel is de vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden certificaten in fiscaal opzicht vereenzelvigd kunnen worden met het daaraan ten grondslag liggende vermogen. Het al dan niet kunnen constateren van een dergelijke 'transparance fiscale' heeft immers niet alleen zijn weerslag op een eventuele belastbaarheid van de certificeringshandeling maar ook op de fiscale kwalificatie van de certificaten en de certificaathouder. Gezien de beperkte ruimte richt het betoog zich uitsluitend op de certificering van vermogen in box 2 en box 3. Na een inleidende uiteenzetting over certificering zal aan de hand van het fiscaalrechtelijke eigendomsbegrip worden bezien onder welke voorwaarden sprake kan zijn van vereenzelviging. Deze theoretische uiteenzetting wordt aansluitend getoetst aan de fiscale realiteit van het positieve recht in de inkomstenbelasting waarna vervolgens zal worden gekeken naar eventuele gevolgen van certificering voor successierecht en overdrachtsbelasting. Het betoog zal worden afgesloten met een korte conclusie.

2. Certificering algemeen

Bij certificering worden een of meer goederen ten titel van beheer overgedragen aan een rechtspersoon waar tegenover deze rechtspersoon certificaten uitgeeft. Voor dit doel wordt doorgaans een stichting opgericht.¹ Na de vermogensoverdracht is de stichting juridische eigenaar van het vermogen dat zij ten behoeve van de certificaathouders zal beheren.² De door de stichting verstrekte certificaten verschaffen de houders ervan in ieder geval het recht op de waardemutaties en de vruchten van het gecertificeerde vermogen. Een uitgereikt certificaat wordt algemeen beschouwd als een vorderingsrecht van de certificaathouder op de stichting als voortvloeisel van de beheersovereenkomst die tussen de gerechtigde tot het te certificeren vermogen en deze stichting wordt gesloten.³ Logisch uitvloeisel van deze visie is dat de juridische eigendom van de vermogensbestanddelen na de overdracht volledig berust bij de stichting, terwijl de certificaathouder het economische belang bij dit vermogen bezit.

2.1 Nut en noodzaak van certificering

Certificering wordt vooral benut bij vermogensoverdrachten waar de wens tot behoud van zeggenschap prevaleert. De daarbij beoogde feitelijke scheiding tussen belang en macht vindt eerst plaats als de oorspronkelijke overdrager de certificaten overdraagt of schenkt aan, bijvoorbeeld, zijn kinderen. In vergelijking met alternatieve rechtsfiguren zoals bewind, biedt certificering een grote(re) contractuele vrijheid: de administratievoorwaarden kunnen immers op maat worden gemaakt. Certificering wordt daarom van oudsher benut bij bedrijfsopvolging binnen (familie)vennootschappen teneinde de continuïteit van de onderneming veilig te kunnen stellen. Het economische belang bij de onderneming komt toe aan de erfgenamen terwijl de zeggenschap over de bedrijfsvoering berust in de deskundige handen van het bestuur van de stichting die de aandelen beheert. Tegenwoordig is certificering evenwel niet langer beperkt tot dergelijke (aanmerkelijkbelang)aandelen: andere vermogensbestanddelen zoals effectenportefeuilles, onroerende zaken en zelfs paarden worden evenzeer gecertificeerd. Ook bij vermogensoverdrachten in het kader van estate planning kan immers de behoefte bestaan om de beschikkingsmacht over het aan, wellicht spijzieke, kinderen geschonken vermogen voorlopig te behouden.⁴

¹ Ten behoeve van de leesbaarheid zal hierna uitgegaan worden van de aanwezigheid van een stichting.

² Indien de activiteiten van de stichting zich beperken tot de uitvoering van deze beheersovereenkomst bestaat in zoverre geen vennootschapsbelastingplicht, zie art. 2 lid 1 onderdeel d Wet op Vennootschapsbelasting 1969.

³ Zie onder meer W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Kluwer Deventer, 7e druk 1996, vanaf blz. 210.

⁴ Deze nachtmerrie van vermogensbezitters wordt in de advertentie van Schretlen & Co (2006) subliem weergegeven. Boven zwart-wit beelden van een in krijtstreep gehulde grijzende heer en zijn in leer gestoken punkzoon met hanenkam staat geschreven: "Hij (de vader, sd) is goed voor 5 miljoen euro. En hij (de punkzoon, sd) gaat het erven".

Een tweede drijfveer voor certificering berust op de inzetbaarheid van deze rechtsfiguur bij de overdracht van ondeelbaar vermogen, zoals kunst. Met de overdracht van een prent van Van Gogh of andere voorwerpen van kunst aan een rechtspersoon die iedere erfgenaam een gelijk aantal certificaten toekent, kan men bereiken dat dergelijk vaak emotioneel beladen vermogen binnen de familie blijft.⁵ Certificering kan bovendien uitkomst bieden bij de wens een volledige kunstcollectie te consolideren. In de administratievoorwaarden wordt dan bepaald dat de collectie - ook na vererving - bijeen moet blijven. Veelal treedt de collectioneur tijdens zijn leven op als bestuurder van de stichting en benoemt hij zelf een opvolger aan wie hij de instandhouding van zijn verzameling toevertrouwt. Uiteraard worden ook fiscaalrechtelijke voordelen beoogd met de hierboven beschreven vormen van certificering. Het aantrekkelijke van certificaten is immers dat ze eenvoudig te schenken zijn. Door opeenvolgende schenkingen van kleine hoeveelheden certificaten kan optimaal gebruik worden gemaakt van lagere tariefklassen en eventueel geldende jaarlijkse schenkingsvrijstellingen. Zodoende is, zonder verlies van zeggenschap, een forse besparing van successierecht mogelijk ten opzichte van de vererving van het vermogen in één keer.⁶ Overigens behoeven deze besparingsmogelijkheden niet het (doorslaggevende) motief te vormen voor het besluit tot certificering. Zo valt het in één hand houden van beleggingsvermogen immers niet alleen bij kunst te prefereren: het bijhouden van beleggingsvermogen kan ook financieel raadzaam zijn. Ten aanzien van aandelenportefeuilles wordt immers een sterke relatie tussen rendement en omvang verondersteld. Deze premisse vormt zelfs de grondslag voor het bestaan van beleggingsfondsen: ook dan dient certificering dus een niet-fiscaal doel.

2.2 Vormt certificering een schenking?

De vraag kan rijzen of de stichting, nu deze bij certificering de juridische eigendom verkrijgt, begiftigd wordt. In het algemeen luidt het antwoord op deze vraag ontkennend.⁷ De overdracht van het vermogen vindt immers niet ten titel van schenking plaats en er is evenmin sprake van een gift. Weliswaar draagt de gerechtigde tot het te certificeren vermogen de eigendom daarvan over aan de stichting, maar hij krijgt in ruil daarvoor certificaten uitgereikt. Het aan die certificaten ontleende vorderingsrecht jegens de stichting heeft ten tijde van de overdracht doorgaans dezelfde waarde als het overgedragen vermogen. Dat betekent dat de certificering geen vermogensverschuiving tot gevolg heeft. Eerst indien het vorderingsrecht van de overdragende certificaathouder zodanig zou zijn beperkt dat de waarde van de certificaten afwijkt van de waarde van het overgedragen vermogen, kan een verarming worden geconstateerd. In dat geval komen bepaalde waardevolle (vermogens)rechten toe aan de daardoor verrijkte stichting. Een dergelijke schenking aan de stichting bestaat uit de contante waarde van de te verwachten 'opbrengsten' van de haar toekomstige (vermogens)rechten. Deze situatie is evenwel uitzonderlijk. Krachtens de beheersovereenkomst komen immers de waardeveranderingen en de vruchten van het ingebrachte vermogen toe aan de certificaathouder. Eventueel daarbij aangebrachte beperkingen betreffen meestal slechts de zeggenschap, de royeerbaarheid en de overdraagbaarheid van de certificaten. Aangezien de overdrager in de regel deel uitmaakt van het bestuur van de stichting, ligt het ook in zijn macht dergelijk begrenzings op te heffen of juist in het leven te roepen. De overdracht van vermogen aan de beheersstichting tegen uitreiking van certificaten zal daarom in de regel geen schenking inhouden.

3. Vereenzelviging

Een certificaathouder wordt civielrechtelijk nimmer als eigenaar beschouwd: doorgaans ontbeert hij immers de voor (civielrechtelijke) eigendom noodzakelijk geachte zeggenschap en beschikkingsbevoegdheid. De vraag is evenwel of en zo ja, in hoeverre de positie van een certificaathouder ook fiscaal afwijkt van een vermogensbezitter die de volle eigendom heeft.

3.1 De elementaire rol van de economische eigendom

Bij de beoordeling van 'eigendom' zal ook een fiscalist de civieljuridische kwalificatie als uitgangspunt nemen. Voor fiscale doeleinden kan evenwel een ander dan degene aan wie de eigendom naar burgerlijk recht toebehoort gelden als eigenaar, met name indien hij op grond van een rechtsverhouding het nagenoeg gehele economische belang heeft bij die zaak. De term 'economische eigendom' is dan ook een fiscale vinding. De Hoge Raad hanteert deze term voor het eerst in het

⁵ Of certificering van kunst leidt tot het verlies van de vrijstelling in box 3 wordt in paragraaf 5.1.2 van dit artikel besproken.

⁶ Het is ook mogelijk de certificaten in delen te verkopen aan de kinderen waarbij deze de koopsom aan de ouders schuldig blijven in de vorm van een direct opeisbare renteloze lening. Het doel daarvan is het creëren van een hefboomeffect.

⁷ Uit het zogenoemde Certificeringsbesluit, Besluit van 19 december 2002, nr. CPP2002/3210M, blijkt dat ook de Staatssecretaris deze mening is toegedaan.

zogenoemde 'tuinderarrest' van 19 oktober 1955.⁸ Om als economisch eigenaar van een zaak aangemerkt te worden is vereist dat het volle risico van alle waardeveranderingen en het eventuele tenietgaan van die zaak wordt gedragen, zoals blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 24 december 1957, BNB 1958/84. In latere arresten is de idee aanvaard dat ook het gebruiks- of genotsrecht een onderdeel vormt van deze economische eigendom. Zo stelt de Hoge Raad in het Falconsarrest van 22 november 2002, BNB 2003/34, dat ook het recht op dividend onderdeel vormt van de economische eigendom. Met de erkenning van economische eigendom als fiscaal rechtsbegrip creëert het fiscale recht een aanzienlijk verschil met het terzake geldende civielrechtelijke begrippenkader. Voor belangrijke onderdelen van de belastingwetgeving wordt de economische eigendom zelfs beschouwd als 'fiscale' eigendom en heeft dan - zoals blijkt uit jurisprudentie - dezelfde consequenties als volle eigendom in civielrechtelijke zin.⁹ Daar waar het belastingrecht nauw wil aansluiten bij de materieel-economische werkelijkheid van een belastingplichtige, zoals in een op draagkracht gebaseerde inkomstenbelasting, is het ook logisch dat een economische benadering prevaleert boven de civieljuridische zienswijze. Voor de certificaathouder, een tot de verbeelding sprekend voorbeeld van een economisch eigenaar, dient dan bezien te worden welke elementen een doorslaggevende rol spelen bij de fiscaaljuridische gelijkschakeling van een certificaat met het onderliggend vermogensbestanddeel.

3.2 Rechtsvinding

Hoewel certificering van vermogen in het fiscale recht een bekende figuur is, mag uit deze faam niet worden afgeleid dat sprake zou zijn van een op zich staand concept. Het begrip certificering mist een algemene toepassing binnen het fiscale recht: de interpretatie daarvan kan uitsluitend aan de hand van doel en strekking van een wettelijke bepaling worden ingekleurd. Deze 'gerichte' benadering kan leiden tot uiteenlopende gevolgtrekkingen. Exemplarisch zijn de toepassingen in de vennootschapsbelasting. Zo neemt de belastingadministratie ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling van oudsher het standpunt in dat certificaten fiscaal volledig gelijk gesteld kunnen worden met de aandelen zelf.¹⁰ Dit oordeel is gebaseerd op de strekking van de deelnemingsvrijstelling: het voorkomen dat eenzelfde bedrijfsresultaat tweemaal in de heffing van vennootschapsbelasting wordt betrokken. Een certificaathouder valt binnen het bereik van de deelnemingsvrijstelling mits "de *al dan niet* (cursivering sd) royeerbare certificaten aan de houders daarvan het volledige economische belang bij de gecertificeerde aandelen verschaffen".¹¹ In de ogen van de Hoge Raad speelt het ontbreken van zeggenschapsrechten hier geen enkele rol. Bovendien wordt tegenwoordig zelfs het bezit van een deel van de economische eigendom voldoende geacht voor toepassing van deze faciliteit.¹² Hoewel binnen de deelnemingsvrijstelling certificaten fiscaal gelijkgeschakeld worden met de onderliggende aandelen, is een tegengesteld oordeel geveld ten aanzien van het fiscale eenheidsregime. Deze faciliteit wortelt in de neutraliteitsgedachte: fiscale regelgeving mag de vorming van een concern niet in de weg staan. Voor vorming van een fiscale eenheid vereist de wet zowel de juridische als de economische eigendom van de aandelen van de dochtermaatschappij. Het bezit van zeggenschap geldt immers als essentieel element bij concernvorming.¹³ Bovendien wordt de moedermaatschappij slechts geacht de juridische eigendom van de aandelen te bezitten indien ze de volledige zeggenschap over de dochtermaatschappij heeft.¹⁴ Een bezit van certificaten van aandelen zal doorgaans niet kunnen voldoen aan voornoemde bezitseis. Binnen de regeling van de fiscale eenheid kan dus niet worden gesproken van een fiscale vereenzelving van certificaten met de daarmee corresponderende aandelen.

3.3 Doel en strekking van een regeling

8 Hoge Raad 19 oktober 1955, BNB 1955/377: "dat de omstandigheid dat iemand eigenaar is en als zodanig zakelijk gerechtigd is tot enig goed, niet uitsluit, dat economisch het belang daarbij een ander toekomt terwijl dit belang – hetwelk men den economischen eigendom zou kunnen noemen – deel kan uitmaken van het bedrijfsvermogen van een ander". Overigens werd het concept zelf al eerder benut, zie Hoge Raad 2 april 1941, B 7316.

9 Voor een uitgebreide analyse verwijs ik naar W. Bruins Slot, Leasing in de vennootschapsbelasting. Een nieuwe kijk op 'economische eigendom', Uitgeverij Zacheüs, Baambrugge, 2006.

10 Resolutie 3 november 1931, nr. 64, B 5728: "Er bestaat met het oog op de bedoeling der wet, geen bezwaar tegen om met (...) aandeelen gelijk te stellen certificaten van aandelen, door een administratie- of trustkantoor uitgegeven, mits (...) de vervanging van aandeelen door certificaten ook overigens niet dient tot het ontgaan van belasting".

11 Infobulletin 1986/224, VN 1986/1369.

12 Hoge Raad 22 november 2002, nr. 36272, BNB 2003/34c*.

13 Vgl. ook art. 2:24b BW. Hoewel het daarin verwoorde groepsbegrip niet letterlijk een centrale leiding en dus beslissende zeggenschap vereist, wordt algemeen aanvaard dat dit element een 'conditio sine qua non' is voor de aanwezigheid van een groep.

14 NV, Kamerstukken II 2000/2001, 26 854, nr. 6, blz. 13-15.

Ook op het terrein van de inkomstenbelasting vormt de ratio van een regeling de enig ware maatstaf bij de beoordeling van de fiscale positie van gecertificeerd vermogen. Indien doel en strekking van een fiscale regeling nopen tot een samengaan van macht en financieel-economisch belang, dient ook een certificaathouder te voldoen aan de gestelde (zeggenschaps)eis. In een aantal gevallen blijkt dat overigens zeer wel mogelijk.¹⁵ Dwingt de strekking van een fiscale regel tot een materieel-economische visie dan wordt de civieljuridische maatstaf van de volle eigendom ingeruild voor het fiscale eigendomsbegrip. Een certificaathouder die het nagenoeg gehele economische belang bij het gecertificeerde vermogen bezit, wordt voor toepassing van een dergelijke regeling fiscaalrechtelijk beschouwd als eigenaar. Bij deze queeste speelt, zoals we later zullen zien, het instrumentalisme in het belastingrecht een versluiserende rol. Het onderzoek naar de fiscale duiding van certificaten stoelt dan immers op elementen die wezensvreemd zijn aan de eigenlijke structuur van onze inkomstenbelasting.

3.4 Het gewicht van de administratievoorwaarden

Het nasporen van de fiscaalrechtelijke gevolgen van certificering vereist tevens een toetsing van de voorwaarden waaronder de certificering plaatsvindt. Uit deze administratievoorwaarden blijkt onder meer of het *volledige* economische belang berust bij de certificaathouder. Er kan immers sprake zijn van een blokkeringsregeling waarin soms vergaande beperkingen rusten op de overdraagbaarheid van de certificaten. Dergelijke clausules kunnen ook de omvang van de aan de certificaathouder toekomende economische eigendom begrenzen: de mogelijkheid tot overdracht van de waarde van een vermogensbestanddeel vormt immers een essentieel onderdeel van het economische belang. Bovendien kunnen de administratievoorwaarden bepalingen bevatten omtrent het al dan niet royeerbaar zijn van de certificaten. De reikwijdte van deze royeerbaarheid wordt bepaald door de mate waarin een certificaathouder bevoegd is om van het bestuur van de stichting te verlangen dat deze overgaat tot decertificering: de certificaten worden dan omgewisseld tegen het gecertificeerd vermogen.¹⁶ Indien de voorwaarden hierover zwijgen, zijn de certificaten onbeperkt royeerbaar. Het moge duidelijk zijn dat de houder van een onbeperkt royeerbaar certificaat voor bepaalde fiscale regelingen een andere positie zal bekleden dan de certificaathouder die deze bevoegdheid mist. Tenslotte dient bij de fiscale kwalificatie van een certificaat ook gekeken te worden naar de mate van (indirecte) zeggenschap die op grond van eventuele organisatorische bevoegdheden aan de certificaathouder kan zijn toegekend. Aangezien het bestuur het orgaan is dat in naam van de stichting rechtshandelingen verricht, speelt toegang tot een bestuurspositie of de mogelijkheid tot benoeming en ontslag van bestuurders een voorname rol bij de fiscale duiding van de certificaten. Voor een fiscaalrechtelijke kwalificatie dienen derhalve ook de administratievoorwaarden op de drie hiervoor genoemde elementen onderzocht te worden. Indien daaruit blijkt dat het onderzochte bezit aan certificaten nauw aansluit bij doel en strekking van een wettelijke bepaling, kan worden geconcludeerd dat fiscaalrechtelijk sprake is van vereenzelving. In fiscaal opzicht neemt de certificaathouder dan de positie in van de volle eigenaar.

4. Gecertificeerd vermogen in box 2

Het aanmerkelijkbelangregime in box 2 beoogt te voorkomen dat aandeelhouders met een machtspositie vrij van inkomstenbelasting zouden kunnen beschikken over inkomenswaarden. Zowel de ratio van deze regeling als het in de wet geformuleerde bezitsvereiste¹⁷ duiden meer op het economisch belang en de winstgerechtigdheid van een aanmerkelijkbelanghouder dan op diens machtspositie. Nu de wettekst evenwel spreekt van 'aandeelhouderschap' rijst de vraag of toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling desalniettemin een samengaan van zakenrechtelijke bevoegdheden en economisch belang bij de (gereserveerde) winst vereist. Economische eigenaren zoals certificaathouders zouden dan niet als aandeelhouder kunnen gelden. Uit jurisprudentie blijkt echter anders: indien de juridische en de economische eigendom van aanmerkelijkbelangaandelen wordt gescheiden, overheerst het economische belang. Voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling wordt daarom de certificaathouder als aandeelhouder beschouwd. Illustratief daarbij is het arrest van 21 december 1966, BNB 1967/69 waarin de Hoge Raad de

¹⁵ Ook indirecte zeggenschap kan immers volstaan. Zo wordt voor de aandelenruil van art. 3.55 Wet IB 2001 de houder van royeerbare certificaten gelijkgesteld met een stemgerechtigde aandeelhouder, evenals de certificaathouder die bevoegd is te bepalen hoe op de aandelen kan worden gestemd of die het recht heeft de meerderheid van de bestuurders van het administratiekantoor te ontslaan en nieuwe bestuurders te benoemen.

¹⁶ Zie W. Burgerhart, 'Certificering en legitieme portie; slikken of stikken?', FTV, februari 2003, blz. 24.

¹⁷ Art. 4.6 Wet IB 2001 vereist slechts een bezit van ten minste 5% van het geplaatste kapitaal voor de aanwezigheid van een aanmerkelijk belang. Indien de machtspositie van een aandeelhouder een doorslaggevende factor zou moeten vormen, zou een belang van ten minste 50% meer voor de hand liggen.

vervreemding van certificaten gelijk stelt met de vervreemding van aandelen. Ook Hof Den Haag 16 februari 1976, BNB 1976/251 beschouwt een certificaathouder als aandeelhouder voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling. Deze kwalificatie wordt onderschreven door een groot aantal fiscale auteurs.¹⁸ Op grond van latere jurisprudentie¹⁹ zou een certificaathouder die het volledige economische belang bij de aandelen behoudt bovendien als direct aandeelhouder aangemerkt moeten worden. Nu de positie van het indirecte aandeelhouderschap gereserveerd dient te blijven voor aandeelhouders die op geen enkele wijze kunnen beschikken over het economische belang²⁰ is het principieel juist om elke certificaathouder als direct aandeelhouder te beschouwen. Ieder certificaat geeft immers in meer of mindere mate aanspraak geeft op het kapitaal en de winst van een vennootschap.

4.1 Vormt certificering een vervreemding?

Als vervreemding in de zin van de aanmerkelijkbelangregeling geldt "elke rechtshandeling, waardoor de eigenaar van de aandelen of winstbewijzen van een vennootschap (...) die aandelen of winstbewijzen uit zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan".²¹ De vraag doet zich voor of bij certificering van aandelen sprake kan zijn van een dergelijke te belasten overgang: in casu vindt immers een afsplitsing van juridische rechten plaats. De belastbaarheid van de vervreemdingsvoordelen van aanmerkelijkbelangaandelen ligt evenwel verankerd in de wens van de wetgever om de daarbij gerealiseerde waardeveranderingen te belasten. Het is daarom ondenkbaar dat de omzetting van een aandeelhouderschap in een fiscaal identiek veronderstelde variant beschouwd zou moeten worden als een te belasten handeling.²² Indien de certificaten economisch dezelfde plaats innemen in het vermogen van de (voormalige) aandeelhouder kan certificering dus niet als vervreemding van de aandelen worden beschouwd. Deze fiscale vereenzelving treedt op indien het (nagenoeg) volledige economische belang van de onderliggende aandelen bij de certificaathouders berust.²³ Een vervreemding kan dus slechts geconstateerd worden indien een zodanige verandering in de financiële rechten van de voormalig aandeelhouder zou optreden dat geen sprake meer kan zijn van fiscale transparantie.²⁴ Certificering leidt dan tot een belastbare vervreemding van de overgedragen aandelen en het ontstaan van een geheel nieuw aanmerkelijk belang. Nu in beginsel de waardemutaties van de onderliggende aandelen per saldo zullen toekomen aan de certificaathouders lijkt een dergelijke situatie zuiver theoretisch ook indien slechts een deel van het economische belang van de aandelen zou berusten bij de betrokken certificaathouders. Overigens is bij zo'n 'beperkte' certificering sprake van een te belasten vervreemding: een deel van het economische belang bij de aandelen is dan immers vervreemd.²⁵ Ook dergelijke situaties zijn uitzonderlijk.

4.2 Besluit inzake certificering van aanmerkelijkbelangaandelen

Ook de wetgever onderschrijft de idee dat fiscale vereenzelving in de weg staat van een te belasten vervreemding. In het verzamelbesluit van 23 november 2006²⁶ (hierna: Besluit 2006) beschrijft de Staatssecretaris zijn visie op het bestaan van een dergelijke fiscale transparantie. Uit de statuten van de stichting (aangeduid als administratiekantoor) of uit eventuele administratievoorwaarden zou moeten blijken dat aan de volgende condities wordt voldaan:

1. Voor ieder ingeleverd aandeel wordt telkens een certificaat uitgereikt dan wel een aantal certificaten tot een gelijk totaal nominaal bedrag als het ingeleverde aandeel;

18 Vgl. onder meer L.W. Sillevius en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, studenteneditie 2007-2008, blz. 669.

19 Hoge Raad 18 februari 1998, BNB 1998/178. Uit de noot van P.H.J. Essers blijkt dat deze uitspraak een koerswijziging is ten aanzien van Hoge Raad 18 maart 1987, BNB 1987/229, waarin de certificaathouder nog als indirect aandeelhouder werd gekenschetst.

20 In gelijke zin A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, zevende druk, Deventer 2000, blz. 77.

21 Hoge Raad 10 februari 1960, BNB 1960/123.

22 Mocht daartoe geconcludeerd moeten worden, dan voorkomt een beroep op de ruilgedachte daadwerkelijke heffing. Zie ook Hoge Raad 28 juni 1989, BNB 1990/147.

23 Anders: A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, t.a.p., blz. 192-193. De auteurs menen dat certificaten nimmer in de plaats kunnen treden van aandelen nu certificaten niet los van de aandelen bestaanbaar zijn. Vereenzelving treedt daarom in hun ogen niet op en zou als toets slechts zijn aangelegd door de Hoge Raad om certificeren als rechtshandeling buiten het vervreemdingsbegrip te brengen.

24 Overigens dient de overgang van dergelijke vermogensrechten beoordeeld te worden vanuit het subject, de aanmerkelijkbelanghouder. Vgl. de discussie inzake de wijziging van gewone aandelen in preferente aandelen in E.J.W. Heithuis, 'Het vervreemdingsbegrip in de nieuwe aanmerkelijkbelangregeling', TFO 1998, blz. 62.

25 Dit vervreemdingsvoordeel bestaat uit de waarde in het economische verkeer van de verkregen certificaten verminderd met (het evenredig deel van) de verkrijgingsprijs van de ingebrachte aandelen.

26 Onderdeel 6.4 van het Besluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M. Dit besluit is een inhoudelijk ongewijzigde voorzetting van de besluiten van 14 november 2000, nr. CPP2000/1943M en 23 maart 1962, nr. B2/3678, BNB 1962/27.

2. Het administratiekantoor kan de overgenomen aandelen niet vervreemden of verpanden, wat het eerste betreft althans niet zonder onmiddellijke uitkering van de opbrengst aan de certificaathouders tegen inlevering van de certificaten;
3. De door het administratiekantoor ontvangen dividenden en andere uitkeringen op de aandelen worden onmiddellijk ter beschikking van de certificaathouders gesteld;
4. Bij uitreiking van bonusaandelen of stockdividenden op de overgenomen aandelen worden door het administratiekantoor dienovereenkomstig certificaten verstrekt;
5. Indien bij de uitgifte van nieuwe aandelen voorkeursrechten aan de aandeelhouders worden toegekend, stelt het administratiekantoor de certificaathouders in de gelegenheid dienovereenkomstig een voorkeursrecht op certificaten uit te oefenen. Het administratiekantoor maakt van de voorkeursrechten van aandeelhouders gebruik in dezelfde omvang als de certificaathouders gebruik maken van de hun dienovereenkomstig toegekende rechten;
6. Door het administratiekantoor ontvangen liquidatie-uitkeringen op de aandelen worden onmiddellijk aan de certificaathouders tegen inlevering van de certificaten afgedragen;
7. De vervreemdingsbevoegdheid ten aanzien van de certificaten is niet geringer dan bij de aandelen het geval is;
8. De certificaten kunnen slechts tegen afgifte van de aandelen worden ingetrokken dan wel ingeleverd.

De wetgever wenst daarmee slechts over vereenzelviging te spreken indien de certificaathouder niet alleen het economische belang bij de aandelen bezit maar bovendien alle uit de aandelen voortvloeiende voordelen 'onmiddellijk' aan hem ter beschikking worden gesteld. Overigens vormt dit Besluit 2006, gezien de bewoordingen, geen goedkeuring maar is slechts sprake van uitleg van wetstoepassing.²⁷ De praktijk zal evenwel de gestelde voorwaarden als leidraad nemen bij het opstellen van statuten en administratievoorwaarden om te voorkomen dat certificering van aanmerkelijkbelangaandelen beschouwd zou worden als belastbare vervreemding. Deze **gevolgtrekking** is echter ook mogelijk zonder een beroep te doen op het Besluit 2006, hetgeen in rechtspraak is bevestigd.²⁸ Of en in hoeverre het certificaat de fiscale positie van de onderliggende aanmerkelijkbelangaandelen kan innemen dient uitsluitend beoordeeld te worden aan de hand van de omvang van het aan de certificaathouder toekomende economische belang. Ook los van de in het Besluit 2006 gestelde voorwaarden kan een dergelijk onderzoek leiden tot een positief antwoord. Zo zal ook sprake zijn van het behoud van het volledige economische belang indien de dividenden en andere opbrengsten niet direct worden doorgestoten naar de aandeelhouders²⁹: ook dan zijn immers de certificaathouders bij uitsluiting bevoegd te beschikken over de door de stichting opgepotte opbrengsten en waarden van de gecertificeerde aandelen. De voorwaarden van het interpretatieve Besluit 2006 acht ik dan ook ten onrechte strenger dan de systematiek van de wet.

4.2.1 Voorbehoud

Uiteraard is de praktijk gediend met het verstrekken van zekerheid vooraf omtrent de fiscaalrechtelijke gevolgen van certificering van aanmerkelijk-belangaandelen: in zoverre kan het bestaan van dergelijke besluiten alleen maar worden toegejuicht, ook indien deze berusten op interpretatie.

Teleurstellend is daarom dat het overigens heldere besluit eindigt met een cryptische volzin:

“Overigens mogen de statuten en administratievoorwaarden of andere overeenkomsten geen bepalingen bevatten, welke vereenzelviging van de certificaten met de aandelen zouden verhinderen”.

De reikwijdte van dit voorbehoud is, eufemistisch uitgedrukt, onduidelijk. Dient uit deze kanttekening - zoals wel wordt betoogd - afgeleid te worden dat voor vereenzelviging in de zin van het Besluit 2006 het royeerbaar zijn van de certificaten vereist is? Niet makkelijk valt in te zien waarom het bezit van het volledige economische belang bij de aandelen - derhalve het volle risico van waardeveranderingen en een eventueel teniet gaan van de aandelen alsmede het recht op dividend - daarenboven een royeerbaarheid van certificaten zou vereisen. Ook de houder van een niet-royeerbare certificaat is immers bij verzilvering daarvan in staat de waardeveranderingen van het onderliggende vermogen te

²⁷ In gelijke zin T. Blokland, 'Jurisprudentie inzake het aanmerkelijk belang', WFR 1988, blz. 603. Vgl. ook de redactie van NDFR die het besluit aanduidt als een 'safe harbour rule'.

²⁸ Hof Den Haag 3 juni 1987, BNB 1989/30 concludeert eerst dat bij het behoud van het volledige economische belang vereenzelviging optreedt en merkt daarna op (r.o. 5.1.4) "Bovendien (cursivering sd) beroepen belanghebbenden zich terecht op de Resolutie van de Staatssecretaris van Financiën". Overigens is deze rechtspraak gewezen onder het oude regime. Indien het, niet algemeen gehanteerde, standpunt wordt gevolgd dat de nieuwe regeling zich niet uitsluitend meer richt op de materiele dimensie van het aandeelhouderschap, zie A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk t.a.p., blz. 192, heeft dit arrest geen gelding: van vereenzelviging zou dan immers nimmer sprake kunnen zijn.

²⁹ Zie de derde voorwaarde van het Besluit 2006.

realiseren en bezit dus het vereiste volle economische belang. Mijns inziens is royeerbaarheid geenszins vereist voor toepassing van het Besluit 2006, hetgeen Hof Den Haag beaamt door in de uitspraak van 3 juni 1987, BNB 1989/30, een voorloper van dit besluit van toepassing te verklaren op het bezit van niet-royeerbare certificaten. Ik acht het veeleer plausibel dat certificaten die te allen tijde op verzoek van de houder daarvan gedecertificeerd kunnen worden ook buiten de toepassing van het Besluit fiscaalrechtelijk vereenzelvigd kunnen worden met de onderliggende aandelen.³⁰ Een dergelijke certificering van aanmerkelijkbelangaandelen leidt dan niet tot een belastbare vervreemding.

5. Gecertificeerd vermogen in box 3

In het systeem van de vermogensrendementsheffing wordt het voordeel uit sparen en beleggen gesteld op 4% van het gemiddelde van de rendementsgrondslag op de begindatum en de einddatum, voorzover dit gemiddelde meer bedraagt dan het heffingvrij vermogen. Hoewel de toerekening van dit forfaitaire rendement geschiedt ongeacht de herkomst van het rendement en ongeacht de feitelijke hoogte daarvan, stoelt deze heffing op een economische visie:

“Het primaire doel van de beoogde herziening is dan ook om een grondslagdefinitie te formuleren die er (...) voor zorgt dat het fiscale inkomensbegrip weer aansluiting krijgt bij de huidige economische realiteit”.³¹

Voor de certificaathouder rijst dan de vraag naar de omvang van de rol van de juridische eigendom bij toepassing van eventuele vrijstellingen en de waardering van de te belasten onderdelen van de rendementsgrondslag.

5.1 De (afgesloten) toegang tot vrijstellingen

De rendementsgrondslag omvat de waarde van een aantal limitatief opgesomde bezittingen verminderd met de waarde van de in de wet genoemde schulden. Deze opbouw (b)lijkt rechtstreeks afkomstig uit de Wet VB 1964.³² De wetgever heeft echter aangegeven dat de benutte begrippen, ondanks hun gelijkenis, een andere functie zouden vervullen binnen beide heffingen.³³ Bovendien hanteert de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) in tegenstelling tot haar rechtsvoorganger geen algemene omschrijving van het begrip ‘bezitting’. Het daaruit voortvloeiende onderscheid tussen ‘zaak’ en ‘recht’ kan vooral gevolgen hebben voor het al dan niet van toepassing zijn van de in box 3 opgenomen vrijstellingen. In de parlementaire historie is aangestipt dat het begrip ‘zaak’ een beperkte invulling zou hebben:

“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 en genot hem aangaan. De vrijstellingen dienen immers beperkt te blijven tot de waarde van de desbetreffende zaak en niet tot allerhande rechten die (geheel of gedeeltelijk) op het gebruik of de waardemutatie van die zaak betrekking hebben”.³⁴

De wetgever wenst de vrijstellingen in box 3 ongedifferentieerd voor te behouden aan degene die de volle eigendom van het vermogen bezit uit vrees voor het ontstaan van (nieuwe) arbitrage in met name genotsrechtensituaties.³⁵ Dat is bijzonder te noemen: de door de bewindslieden gevreesde constructies vonden destijds een voedingbodemp in het, inmiddels voor de vermogensrendementsheffing afgeschafte, bronnenstelsel. Zelfs indien deze angst voor arbitrage niet illusoir zou zijn, dan nog vereist de rechtvaardigheid dat een anti-misbruikbepaling slechts aan de orde mag komen zodra het veronderstelde misbruik zich voordoet.³⁶ Bovendien dient het bestrijden van eventueel misbruik, ter voorkoming van ‘collateral damage’, te voldoen aan het proportionaliteitsvereiste. De huidige inperking leidt onmiskenbaar tot overkill: de wetgever is blijkbaar van mening dat een certificaathouder die niet volledig beschikkingsbevoegd is verstoken moet blijven

30 Ook T. Blokland, t.a.p., blz. 607, is deze mening toegedaan.

31 Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, bijlage 1.

32 Vergelijk de bewoordingen van art. 3, lid 2, Wet VB 1964.

33 In zijn brief van 7 april 2006, nr. AFP2006/190U, merkt de Staatssecretaris zelfs op dat het niet opportuun zou zijn de grondslag van de vermogensrendementsheffing te vergelijken met die van de afgeschafte vermogensbelasting. Dit standpunt is, mede gezien eerdere uitlatingen, ten minste vatbaar voor discussie.

34 Zie MvT Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, blz. 245. De wetgever heeft op dit uitgangspunt een tweetal expliciete uitzonderingen geformuleerd, te weten art. 5.8 lid 2 (ter beschikking gestelde kunst) en art. 5.9 (roerende zaken krachtens erfrecht verkregen) Wet IB 2001.

35 Onderdeel 4.1, Besluit 31 oktober 2005, Nr. CPP2005/1272M vormt daarvan een voorbeeld.

36 De bewijslast terzake, het aannemelijk maken dat sprake zou zijn misbruik, berust bij de belastingadministratie.

van de vrijstellingen in box 3.³⁷ Deze volle eigendomseis kan evenwel conflicteren met de bedoeling van deze fiscale faciliteiten en sluit dan ten onrechte grote groepen belastingplichtigen uit.³⁸ Ook - of misschien: juist - in een forfaitair stelsel dient onderzocht te worden onder welke voorwaarden een certificaat fiscaalrechtelijk vereenzelvigd kan worden met het daaraan ten grondslag liggende vermogen. Nu de wetgever uit zuiver beleidsmatige overwegingen faciliteiten invoert in het robuuste systeem van box 3, bepaalt uitsluitend deze niet-fiscale strekking van deze instrumenten het antwoord op de vraag of ook een beperkte eigendom kan volstaan bij het vervullen van politieke ambities.³⁹ Deze conclusie staat los van de vraag of het wegschenken van de certificaten daarnaast een besparing van successierechten tot gevolg kan hebben. Het is immers de wetgever zelf die is overgegaan tot invoering van instrumentalistische bepalingen. Mijns inziens mogen de gevolgen van deze inbreuk op het toch al gemankeerde draagkrachtbeginsel niet uit angst voor potentieel misbruik afgewenteld worden op belastingplichtigen.⁴⁰ Hierna zal voor een drietal vrijstellingen in box 3 onderzocht onder welke voorwaarden de certificaten fiscaalrechtelijke vereenzelvigd kunnen worden met het daaraan ten grondslag liggende (vrijgestelde) vermogen. Indien gezien de ratio van de regeling geen fiscale vereenzelviging kan optreden, rijst aansluitend de vraag welke gevolgen daaraan zijn verbonden voor de waardering van het alsdan belaste bezit.

5.1.1 Vrijstelling voor bos- en natuurterreinen en landgoederen

De zorg voor het milieu is op meerdere plaatsen doorgesijpeld in de fiscale wetgeving. Ook de in box 3 geldende vrijstelling voor bos- en natuurterreinen en landgoederen wortelt in deze groene trend. Deze faciliteit beoogt de bevordering van het behoud en de ontwikkeling van bossen, natuurterreinen en ongebouwde eigendommen van landgoederen.⁴¹ Voor de uitleg van de begrippen 'natuurterrein' en 'landgoed' heeft de wetgever nadere regels gesteld⁴², het begrip 'bos' is echter al in eerdere jurisprudentie nader ingevuld.⁴³ De vrijstelling voorkomt een forfaitaire heffing over de waarde van deze terreinen en vormt daardoor een welkome financiële tegemoetkoming: de voordelen die uit dergelijke zaken getrokken kunnen worden blijken veelal geheel te ontbreken. De wetgever heeft evenwel geen nadere voorwaarden gesteld aan de wijze waarop het behoud en de ontwikkeling van voornoemde zaken dient plaats te vinden: het enkele bezit ervan volstaat om de faciliteit deelachtig te kunnen worden.⁴⁴ Kan daarom ook een houder van certificaten van dergelijke 'groene' onroerende zaken deze fiscale vrijstelling benutten?⁴⁵ Daartoe dient de inhoud van de administratievoorwaarden gerelateerd te worden aan de doelstelling van deze faciliteit. Uit de verwoording daarvan blijkt dat het accent van deze regelingen niet alleen berust op het financiële belang van dergelijke terreinen: met name de beoogde ontwikkeling van dergelijke onroerende zaken zal immers enige zeggenschap vereisen. Uitsluiting van een certificaathouder zonder enige mate van bestuurs- en beschikkingsbevoegdheid ligt daarom in de rede. De vrijstelling dient mijns inziens wel toegankelijk te zijn voor een certificaathouder die op grond van de administratievoorwaarden op al dan niet indirecte wijze beschikt over de vereiste machtspositie. Te denken valt aan een certificaathouder die optreedt als (enig) bestuurder van de stichting waaraan het vermogen is overgedragen of een certificaathouder die het recht heeft de meerderheid van de bestuurders van deze stichting ontslaan en nieuwe bestuurders te benoemen. Deze vereenzelviging kan zich ook voordoen indien het bestuur van de stichting gezien moet worden als een 'samenwerkende groep', hetgeen naar voren komt in het arrest van de Hoge Raad 18 september 1991, BNB 1992/108. Door de (overheersende) invloed die deze certificaathouder kan uitoefenen op het bestuur van de stichting, wordt diens economische belang gecombineerd met de voor deze vrijstelling vereiste machtspositie. Ik wijs er op dat de invloed die de

³⁷ De diverse beleidsstandpunten spreken vrijwel uitsluitend over bloot eigendom en vruchtgebruik, zie bijvoorbeeld het Besluit van 31 oktober 2005, CPP 2005/2172M. Alleen in de discussie omtrent de kunstvrijstelling wordt aandacht besteed aan certificaathouders, brief Staatssecretaris van 7 april 2006, AFP 2006/190U.

³⁸ In ongeveer gelijke zin het betoog van J. Ganzeveld in NTFR *Opinie*, 23 april 2002, blz. 573.

³⁹ Dat een dergelijke toetsing weinig raakvlakken heeft met hetgeen belastingrecht beoogt na te streven, is een logisch uitvloeisel van het (vermaledijde) instrumentalisme dat in feite de eigen waarden van het fiscale recht ontkent.

⁴⁰ In zijn Besluit van 19 december 2002, nr. CPP2002/3210M, spreekt de Staatssecretaris weliswaar over de noodzakelijke samenhang tussen diverse heffingen maar de belastingadministratie hanteert dit standpunt niet consequent. Zo komt een bloot eigenaar van een NSW-landgoed wel in aanmerking voor faciliteiten voor het successierecht en de overdrachtsbelasting, maar niet voor de vrijstelling van box 3, zie Brief van de Staatssecretaris van 10 oktober 2004, WDB 2004/462U.

⁴¹ Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, blz., 239-240.

⁴² Art. 17 Uitvoeringsbesluit Inkomstenbelasting 2001 geeft een nadere omschrijving van 'natuurterreinen'. Voor uitleg van het begrip 'landgoed' verwijst de wetgever naar de bepalingen in de Natuurschoonwet 1928.

⁴³ Rechtspraak verrast soms. Zo oordeelt Hof Arnhem in de uitspraak van 22 mei 1996, nr. 94/1882, dat voor een bezit van slechts 12 knotwilgen de bosbouwvrijstelling kan gelden. De Staatssecretaris achtte dit oordeel juist.

⁴⁴ Zie de in de vorige voetnoot aangehaalde uitspraak van Hof Arnhem. De bosbouwvrijstelling wordt verleend hoewel belanghebbende de wilgentakken louter met het oog op de opbrengst daarvan had gesneden en niet met het doel de knotwilgen in stand te houden.

⁴⁵ Voor de gevolgen van (de)certificering op het gebied van de overdrachtsbelasting verwijs ik naar onderdeel 6.3.

certificaathouder kan doen gelden in theorie van andere aard is dan de invloed die hij als volle eigenaar heeft: als bestuurder van een stichting is hij immers gehouden aan de statuten daarvan. Hij zal dus voortdurend een afweging moeten maken tussen het statutair na te streven behoud van het bos, natuurterrein of landgoed en het (eigen) financiële belang van de betrokken certificaathouder(s). Deze tweestrijd wijkt mijns inziens niet af van het dilemma dat ook de volle eigenaar van deze terreinen kan kwellen. Gezien de ratio van deze regeling en het ontbreken van voorwaarden inzake het behoud en de ontwikkeling, behoeft dit abstracte verschil in zeggenschap geen beletsel te vormen voor toegang tot de faciliteit voor de certificaathouder met deze machtspositie. Overigens zou ook de houder van een te allen tijde royeerbaar certificaat fiscaalrechtelijk gelijk gesteld kunnen worden met een volle eigenaar: hij kan immers op elk moment verlangen dat zijn certificaten worden ingewisseld tegen (een deel van) het bos, natuurterrein of landgoed. Ook deze certificaathouder kan dus in aanmerking komen voor de vrijstelling.

5.1.2 Vrijstelling voor kunst

Al sinds Piersons Wet op de Vermogensbelasting 1892 erkent de Nederlandse wetgever dat kunst een bijzondere fiscale positie verdient.⁴⁶ De vermogensrendementsheffing hanteert daarom een vrijstelling voor 'niet hoofdzakelijk ter belegging aangehouden' voorwerpen van kunst. Aannemelijk is dat ook bij deze fiscaalrechtelijke interpretatie van het begrip 'kunst' wordt teruggesproken naar jurisprudentie die onder de vigeur van de Wet Vermogensbelasting 1964 (hierna: Wet VB 1964) is geweest. Het merendeel van de kunstbezitting zal echter als 'roerende zaak in eigen gebruik' buiten de belastbare rendementsgrondslag vallen. Deze objectieve vrijstelling blijft doorgaans buiten bereik van een certificaathouder.⁴⁷ Voor roerende kunst die niet in eigen gebruik is en voor onroerende kunstvoorwerpen geldt echter ook een faciliteit.⁴⁸ Deze (waarde)vrijstelling komt wellicht binnen bereik van een certificaathouder van dergelijke kunstvoorwerpen: de ratio van deze vrijstelling berust immers op de wens het particulier kunstbezit te behouden en te bevorderen.⁴⁹ Desalniettemin wil de Staatssecretaris ook de vrijstelling voor deze 'voorwerpen van kunst' voorbehouden aan "belastingplichtigen die het volledige gebruiks- en genotsrecht en het gehele belang bij de waardemutatie (...) hebben".⁵⁰ Daarbij acht hij het *directe* gebruik en genot noodzakelijk: er is slechts een beperkte uitzondering op deze eis gecreëerd voor de situatie waarin kunstvoorwerpen aan derden ter beschikking worden gesteld voor culturele en wetenschappelijke doeleinden. Iedere andere terbeschikkingstelling aan derden, zoals kinderen, verhindert volgens de Staatssecretaris toepassing van de uitbreiding van de vrijstelling.⁵¹ Bovendien blijkt hij bevreesd voor mogelijk onbedoelde interpretaties van deze verruiming:

"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".⁵²

In weerwil van deze oekaze-achtige uitlating kan echter de fiscale vereenzelviging van een certificaat met een daarmee corresponderend kunstvoorwerp uitsluitend worden bezien vanuit de aan de ratio van een regeling gerelateerde administratievoorwaarden. Deze algemeen geldende formule wordt nader gekleurd door het bijzondere karakter van dergelijke investeringen. Bij niet ter belegging aangehouden kunst zal immers, in tegenstelling tot andere vormen van sparen en beleggen, sprake zijn van een emotionele band van de kunstbezitter met 'zijn' investering. De esthetische waarde van dit kunstbezit prevaleert in vrijwel alle gevallen boven het (gehoopte) rendement.⁵³ Een certificaathouder lijkt deze extra dimensie te missen. Het certificaat zelf, het papier waarin dit

46 Voor een historisch overzicht van denkwijzen, zie S.J.C.Hemels, 'Fiscale kunsten: belastingheffing over kunst in de Wet inkomstenbelasting 2001', WFR 2002, blz. 274.

47 Uiteraard zouden de administratievoorwaarden hem het directe gebruiksrecht kunnen verschaffen, dit is geenszins gebruikelijk.

48 De vrijstelling van art. 5.8 Wet IB 2001 ziet ook op voorwerpen van wetenschap. Ter bevordering van het leestempo van de lezer dezes zal ik dergelijke vermogensbestanddelen niet afzonderlijk benoemen.

49 "Verder zou, zonder nadere regeling, een onroerend voorwerp van kunst in de grondslag van het forfaitaire rendement worden gerekend (...). Dit zou belastingplichtigen kunnen afremmen in de aanschaf van onroerende voorwerpen van kunst", Kamerstukken II 1998-1999, 26 727, nr. 3, blz. 240.

50 Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 7 april 2006, nr. AFP2006/190U.

51 Kamerstukken I 1999/2000, 26 727, nr. 202a, blz. 66.

52 Brief Staatssecretaris van Financiën van 7 april 2006, nr. AFP2006/190U.

53 Kunst is een risicovolle investering. De door analytici voorgespiegelde rendementen geven bovendien een sterk versluisd beeld. Bij deze rendementsberekeningen wordt immers geen rekening gehouden met de zeer hoge transactiekosten van kunst (tot 30%!) en evenmin met de kosten van advies, opslag en beheer.

vorderingsrecht belichaamd is, kan uiteraard niet kwalificeren als een voorwerp van kunst. Bovendien zal een certificaathouder in de regel niet kunnen beschikken over het directe 'gebruiksgenot' van de kunst. Van fiscale vereenzelving kan dan slechts sprake zijn indien de administratievoorwaarden toestaan dat de gecertificeerde kunst zich bevindt in de directe omgeving van de certificaathouder zelf of indien deze gecertificeerde kunst(collectie) aan bijvoorbeeld een museum ter beschikking wordt gesteld.⁵⁴ Toepassing van de kunstvrijstelling voor andere certificaathouders lijkt uitgesloten, althans op het eerste oog. Nu de doelstelling van deze faciliteit evenwel gericht is op het behoud en bevorderen van particulier kunstbezit, bepleit ik een ruimere visie. Juist de summier omschreven strekking biedt namelijk ruimte voor het standpunt dat certificering daaraan niet in de weg hoeft te staan of, sterker nog, zelfs als waarborg kan dienen voor deze beleidsmatige ambitie. Het via certificering in kleinschalig (familie)verband in standhouden van een samenhangende kunstcollectie is immers een probaat vehikel voor het behoud van particulier kunstbezit. De ten onrechte als constructie aangeduide certificering voorkomt immers dat de collectie opgedeeld zou worden bij bijvoorbeeld het overlijden van de mecenas. Indien certificering wordt benut om een kunstcollectie in stand te houden of te vergroten, dient ook deze certificaathouder in aanmerking te komen voor de vrijstelling.⁵⁵ Mogelijke uitwassen kunnen immers afdoende bestreden worden met de beleggingstoets die ten doel heeft constructieachtige situaties onder de vermogensrendementsheffing te brengen.⁵⁶ Dat het in de praktijk voor inspecteurs geen sinecure zal zijn deze beleggingsintentie aannemelijk te maken, kan en mag niet gelden als argument om de hierboven geschetste toegangen tot de kunstvrijstelling botweg te barricaderen voor de certificaathouder.

5.1.3 Vrijstelling voor 'beleggingen met een smaakje'

Het laatste te bespreken fiscale 'snoepje' betreft de bijzondere beleggingen. De Wet IB 2001 hanteert een tweetal fiscale kaderfaciliteiten voor dergelijke 'beleggingen met een smaakje'. De wetgever onderscheidt daarbij twee variëteiten: de maatschappelijke beleggingen en de (in)directe beleggingen in durfkapitaal. De vrijstelling voor maatschappelijke beleggingen ziet op aandelen in, winstbewijzen van en geldeningen aan bij ministeriële regeling aangewezen 'groene' en 'sociaal-ethische' fondsen (hierna gecombineerd aangeduid als maatschappelijk fonds).⁵⁷ De kaderregeling voor durfkapitaal betreft enerzijds beleggingen in durfkapitaal (Agaathleningen en Agaathfondsen) en anderzijds de deelname in cultuurfondsen. Nu structuur, vormgeving en omvang van de fiscale vrijstelling voor beide kaderregelingen volledig spiegelbeeldig is, belicht ik alleen de kaderregeling inzake maatschappelijke beleggingen.

De vrijstelling voor maatschappelijke beleggingen beoogt het maatschappelijk draagvlak te vergroten voor het milieu-, natuur- en bosbeleid en voor projecten in ontwikkelingslanden.⁵⁸ De wetgever wil de betrokkenheid van burgers bij dergelijke maatschappelijke projecten stimuleren door hun financiële deelname fiscaal te ondersteunen. De verstrekte fiscale subsidie is tweeledig: enerzijds wordt het belang in dergelijke beleggingsfondsen tot een bepaald maximum vrijgesteld van de vermogensrendementsheffing, anderzijds wordt een extra heffingskorting toegekend.⁵⁹ Beide faciliteiten beogen het rendementsverschil met 'gewone' beleggingen te verkleinen: de invalshoek is dus materieel-economisch. De Staatssecretaris vereist evenwel ook voor toepassing van deze vrijstelling het bezit van de volle eigendom van dergelijke beleggingen. Een certificaathouder die geen zitting heeft in of zeggenschap over het stichtingsbestuur ontbeert de kennelijk benodigde machtspositie.⁶⁰ De juistheid van die overweging lijkt me nauwelijks denkbaar. Het is zeer de vraag of en in hoeverre de positie van de volle eigenaar van 'maatschappelijke' aandelen materieel gezien afwijkt van die van een certificaathouder. Nu de wetgever zeer strikte eisen stelt aan ondermeer het

54 Er is geen enkele reden de uitbreiding van lid 2 van art. 5.8 Wet IB 2001 te reserveren voor uitsluitend volle eigendom van kunst. Ook bij een terbeschikkingstelling van kunst aan musea e.d. ontbreekt immers het directe genot.

55 Niet vereist daarbij is dat deze particulier ook civieljuridische beschikkingsmacht of zeggenschap bezit: juist de deskundigheid van het (afgezonderde) bestuur van de stichting bevordert de instandhouding en eventuele uitbreiding van de collectie. Indien sprake is van vererving van een gecertificeerde kunstcollectie zullen de erfgenamen doorgaans deze deskundigheid ontberen.

56 Vergelijk Vierde NvW, Kamerstukken II 1999/200, 26 727, nr. 89, blz. 15.

57 Het particuliere bezit van een graslandje dat dient als broedplaats voor vogels kwalificeert derhalve niet voor de vrijstelling, zoals pijnlijk duidelijk werd uit de uitspraak van Hof Arnhem van 11 augustus 2005, LJN AU1970.

58 MvT, Kamerstukken II 1998/1999, 25 727, nr. 3, blz. 242-243 inzake groene beleggingen en NV, Kamerstukken II 2000/01, 27 431, nr. 7, blz. 42-43 inzake amendement Vendrik nr. 68 (sociaal-ethische projecten).

59 Maatschappelijke beleggingen zijn vrijgesteld tot een gezamenlijk maximum van € 53.421 per persoon (2007). De extra heffingskorting bedraagt 1,3% van het gemiddelde van dit vrijgestelde bedrag. De fiscale rendementsverhoging bedraagt derhalve in totaal 2,5%.

60 Houders van ter beurze genoteerde certificaten beschikken wel degelijk over een naar eigen inzicht uit te oefenen stemrecht, zie art. 2.118a Boek 2 Burgerlijk Wetboek.

beleggingsbeleid van instellingen die willen kwalificeren als aangewezen fonds⁶¹, is de zeggenschap van een individuele belegger in dergelijke fondsen zodanig ingeperkt dat ook bij de volledige eigendom van aandelen nauwelijks sprake is van enige concrete macht over of beschikkingsbevoegdheid inzake het in de fondsen belegde vermogen. Deze ernstig gemankeerde machtspositie wordt nog eens versterkt door het aan deze faciliteit verbonden maximaal vrij te stellen bezit: het procentuele belang van een individuele aandeelhouder in een maatschappelijke fonds is immers verwaarloosbaar klein.⁶² De meerwaarde van het bezitsvereiste van de juridische eigendom ontbreekt bij dergelijke fondsen dan ook volledig. Voor concretisering van het na te streven doel is stemgerechtigdheid evenmin vereist. Bij toetsing van de toegang tot de vrijstelling voor maatschappelijke beleggingen dient daarom de economische eigendom te prevaleren. Daarom dient, gezien de ratio van de regeling, ook een certificaathouder zonder zeggenschap in aanmerking kunnen komen voor toepassing van de fiscale kaderfaciliteiten.⁶³ Uit de administratievoorwaarden dient dan wel te blijken dat hij het volledige economische belang heeft van de onderliggende aandelen in een erkend maatschappelijk fonds.

Uit het voorgaande is gebleken dat het ontbreken van de volle eigendom niet noodzakelijkerwijs de toegang tot een fiscale vrijstelling in box 3 behoeft te belemmeren. Zoals aangegeven dienen daartoe de administratievoorwaarden gespiegeld te worden aan de ratio van een regeling. Indien uit dit onderzoek volgt dat geen fiscale vereenzelving optreedt, zal het tot de rendementsgrondslag behorende certificaat gewaardeerd moeten worden.

5.2 Waardering van certificaten in box 3

Bij de waardering van tot de rendementsgrondslag behorende bezittingen en schulden geldt de waarde in het economisch verkeer op beide peildata als uitgangspunt. De destijds onder de Wet VB 1964 gewezen en ontwikkelde jurisprudentie en doctrine dient daarbij als leidraad.⁶⁴ De in fiscalibus geldende waarde van certificaten wordt daarom vastgesteld op de verkoopprijs, zijnde de prijs die bij aanbidding van dit vermogensbestanddeel ten verkoop op de meest geschikte wijze en na de beste voorbereiding door de meestbiedende koper besteed zou worden.⁶⁵ Mocht uit de ratio van een bepaling en de inhoud van administratievoorwaarden voortvloeien dat sprake is van een fiscaalrechtelijke vereenzelving, dan heeft deze conclusie uiteraard ook gelding voor de waardering van het certificaat. Neemt het certificaat evenwel een fiscale positie in die afwijkt van de status van het onderliggende vermogen, dan zal ook de waardering los daarvan bezien moeten worden. Dat vereist niet alleen de logica maar ook de noodzakelijke onderlinge samenhang van bepalingen in box 3. Desalniettemin lijkt de Staatssecretaris zich te willen onttrekken aan deze slotsom. In het Besluit van 19 december 2002⁶⁶ (hierna: Certificeringsbesluit 2002) merkt hij op dat het nog de vraag is of het ontbreken van beschikkingsmacht over gecertificeerd vermogen wel leidt tot een waardedruk en zo ja, wat dan die waardedrukkende factor is. Indicatie van een mogelijke denkrichting wordt vermeden. Helder is slechts de mededeling dat over deze kwestie vooraf geen zekerheid wordt gegeven “in gevallen waarin de ouders de zeggenschap over het vermogen in wezen niet of slechts ten dele (gaan) overdragen, of in gevallen waarin bijvoorbeeld de werking van de terbeschikkingsstellingsregeling (...) of bepalingen van de Successiewet 1956 worden gefrustreerd”. In ieder geval wordt niet ontkend dat ook het waarderingsvraagstuk een maatbenadering vereist: een fiscaal niet te vereenzelvigen certificaat dient op basis van haar eigen merites beoordeeld en gewaardeerd te worden.

5.2.1 De invloed van inperkende administratievoorwaarden

Het waarderingsvraagstuk speelt met name voor een certificaathouder op het tweede en verdere niveau: degene die de certificaten anders dan door vermogensoverdracht heeft verkregen. Ten aanzien van de overdrager van het te certificeren vermogen zal doorgaans, zoals geschetst in onderdeel 2.1, de waarde van de certificaten overeenstemmen met de waarde van het daaraan ten grondslag liggende vermogen. Voor andere certificaathouders zal bezien moeten worden of en in

61 Zie onder meer de artikelen 28 en 29 Uitvoeringsregeling Inkomstenbelasting 2001.

62 Indien een maatschappelijke belegger deelneemt tot het maximum van zijn fiscale vrijstelling zou zijn belang in bijvoorbeeld het Triodos Groenfonds slechts 0,011% zijn (gebaseerd op cijfers juli 2007).

63 Certificering van aandelen in kaderfondsen is (nog) geen realiteit: de praktijk vreest immers het verlies van de voor de beleggers geldende fiscale vrijstellingen. Deze remmende werking van beleidsmatige uittalingen van de Staatssecretaris als medewetgever valt te betreuren.

64 MvT, Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, blz. 246-247.

65 Zie het voor de vermogensbelasting gewezen arrest van 5 februari 1969, BNB 1969/63. Deze omschrijving is ook gevolgd in het voor de Successiewet gewezen arrest van 20 juni 1962, BNB 1962/273.

66 Besluit van 19 december 2002, nr. CPP2002/3210M.

welke mate de eventueel uit certificering voortvloeiende beperkingen verdisconteerd moeten worden in de waarde in het economisch verkeer van de certificaten. Ik schets achtereenvolgens de invloed van bepalingen betreffende de overdraagbaarheid, het al dan niet royeerbaar zijn van de certificaten en de mogelijk ingeperkte zeggenschap van de certificaathouder.

5.2.1.1 Beperkingen in de overdraagbaarheid

Indien een stelsel de verkoopwaarde hanteert als toetssteen voor de waarde in het economisch verkeer kan een beperking in de overdraagbaarheid de waarde van het aldus geblokkeerde vermogen beïnvloeden. Nu evenwel de wetgever uitdrukkelijk heeft voorgeschreven dat met de last van fideï-commis geen rekening mag worden gehouden bij de waardering van vermogen⁶⁷, zou daaruit afgeleid kunnen worden dat minder vergaande beperkingen in de beschikkingsbevoegdheid evenmin in acht genomen kunnen worden. Deze gevolgtrekking wordt onderschreven door het arrest van de Hoge Raad van 22 juni 1955, BNB 1955/283, waarin ten aanzien van onder beheer gesteld vermogen geoordeeld werd dat deze last minder ver strekt dan de bezwaring met fideï-commis zodat een waardedrukkend effect ontbreekt. In dezelfde zin oordeelde de Hoge Raad in het arrest van 22 januari 1958, BNB 1958/89, ten aanzien van onder bewind gesteld vermogen. Het fiscaal negeren van dergelijke op het vermogen drukkende lasten berust echter mede op de fiscale positie van de verwachter, hetgeen bij certificering minder in de rede ligt. De klare lijn uit deze jurisprudentie kan daarom niet volledig worden doorgetrokken naar andersoortige blokkeringsbepalingen, zoals onder meer blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 25 oktober 1972, BNB 1973/46. Bij de waardebepaling van een buitenlands geblokkeerd tegoed werd deze beschikkingsbeperking wel verdisconteerd.⁶⁸ Toch mag daaruit niet worden afgeleid dat dergelijke blokkeringsbepalingen de waarde van een certificaat altijd negatief zouden beïnvloeden. Deze conclusie lijkt slechts toepasbaar op uitzonderingsgevallen: ook indien de certificaten slechts in beperkte kring overdraagbaar zouden zijn, dan nog zullen de waardemutaties van het onderliggende vermogen uiteindelijk toekomen aan de certificaathouder. Ook in de voor de vermogensbelasting gewezen jurisprudentie is met betrekking tot de wettelijke blokkeringsclausule veelvuldig aangenomen dat deze beperkingen niet de waarde van de betreffende aandelen beïnvloedt.⁶⁹ Traditioneel zal dus aan beperkingen ten aanzien van de overdraagbaarheid weinig tot geen waardedrukkende invloed toegekend kunnen worden. Dit is slechts anders als de verkoopprijs door de betreffende clausule wordt gemitigeerd of vooraf dwingend is vastgesteld. In laatstgenoemde situatie zullen evenwel op de peildatum de kansen op voor- en nadeel tegen elkaar afgewogen moeten worden.

5.2.1.2 Beperkingen ten aanzien van de royeerbaarheid

De mate van royeerbaarheid en de voorwaarden waaronder gedecertificeerd kan worden kan eveneens medebepalend zijn voor de waarde in het economisch verkeer: een koper is doorgaans eerder bereid tot overname van de certificaten indien hij middels decertificering rechtstreeks kan beschikken over het daaraan ten grondslag liggende vermogen. Voor de omvang van deze neerwaartse druk zijn echter geen algemene regels te geven. In een zaak gewezen voor de Successiewet overwoog Hof Amsterdam dat bij het legateren van een pakket niet-royeerbare certificaten de afwaardering uit hoofde van deze wijze van certificering in goede justitie kon worden gesteld op 10%.⁷⁰ Aangezien daarbij sprake was van een aan het Hof voorbehouden waardering van feitelijke aard heeft de Hoge Raad over deze correctiefactor uiteraard geen oordeel heeft geveld.⁷¹ Door het ontbreken van vergelijkbare rechtspraak kan deze uitspraak niet als leidraad worden beschouwd bij de vaststelling van een eventuele waardedrukkende factor. Als certificaten niet royeerbaar zijn maar wel overdraagbaar, lijkt er overigens geen reden te zijn voor een afwaardering.

5.2.1.3 Beperkingen in de zeggenschap

Tot slot kan ook het al dan niet bezitten van zeggenschapsrechten voor de waardebepaling van betekenis zijn. De waarde van certificaten is immers niet alleen gerelateerd aan het over te dragen

67 Art. 5.4 lid 6 Wet IB 2001 schrijft voor dat de fideï-commissair bezwaarde belast wordt alsof hij de volle eigenaar is.

68 De door de Staatssecretaris als cassatiemiddel aangevoerde verwijzing naar de minder vergaande beperking van deze blokkering ten opzichte van de last van fideï-commis strandde.

69 Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie de Vakstudie Vermogensbelasting, aantekening 440 op art. 9. Ik merk op dat een groot deel van deze rechtspraak gebaseerd is op de beschermende werking van de terzake geldende (wettelijke) blokkeringsregeling. Nu het opnemen van een beperking in de overdraagbaarheid van certificaten niet altijd wortelt in de behoefte de certificaathouders te beschermen, dient ook deze rechtspraak genuanceerd te worden toegepast.

70 Hof Amsterdam 24 februari 1995, LJN AA4573, FED 1995/393.

71 Hoge Raad 3 april 1996, BNB 1996/181. Ten onrechte meldt de Redactie Vakstudie Nieuws later dat de Hoge Raad het eens zou zijn met de door het Hof vastgestelde waardedrukkende effect, zie VN 2003/5.24.

economische belang, maar hangt ook samen met een eventuele machtspositie.⁷² Indien toegang tot de zeggenschap voor de certificaathouder duurzaam is afgegrensd en om die reden van fiscale vereenzelving geen sprake zou zijn, heeft deze machtscomponent kennelijk een waarde. Vooral de (on)mogelijkheid om via zeggenschap eventuele beperkingen in royeerbaarheid of overdraagbaarheid op te heffen of te wijzigen speelt daarbij een rol. De terzake voor de vermogensbelasting gewezen jurisprudentie ziet grotendeels op de waardering van certificaten van incurante aandelen. Aangezien een aandelenpakket in box 3 in vrijwel alle gevallen een minderheidsbelang zal betreffen dient bij de bepaling van de waarde in het economisch verkeer de rendementswaarde, de zogenoemde dividendverwachting, als een passende waarderingsmaatstaf.⁷³ Voor zo'n minderheidsbelang heeft de beperking die certificering aanbrengt in de zeggenschap doorgaans weinig reële betekenis.⁷⁴ De rendementswaarde van een gecertificeerd aandeel zal daarom niet noemenswaardig afwijken van de rendementswaarde van het achterliggende aandeel. Deze regel verdient nuancering in situaties waarin de administratievoorwaarden de overdrachtsprijs mitigeren of bevriezen, zoals hiervoor in onderdeel 5.2.1.1 is besproken. De waarde van de certificaten kan onder deze omstandigheden afwijken van de (rendements)waarde van de bij de certificering betrokken aandelen.

Geconcludeerd kan worden dat ook in niet-fiscaal transparante situaties de administratievoorwaarden niet veronachtzaamd kunnen worden bij de bepaling van de waarde in het economisch verkeer. Indien deze voorwaarden dermate belemmerend blijken dat een waardering parallel aan die van de onderliggende vermogensbestanddelen niet (meer) reëel zou zijn, kan sprake zijn van een waardedrukkend effect van certificering.⁷⁵ Bij de bepaling van de omvang van deze effecten komt uiteindelijk aan het waardeoordeel van het Hof als hoogste feitenrechter de belangrijkste plaats toe.

6. Overige fiscaalrechtelijke consequenties verbonden aan certificering

Een fiscaal overzicht van de in de praktijk voorkomende vormen van certificering vereist ook een korte schets van de successierechtelijke gevolgen van deze gedeelde eigendom van vermogen. Bovendien zal kort de overdrachtsbelasting ter sprake komen.

6.1 Schenking van certificaten

Door de schenking van certificaten verrijkt uiteraard de begiftigde. Voor de heffing van het verschuldigde schenkingsrecht dient ook dan de waarde van de geschonken certificaten bepaald te worden met inachtneming van de beperkingen die aan de certificaathouder worden opgelegd ten aanzien van de overdraagbaarheid, de al dan niet royeerbaarheid van de certificaten en de zeggenschap.

In het Certificeringsbesluit 2002 spreekt de Staatssecretaris over certificaten die niet of zeer beperkt royeerbaar zijn en bovendien zijn voorzien van zo vérgaande blokkeringsclausules dat verzilvering of vervreemding door de houder praktisch onmogelijk is. Als de administratievoorwaarden inderdaad zo beperkend zijn dat hieruit moet worden afgeleid dat de certificaathouder niet in staat zal zijn om de waardeveranderingen te 'cashen', moet worden aangenomen dat de certificaten slechts een genotsrecht representeren en de 'blote eigendom' bij de stichting berust. Dit doet zich voor als de stichting alleen de revenuen hoeft uit te keren aan de certificaathouders. De schenking bedraagt dan niet meer dan het genotsrecht van het onderliggende vermogen. De certificaathouder verrijkt niet met meer en moet dan ook niet voor meer worden belast. De waardeveranderingen van het gecertificeerde vermogen komen dan toe aan de stichting. Indien later de niet royeerbaarheid of beperkingen in de overdraagbaarheid komen te vervallen, vindt op dat moment een schenking plaats ter grootte van de 'blote eigendom' door de stichting aan de certificaathouder. Vaak zal deze situatie zich niet voordoen. Ook de waardeveranderingen van het gecertificeerde vermogen komen immers – meestal – toe aan de certificaathouders. Ook bij een beperkte overdraagbaarheid van de certificaten zal per saldo de opbrengt van het door de stichting te gelde gemaakte vermogen uitgekeerd moeten worden aan de certificaathouders. Zoals in paragraaf 5.2.1 is betoogd zal daarom slechts in uitzonderingsgevallen een waardedrukkend effect uitgaan van dit aspect van certificering.

72 In gelijke zin inzake aandelen: L.W. Sillevius en M.L.M. van Kempen, t.a.p., blz. 787.

73 Vergelijk bv. Hof Arnhem 22 oktober 1968, nr. 84/1968.

74 In gelijke zin J. Hoogendoorn in zijn annotatie bij het arrest van de Hoge Raad van 18 september 1991, BNB 1992/108.

75 In gelijke zin M.B. Lucas Luijckx en M. de L. Monteiro, 'Fiscale duidelijkheid omtrent certificering van vermogen via stichtingen', Estate Planner, 2003/3, blz. 8.

6.2 Vererving van certificaten

Voor de toepassing van het successierecht is in beginsel alleen de vererving van de certificaten van belang, voorzover deze nog niet aan de kinderen zijn geschonken. In dat geval speelt dezelfde waarderingsproblematiek als hiervoor beschreven. Met betrekking tot de heffing van successierecht zou dus niet veel te melden zijn als de Staatssecretaris in zijn Certificeringsbesluit 2002 niet het volgende had opgemerkt:

“Van geval tot geval zal daarom moeten worden beoordeeld of er een genot in de zin van artikel 10 van de Successiewet ontstaat en in hoeverre de verkrijgers van de certificaten zijn bevoordeeld”.

Vager kan het haast niet. Blijkens het kopje boven deze opmerking – ‘Schenking certificaten’ - lijkt het erop dat de Staatssecretaris ruimte ziet om de (eerder geschonken) certificaten aan de kinderen bij het overlijden van de ouder te scharen onder de fictieve verkrijgingen van artikel 10 Successiewet (hierna: SW). Er moet dan sprake zijn van een voorbehouden genotsrecht ‘in verband met’ de schenking van deze certificaten. Deze uitzonderlijke situatie zou zich voor kunnen doen indien de ouder zich, tot aan het overlijden, de revenuen van de certificaten zou voorbehouden. Ook zou gedacht kunnen worden aan de eveneens on-alledaagse situatie waarin de ouder slechts de blote eigendom van het vermogen heeft gecertificeerd en de certificaten vervolgens aan de kinderen heeft geschonken. Weliswaar is met de schenking van de certificaten geen sprake van een schenking van het in de stichting ondergebrachte vermogen, maar niet uitgesloten is dat onder bijzondere omstandigheden de stichting kan worden vereenzelvigd met de kinderen.⁷⁶ Ook een feitelijk genot voor de ouders van het gecertificeerde vermogen is dan voldoende voor de toepassing van artikel 10 SW.⁷⁷ In alle andere gevallen zie ik echter geen enkele ruimte om deze bepaling toe te passen, ook niet als de revenuen van het gecertificeerde vermogen niet onmiddellijk aan de certificaathouders worden doorgegeven maar tijdelijk in de stichting blijven. Toepassing van artikel 10 SW ligt evenmin voor de hand indien tot het moment van overlijden van de ouders geen enkele uitkering aan de certificaathouders zou zijn gedaan: ook dan zijn immers de certificaathouders bij uitsluiting bevoegd om te beschikken over de opgepotte opbrengsten en waarden van de gecertificeerde vermogensbestanddelen.⁷⁸ Uit het voorgaande volgt dat artikel 10 SW alleen van toepassing kan zijn als de ouder zich, tot aan zijn overlijden, het genotsrecht van het gecertificeerde vermogen of van de certificaten heeft voorbehouden. In alle andere gevallen wordt niet aan de toepassing van dit artikel toegekomen. De zeggenschap die de erflater zich als lid van het bestuur van de stichting heeft voorbehouden, is niet voldoende om een genotsrecht aan te nemen.⁷⁹

6.3 Overdrachtsbelasting

Bij de (de)certificering van een onroerende zaak dient rekening gehouden te worden met het feit dat de levering van een onroerende zaak aan een stichting in ruil voor certificaten voor de overdrachtsbelasting wordt beschouwd als een belastbare verkrijging door de stichting.⁸⁰ De daarop volgende uitgifte van certificaatrechten is vervolgens te beschouwen als de verkrijging van economische eigendom van een onroerende zaak.⁸¹ In de toelichting overdrachtsbelasting is goedgekeurd dat alleen ter zake van de juridische verkrijging door de stichting overdrachtsbelasting wordt geheven indien en voorzover de certificaten worden uitgereikt aan de oorspronkelijke eigenaar van de onroerende zaak. Hierbij moet worden opgemerkt dat ook slechts eenmaal wordt geheven ingeval de certificaten worden verkregen binnen een termijn van zes maanden na de overdracht van de onroerende zaak.⁸² Een eventuele schenking van de certificaten aan de kinderen is vervolgens vrijgesteld.⁸³

6.3.1 Certificering van aandelen in een onroerende zaaklichaam

Een bijzondere situatie doet zich voor bij de certificering van aandelen in een onroerende zaaklichaam.⁸⁴ Ook dan is in beginsel sprake van twee elkaar opvolgende belastbare feiten. In zijn

76 Voor een voorbeeld verwijs ik naar Hof Amsterdam 2 april 1990, PW 19 866.

77 Zie H.P.W.M. Peeters en J.A.L.J. Vermeulen, ‘Gecertificeerd schenken. Moet het cadeau verplicht uitpak worden?’, FTV, januari 2004, blz. 22, die als voorbeeld noemen gecertificeerde schilderijen die zonder enige vergoeding bij de ouders aan de muur hangen.

78 Zoals H.P.W.M. Peeters en J.A.L.J. Vermeulen, t.a.p., blz. 21, zeer terecht opmerken.

79 In dezelfde zin H.P.W.M. Peeters en J.A.L.J. Vermeulen, t.a.p., blz. 20.

80 Veronderstellende dat de betreffende onroerende zaak in Nederland is gelegen.

81 In de zin van art. 2, lid 2, Wet Belastingen op Rechtsverkeer 1970.

82 Zie het bepaalde in art. 13, lid 1 Wet op Belastingen van Rechtsverkeer 1970 (hierna: WBRV).

83 Zie de vrijstelling van art. 15, lid 1, onderdeel d WBRV. Hierbij dient uiteraard wel de bepaling van art. 24, lid 3 SW in acht genomen moet worden.

84 In de zin van art. 4 Wet Belastingen op Rechtsverkeer 1970.

Besluit van 9 augustus 2007⁸⁵ heeft de Staatssecretaris goedgekeurd dat heffing van overdrachtsbelasting achterwege blijft indien de certificaten kunnen worden vereenzelvigd met de ingebrachte aandelen. Deze faciliteit reikt dus verder dan de hierboven geschetste tegemoetkoming bij de certificering van een onroerende zaak: in de laatste situatie is de stichting immers overdrachtsbelasting verschuldigd terwijl deze heffing bij certificering van aandelen in een onroerende zaaklichaam volledig achterwege kan blijven. Nu de daarbij gestelde voorwaarden volledig overeenstemmen met de condities in het Besluit 2006 verwijs ik korthedshalve naar de beschrijving daarvan in paragraaf 4.1. Overigens eindigt ook het Besluit inzake de overdrachtsbelasting met dezelfde nietszeggende toevoeging dat overigens de statuten en administratievoorwaarden of andere overeenkomsten geen bepalingen mogen bevatten, welke vereenzelving van de certificaten met de aandelen zouden verhinderen.

Nog opgemerkt dient te worden dat het Besluit inzake de overdrachtsbelasting, in tegenstelling tot het prototype uit 2006 inzake de aanmerkelijkbelangheffing, niet gezien kan worden als een interpretatieve uitlating. Doel en strekking van de overdrachtsbelasting is immers het in de heffing betrekken van de verkrijging van een in Nederland gelegen onroerende zaak. Aangezien de stichting bij certificering aandelen verkrijgt die met onroerende zaken worden gelijkgesteld, vormt deze verkrijging een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Ook de uitreiking van certificaten brengt de overdracht van de economische eigendom van de betreffende aandelen met zich mee waardoor opnieuw sprake is van een belastbaar feit.⁸⁶ Het achterwege laten van de in feite verschuldigde heffing(en) duidt er op dat het besluit daadwerkelijk een goedkeuring bevat. Dit goedkeurende karakter brengt met zich mee dat het niet voldoen aan de voorwaarden zal leiden tot een verschuldigdheid van overdrachtsbelasting. De vraag die zich nog voordoet is of bij de verkrijging van certificaten die betrekking hebben op aandelen in een onroerende zaaklichaam sprake moet zijn van de verkrijging van (of uitbreiding van) een aanmerkelijk belang.⁸⁷ Die vraag moet met een volmondig 'ja' beantwoord worden: het is immers moeilijk verdedigbaar is dat bij de verkrijging van deze certificaten voor de heffing minder zware eisen zouden gelden dan bij een rechtstreekse verkrijging van dergelijke aandelen.⁸⁸

7. Tot slot

Uit het voorgaande blijkt dat de beoordeling van een eventuele fiscale vereenzelving van certificaten met het onderliggende vermogen een genuanceerde benadering vereist. De ratio van een regeling dient daarbij afgezet te worden tegen de wijze waarop in een individueel geval via de administratievoorwaarden is vorm gegeven aan het aan de certificaathouder toekomende economische belang en met name ook aan diens eventuele zeggenschap. De huidige beleidsstandpunten van de Staatssecretaris ontberen deze noodzakelijke schakering volkomen: zonder aanzien 'des rechtsfiguurs' wordt iedere vorm van gedeelde eigendom over één fiscale kam geschoren. Dat is tegengesteld aan het draagkrachtkarakter van een inkomstenbelasting die zich per definitie (zou) moet(en) richten op het microniveau. Ook de besproken anti-misbruik argumenten blijken disproportioneel en bieden door hun algemeenheid onvoldoende rechtvaardiging op deze inbreuk op het rechtvaardigheidsgehalte van ons fiscale stelsel. Bovendien wordt, wellicht in navolging van de tactiek van Frederik de Grote, achteraf getracht de juistheid en de rechtmatigheid van reeds doorgevoerde inperkingen aan te tonen.⁸⁹ Bij deze poging roept een aantal besluiten van de Staatssecretaris helaas meer vragen op dan antwoorden terwijl sommige uitlatingen eerder een oriënterend karakter lijken te hebben. In de hiervoor besproken kwesties is het dan ook de opdracht aan de rechter om de - ook aan hem toebedeelde - rechtsvormende taak in te vullen en een fijnmazig onderscheid aan te brengen in de vlakheid die de huidige beleidsstandpunten uitademen.

85 Nr. CPP2007/1355M. Dit besluit is een actualisering van (o.a.) het besluit van 27 december 1988, nr. IB88/1084.

86 Heffing wordt dan slechts verzacht door de werking van art. 13, eerste lid WBRV 1970.

87 Zoals bedoeld in het derde lid van art. 4 Wet Belastingen Rechtsverkeer 1970.

88 In gelijke zin R.T.G. Verstraaten, 'Certificering en decertificering van (fictieve) onroerende zaken en overdrachtsbelasting', Stichting & Vereniging 2001-2, blz. 33. Ook de decertificering van onroerende zaken wordt uitgebreid beschreven in dit artikel. De fiscale gevolgen daarvan illustreert Verstraaten met verschillende voorbeelden.

89 Deze Pruisische heerser had de - kennelijk aanstekelijke - gewoonte om ná de verovering van een gebied enige bekwame juristen te raadplegen en hen op te dragen aan te tonen dat het reeds toegeëigende gebied hem ook rechtens toekwam.