

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
Commissie Wetsvoorstellen

mr. drs. S.A.W.J. Strik
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
mr. R.F. Berck
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 12 oktober 2009

Betreft: Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het rondetafelgesprek van 23 september 2009 en de tweede nota van wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten (vereenvoudiging bedrijfsopvolgingsregeling en herziening tariefstructuur in de Successiewet 1956, alsmede introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen in de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956) (31930)

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) blijft de voortgang van het wetsvoorstel Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten (31930, hierna 'het Wetsvoorstel') met grote belangstelling volgen. Op 23 september 2009 heeft de Orde deelgenomen aan een rondetafelgesprek met de vaste commissie voor Financiën. In het eerste deel van dit commentaar geeft de Orde de tijdens het rondetafelgesprek toegezegde opsomming van de verschillende regelingen waarin zij materiële terugwerkende kracht constateert. Het moge duidelijk zijn dat de Orde zeer veel moeite heeft met terugwerkende kracht van wetgeving, zeker in situaties waarin aanpassingen aan de nieuwe wetgeving niet meer mogelijk zijn en zelfs dubbele heffing kan optreden.

Voorts geeft tweede nota van wijziging bij het Wetsvoorstel aanleiding tot een kort commentaar. Dit commentaar is opgenomen in deel II. Daarin wordt voorts aandacht besteed aan een uit de praktijk blijkende onduidelijkheid naar aanleiding van een uitspraak van de staatssecretaris in de nota naar aanleiding van het nader verslag.

De Orde is teleurgesteld dat een behoorlijk aantal van haar gestelde vragen (nog) niet is beantwoord, zoals bijvoorbeeld vragen met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsregeling en de regeling voor SBBI's.

Echter, gegeven het punt dat is bereikt in de parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel, kiest de Orde er voor om in dit commentaar op deze punten niet nogmaals terug te komen, maar de aandacht met name te vestigen op de ontoelaatbare materiële terugwerkende kracht in het Wetsvoorstel.

Deel I: materiële terugwerkende kracht

De bedoelde materiële terugwerkende kracht leidt ertoe dat de fiscale gevolgen van de hierna te omschrijven situaties, die vóór de inwerkingtreding van de gewijzigde Successiewet 1956 tot stand zijn gekomen, andere fiscale gevolgen met zich brengen dan waar partijen vanuit gegaan zijn. Uitgangspunt voor hen is namelijk de fiscale regelgeving zoals deze ten tijde van het tot stand komen van de betreffende situatie luidt. De wijziging van de successiewetgeving heeft zonder gepast overgangsrecht, ook gevolgen voor situaties die voor de inwerkingtreding van de wijziging zijn voltooid.¹ Hierbij dient bedacht te worden dat het lang niet altijd mogelijk is passende maatregelen te treffen om in te spelen op deze gewijzigde gevolgen. Als voorbeeld noemt de Orde in dit kader testamenten die vanwege de veranderde geestesgesteldheid van de testateur niet meer kunnen worden gewijzigd.

De Orde benadrukt het belang van een goede afweging tussen de “gerechtvaardigde verwachtingen” van belastingplichtigen enerzijds en het introduceren van nieuw beleid door de wetgever anderzijds. Naar de mening van de Orde is dat voor wat betreft de materiële terugwerkende kracht van het onderhavige Wetsvoorstel onvoldoende gebeurd.

Hierna volgt een opsomming op hoofdlijnen van de elementen van materiële terugwerkende kracht die zich in het Wetsvoorstel kunnen voordoen. De Orde heeft bewust gekozen voor een korte en bondige opsomming. Daarbij heeft zij getracht zo volledig mogelijk te zijn, echter zij sluit niet uit dat er ook andere situaties denkbaar zijn die zij niet heeft genoemd, maar wel een zekere materiële terugwerkende kracht hebben. Het commentaar is artikelsgewijs opgebouwd.

ARTIKEL I: Successiewet 1956 (hierna SW)

A

Artikel 1, negende SW 1956: schenking onder opschortende voorwaarde

In het Wetsvoorstel is een geheel nieuwe benaderingswijze van de schenking onder opschortende voorwaarde voorgesteld. Hierbij wordt de schenking onder opschortende voorwaarde voor de toepassing van de Successiewet 1956 geacht fictief tot stand te komen op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld. Als gevolg van het wijzigen van het fiscale totstandkomingsmoment ten opzichte van het civielrechtelijke moment, kunnen de fiscale gevolgen van schenkingen onder opschortende voorwaarde die vóór 1 januari 2010 tot stand zijn gekomen en voltooid zijn, geheel anders zijn dan waar de schenker destijds vanuit is gegaan. In dit kader verwijst de Orde naar haar tweede commentaar op de Nota naar aanleiding van het verslag en de nota van wijziging ingediend bij gewijzigde Successiewet 1956.

¹ Proefschrift van M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen. Een rechtstheoretisch en positiefrechtelijk onderzoek naar een methode voor vorming van wettelijk overgangsrecht in het belastingrecht*, SDU, Amersfoort, 2009.

De materiële terugwerkende kracht kan in de voorgestelde regeling eenvoudig ongedaan worden gemaakt door overgangsrecht op te nemen inhoudende dat de betreffende fictie slecht van toepassing is voor schenkingen die (civielrechtelijk) tot stand zijn gekomen na 1 januari 2010.

H

Artikel 9 SW 1956: fictie rente op onderbedelingsvordering krachtens erfrecht

Indien op geldvorderingen die zijn ontstaan als gevolg van een verkrijging krachtens erfrecht een rente wordt vergoed die hoger is dan zes procent samengesteld, wordt het deel van de rente dat uitgaat boven de genoemde zes procent samengesteld bij het overlijden van de schuldenaar (doorgaans de langstlevende ouder) in de heffing van erfbelasting betrokken.

De Orde merkt op dat in genoemd artikel geen uitzondering is opgenomen voor bestaande rentevergoedingen, zodat ook deze onder de werking van bedoeld artikel vallen.

I

Artikel 10 SW 1956: fictie genotsrechten

Ten aanzien van het voorgestelde artikel 10 SW 1956 constateert de Orde een materiële terugwerkende kracht op de volgende punten:

Ik-opa testament

Het "ik-opa testament". Hierbij wordt niet voorzien in een teruggave (dan wel verrekening) van de eerder door het kleinkind betaalde erfbelasting. In de situatie dat opa is overleden of niet meer in staat is zijn testament te wijzigen werkt de voorgestelde wetgeving terug. Een teruggaaf of verrekening kan deze terugwerkende kracht verzachten.

Gesplitste aankoop vruchtgebruik/blote eigendom

Situaties waarbij sprake is van een zogenoemde gesplitste aankoop van het vruchtgebruik door bijvoorbeeld de ouders enerzijds en de blote eigendom door de kinderen anderzijds. Onder de huidige Successiewet 1956 leiden deze situaties, indien voor de aankoop van de blote eigendom niets ten laste van het vermogen van de ouders is gegaan, niet tot toepassing van artikel 10 SW 1956. Dit is reeds beslist door de rechter in de jaren 60 van de vorige eeuw (zie HR 20 juni 1962, nr. 14.816, BNB 1963/1 en Hof Arnhem, 30 september 1966, nr. 500/196, BNB 1967/66). Onder de voorgestelde tekst is dit anders. Ook de waardeangroei die onder de huidige wet is opgekomen wordt onder de voorgestelde wetgeving belast.

Schuldigerkenning uit vrijgevigheid

De Orde is verheugd te constateren dat ter zake van schuldigerkenningen uit vrijgevigheid die zijn gedaan vóór de inwerkingtreding van de wetswijziging, rentes waarvan de betrokkenen in redelijkheid mochten aannemen dat deze zakelijk waren maar lager zijn vastgesteld dan 6%, gerespecteerd worden en niet onder de werking van artikel 10 SW 1956 vallen. Ten aanzien van schuldigerkenningen uit vrijgevigheid lijkt echter een materiële terugwerkende kracht te blijven bestaan ten aanzien van het alsnog betalen van niet betaalde (schuldig gebleven) rente.

Intrekking Resolutie 30 november 1964 (nr. D4/8981, BNB 1965/96)

In de Resolutie van 30 november 1964 is goedgekeurd dat de waarde van een onroerende zaak die behoort tot een fictieve verkrijging in de zin van artikel 10 SW 1956, niet hoger wordt gesteld dan de waarde op het tijdstip waarop de rechtshandeling, die tot toepassing van artikel 10 SW 1956 heeft geleid, plaatsvond. De intrekking van deze Resolutie heeft voor reeds tot stand gekomen situaties materiële terugwerkende kracht tot gevolg. Hierdoor wordt onder de voorgestelde wetgeving ook de waardeaan groei belast die is gerealiseerd in de periode dat de resolutie van kracht was.

Artikel 15 SW 1956: fictie renteloze/laagrentende direct opeisbare lening

Thans is voorgesteld dat bij renteloze en laagrentende leningen sprake is van een fictieve schenking in de vorm van een van dag tot dag genoten vruchtgebruik. Bestaande renteloze en/of laagrentende leningen worden hierdoor ook getroffen.

Artikel 35d SW 1956: (bezitseis) bedrijfsopvolgingsregeling

Voor de toepasselijkheid van de voorgestelde bedrijfsopvolgingsregeling wordt een bezitstermijn ingevoerd van één jaar voorafgaande aan het overlijden van de erflater. Dit betekent dat ook een erflater die in 2009 vermogensbestanddelen heeft verworven als bedoeld in artikel 35c SW 1956 (kort gezegd: een onderneming is aangevangen/heeft gekocht of een kwalificerend aandelenpakket heeft verworven) en in 2010 komt te overlijden, ook onder deze nieuwe wettelijke regeling valt.

ARTIKEL II: Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna Wet IB 2001)

A

Artikel 2.14a Wet IB 2001: afgezonderd particulier vermogen

De Orde vraagt allereerst aandacht voor haar eerdere wetscommentaren waarin zij reeds uitvoerig op dit onderwerp is ingegaan. In het kort kan de materiële terugwerkende kracht in dit kader als volgt worden omschreven. Belastingplichtigen hebben in het verleden gebruik gemaakt van buitenlandse rechtsfiguren zoals de Anglo-Amerikaanse trust. Leidraad hierbij zijn de zogenoemde trustarresten geweest. In deze arresten is de (fiscale) behandeling van een zogenoemde “irrevocable discretionary trust” verduidelijkt. In het Wetsvoorstel wordt een geheel nieuwe fiscale behandeling geïntroduceerd, die tevens van toepassing is op bestaande trustverhoudingen en daarmee vergelijkbare situaties. Het behoeft geen verdere toelichting dat hier onomstotelijk sprake is van een materiële terugwerkende kracht.

Het Wetsvoorstel voorziet slechts in een overgangsregeling voor het geval dat terzake van de inbreng Nederlands schenkingsrecht verschuldigd was. Een verrekening van eventueel in het buitenland geheven schenkingsrecht ten tijde van de inbreng is niet mogelijk. De volledige waardestijging die zich heeft voorgedaan vanaf het moment van inbreng tot het moment van inwerkingtreding van het Wetsvoorstel wordt met terugwerkende kracht in de Nederlandse belastingheffing betrokken. De Orde benadrukt dat het effect zich niet alleen manifesteert voor de heffing van erf- en schenkbelasting, maar bijvoorbeeld ook voor de heffing van inkomstenbelasting.

Niet alleen buitenlandse structuren worden getroffen met de nieuwe wetgeving maar ook Nederlandse familiestichtingen met een bescheiden vermogen. Veelal is het vermogen decennia geleden geschonken/nagelaten aan de stichting met als doel behoeftigde familieleden te voorzien in levensonderhoud of het instandhouden van een familiehuis. Als de Orde het goed begrijpt is voor deze situaties het overgangsrecht ingevoerd waarin geen toerekening plaatsvindt aan erfgenamen als het toegerekende vermogen minder is dan EUR 5.000. Uit de praktijk blijkt dat het voorgestelde overgangsrecht niet ruimhartig genoeg is waardoor de Nederlandse familiestichtingen toch onder deze anti-misbruikwetgeving vallen. Een verhoging van het bedrag van EUR 5.000 kan aan de terugwerkende kracht op dit punt tegemoetkomen.

B

Artikel 6.33 Wet inkomstenbelasting 2001: algemeen nut beogende instellingen

De Orde heeft eerder aandacht gevraagd voor de onredelijke situatie dat er geen overgangsrecht komt voor belastingplichtigen die zich via een notariële akte hebben verplicht tot het gedurende minimaal vijf jaren doen van een periodieke gift aan een tot en met 2009 gekwalificeerde ANBI. Indien deze ANBI met ingang van 1 januari 2010 door het enkel niet voldoen aan het 90% criterium achteraf gezien geen ANBI meer blijkt te zijn, vervalt de giftenaftrekmogelijkheid voor de inkomstenbelasting. Dit is naar de mening van de Orde een onaanvaardbare consequentie. Zij roept dringend op tot respecterend overgangsrecht, dan wel een bevestiging van het feit dat de schenkers in deze gevallen de periodieke uitkering voor de toekomst met een beroep op dwaling kunnen beëindigen en dat zulks geen gevolgen heeft voor de eerdere uitkeringen waarvoor wel gebruik is gemaakt van de giftenaftrekregeling.

ARTIKEL VII Natuurschoonwet 1928

A

Artikel 7: bezitstermijn

Er wordt een "verkapte" bezitstermijn ingevoerd voor NSW landgoederen. Bepaald is dat de faciliteit niet van toepassing is indien het een verkrijging betreft door degene die 5 jaar voorafgaande aan de verkrijging de onroerende zaak onder bezwarende titel heeft overgedragen. Door deze bepaling kan bijvoorbeeld een in het verleden tot stand gekomen verkoop van een landgoed door een kind aan een ouder, bij het overlijden van de ouder, niet delen in de faciliteit voor de erfbelasting.

Ten slotte

In meer algemene zin merkt de Orde nog op dat een sluipende materiële terugwerkende kracht kan ontstaan als gevolg van de werking van artikel 12 SW 1956 (180-dagenregeling). Op grond van dit artikel worden schenkingen die binnen 180 dagen voorafgaande aan het overlijden van de schenker (onder de huidige wet) tot stand zijn gekomen, geacht krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen. Door deze regeling kan het zo zijn dat belastingplichtigen geen risicoloze maatregelen in 2009 kunnen nemen om in te spelen op te materiële terugwerkende kracht zoals beschreven in de hiervoor genoemde gevallen. In voorkomende situaties kan dit problematisch zijn.

De Orde spreekt hierbij haar hoop uit dat tijdens de verdere behandeling van het Wetsvoorstel nadrukkelijk aandacht wordt gevraagd voor de afweging tussen de “gerechtvaardigde verwachtingen” van belastingplichtigen enerzijds en het introduceren van nieuw beleid door de wetgever anderzijds. Zoals gezegd is dit naar de mening van de Orde voor wat betreft de materiële terugwerkende kracht van het onderhavige Wetsvoorstel vooralsnog onvoldoende gebeurd.

Deel II: commentaar en vraag naar aanleiding van de nota naar aanleiding van het nader verslag en tweede nota van wijziging

ARTIKEL I: SW 1956

A en I

Artikel 1, derde lid SW en artikel 10 SW: renteafspraken buiten de aangiftetermijn

De staatssecretaris geeft in de nota naar aanleiding van het verslag (blz 34-35) aan dat indien erfgenamen buiten de aangiftetermijn een (van het testament) afwijkende rente overeenkomen, artikel 10 SW van toepassing is bij het overlijden van de langstlevende. De Orde gaat er vanuit dat is bedoeld dat (slechts) de door de langstlevende verschuldigde rente in de heffing van artikel 10 SW wordt betrokken en niet ook de onderliggende vordering. Dit laatste zou namelijk tot dubbele heffing leiden. Ervan uitgaand dat artikel 10 SW van toepassing is op de verschuldigde rente, dan is het de Orde vervolgens niet duidelijk of op grond van artikel 10 SW erfbelasting is verschuldigd over het (daadwerkelijk) verschuldigde rentebedrag of op het deel dat op grond van het nieuwe artikel 1 lid 4 SW (ook) als fictieve schenking in aanmerking wordt genomen. In verband met de rechtszekerheid dringt de Orde er op aan dat de toepassing van artikel 10 SW bij rente-afspraken met een cijfervoorbeeld wordt verduidelijkt. Zowel voor de situatie dat de erfgenamen een hogere rente dan de testamentaire rente afspreken, als voor de situatie dat een lagere rente wordt afgesproken.

H

Artikel 9 SW 1956: fictie rente op onderbedelingsvorderingen krachtens erfrecht

In de tweede nota van wijziging wordt een nieuw toetsmoment voor bovenmatige rente geïntroduceerd. De bovenmatigheid moet (mede) worden beoordeeld op het moment van het overlijden van de langstlevende. Dit brengt met zich dat artikel 9 SW van toepassing is in alle situaties waarbij een enkelvoudige rente is verschuldigd welke rekening houdend met de sterfte- en levenskansen van de langstlevende samengesteld neerkomt op 6% (hierna renteclausule) waarbij de langstlevende eerder dan verwacht komt te overlijden. Het gebruik van deze clausule brengt goede en slechte kansen met zich mee. Komt de langstlevende eerder dan (statistisch) verwacht te overlijden dan werkt de renteclausule voordelig uit (de verschuldigde rente is dan hoger dan wanneer een 6% samengestelde rente werd gehanteerd), leefde de langstlevende langer dan werkt de renteclausule nadelig uit (de verschuldigde rente is dan lager dan wanneer een 6% samengestelde rente werd gehanteerd).

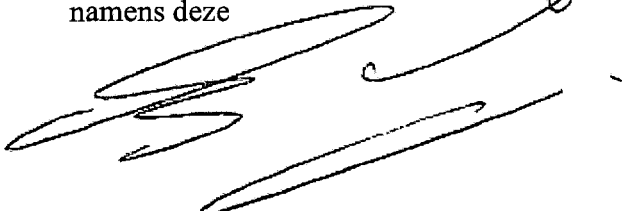
De Orde vindt het onbegrijpelijk dat voor alle situaties met een dergelijke renteclausule artikel 9 SW van toepassing is bij "vervroegd" overlijden van de langstlevende. Het lijkt de Orde dat bij een "vervroegd" overlijden geen sprake is van misbruik. De Orde dringt er dan ook op aan de bij tweede nota van wijziging ingevoerde wijziging in artikel 9 SW te herbeziën en op zijn minst te voorzien van overgangsrecht voor reeds opgevallen nalatenschappen. De Orde verwijst voor de materiële terugwerkende kracht graag naar deel I van dit commentaar.

Een afschrift van deze brief is heden verzonden aan de staatssecretaris van Financiën.

Uiteraard is de Orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,
namens deze



mr. drs. S.A.W.J. Strik
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen