



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Aan de staatssecretaris van Financiën
mr. drs. J.C. de Jager
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Amsterdam, 30 juni 2008

Betreft: Reactie van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de contouren van een nieuwe Wet schenk- en erfbelasting

Geachte heer De Jager,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennis genomen van uw plannen voor een herziening van de successiewet zoals u deze uiteen heeft gezet tijdens uw gastcollege van 14 april jl. aan de Universiteit van Tilburg. Aan het eind van dit college en op een speciale website heeft u opgeroepen tot discussie. Aan deze oproep geeft de Orde graag gehoor.

Voor haar reactie op de contouren van een nieuwe Wet schenk- en erfbelasting verwijst de Orde u graag naar het bij deze brief gevoegde rapport van de Werkgroep schenk- en erfbelasting van de Commissie Wetsvoorstellen van de Orde.

Uiteraard is de Orde graag bereid haar reactie nader toe te lichten.

Hoogachtend,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,
namens deze

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

Bijlage

**DE CONTOUREN VAN EEN NIEUWE WET SCHENK- EN ERFBELASTING
volgens de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs****Inleiding**

In zijn gastcollege van 14 april jl. te Tilburg heeft Staatssecretaris van Financiën De Jager zijn plannen voor een herziening van de successiewet uiteengezet onder de titel “*De Wet schenk- en erfbelasting: evenwichtiger, eenvoudiger*”.¹ Aan het eind van het college en op een speciale website heeft de Staatssecretaris een oproep gedaan om met hem in discussie te gaan. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) geeft graag gehoor aan deze oproep. De reactie van de Orde valt uiteen in twee delen. In paragraaf 1, het algemene deel, wordt de probleemverkenning van de staatssecretaris in breder perspectief geplaatst. In de daaropvolgende paragrafen komt een aantal belangrijke thema's aan de orde, waaronder de onderwerpen die de staatssecretaris aan de orde heeft gesteld. Voorafgaand aan de concrete onderwerpen die de Staatssecretaris van Financiën aan de orde stelt, vraagt de Orde graag de aandacht voor de plaats van de Successiewet binnen het gehele systeem van belastingheffing. Aan het slot van deze reactie is een samenvatting opgenomen van de door de Orde gedane voorstellen.

Successiewet binnen het gehele belastingstelsel

De Staatssecretaris van Financiën stelt het behoud van enige belastingheffing over schenkingen en verervingen niet ter discussie. De Orde meent dat deze discussie niet uit de weg kan worden gegaan, nu het successie- en schenkingsrecht immers niet geïsoleerd staan in het gehele Nederlandse fiscale landschap. Gespaard vermogen is immers nettovermogen waarover, toen het werd verdiend, reeds belasting (inkomsten- en/of vennootschapsbelasting) is geheven en ook het rendement over dit gespaarde vermogen wordt jaarlijks met belastingheffing getroffen. Bij schenking en vererving wordt dit vermogen dus nogmaals met belastingheffing getroffen, het schenkings- respectievelijk successierecht. Menig belastingplichtige beschouwt het successie- en schenkingsrecht dan ook als een onrechtvaardige belastingheffing, plastisch uitgedrukt als een ‘straf op sparen’. Het traditionele argument ten faveure van een successie- en schenkingsbelasting van de ‘windfall profit’ wordt in de praktijk niet gedragen voor zover het vermogen betreft dat overgaat binnen de familiegroep van partners en kinderen. De partners en kinderen zien zichzelf immers als de voortzetters van de positie van de erflater respectievelijk schenker en beschouwen deze verrijking zelden als een additionele inkomstenbron die aanleiding zou moeten zijn voor een additionele belastingheffing. Naar de mening van de Orde is het dan ook een gemiste kans als de wijzigingsoperatie zoals door de staatssecretaris is voorgesteld, niet wordt geplaatst in een bredere maatschappelijke discussie over de grondslagen van de Successiewet en mogelijke alternatieven voor de huidige Successiewet worden beoordeeld.² Als alternatief voor de huidige Successiewet kan worden gedacht aan bijvoorbeeld de invoering van een vermogenswinstbelasting in de inkomstenbelasting in plaats van de huidige vermogensrendementsheffing van box 3, waardoor vermogensaanwas tijdens leven wordt belast in plaats van bij overlijden of schenking.

¹ Hierna wordt de wet aangehaald als WSE.

² De Orde wijst op de bijdrage van J.P. Boer, De Jager en zijn nieuwe prooi..., *Weekblad fiscaal recht*, 2008/518.

De Staatssecretaris geeft zelf ook aan dat het functioneren van de successiebelastingen moet worden gezien in relatie tot het gehele belastingsysteem. De Orde zou er derhalve de voorkeur aan geven eerst de discussie over de rechtvaardigingsgronden voor de heffing van successie- en schenkingsrecht in combinatie met de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting te voeren en de uitkomst van deze discussie mee te nemen in de herziening van de Successiewet. Het zou naar de mening van de Orde een gemiste kans zijn een dergelijke discussie niet te voeren.

In dit verband wijst de Orde op enkele ontwikkelingen in het buitenland. In internationaal verband zijn twee bewegingen zichtbaar: een aantal landen heeft het successierecht inmiddels afgeschaft of schaft dit op korte termijn af, bijvoorbeeld Zweden en Oostenrijk. Daartegenover staat dat een aantal andere landen, bijvoorbeeld Frankrijk en Ierland, de heffingsgrondslagen voor het successierecht uitbreiden. De Orde meent dat in een verkenning naar een nieuwe schenk- en erfbelasting ook de internationale aspecten moeten worden meegenomen, aangezien in een steeds meer globaliserende economie een ‘Alleingang’ van Nederland naar de mening van de Orde zoveel mogelijk moet worden vermeden. Daarbij geldt dat ook de Successiewet meeweegt bij de beoordeling van het Nederlandse vestigingsklimaat voor particulieren en bedrijven, in de huidige tijd een belangrijk onderwerp.

Commissie Moltmaker

De Orde wijst erop dat veel van de thans verrichte werkzaamheden reeds zijn verricht door de Werkgroep modernisering successiewetgeving (Commissie Moltmaker)³ dat in maart 2000 is aangeboden aan de Staatssecretaris van Financiën. In de bijlage bij dit rapport heeft de werkgroep zelfs een concrete proeve van een nieuwe Successiewet opgenomen. De staatssecretaris verwijst niet naar dit rapport, terwijl dit naar de mening van de Orde nog steeds actueel is en als inspiratiebron kan dienen. Het lijkt erop dat thans veel werk dubbel wordt verricht.

1 Evenwichtiger en eenvoudiger

De Staatssecretaris presenteert zijn plannen voor de herziening van de Successiewet onder het moto: “Evenwichtiger en eenvoudiger”.

1.1 Evenwichtiger

Als de Orde het goed begrijpt, doelt de Staatssecretaris met het begrip evenwichtiger op twee situaties. In de eerste plaats wil hij voorkomen dat door (vermeende) constructies de heffing van successierecht wordt ontgaan. Ten tweede wenst hij “meer aan te sluiten bij de economische werkelijkheid”.

Constructiebestrijding

In zijn algemeenheid valt het de Orde op dat de indruk lijkt te worden gewekt dat vermogende particulieren (samen met hun adviseurs) constructies opzetten die ertoe leiden dat deze vermogende particulieren op grote schaal het successie- en schenkingsrecht ontwijken. Naar de perceptie van de Orde is dit onjuist. Het is de

³ Onder meer gepubliceerd op: www.minfin.nl/nl/actueel/kamerstukken_en_besluiten,2000/03/advies_van_de_werkgroep_modernisering_successiewetgeving.html

ervaring van de Orde dat niet alles wat de staatssecretaris een fiscale constructie noemt, primair is ingegeven door fiscale redenen. In de praktijk komen trusts en buitenlandse doelvermogens uiteraard voor. Echter, veel van deze structuren hebben primair een andere dan een fiscale achtergrond. De meeste trusts worden ingesteld door personen en bedrijven die een Angelsaksische achtergrond hebben. Nederlands ingezetenen worden hier (al dan niet gewild) mee geconfronteerd. De Nederlandse fiscale gevolgen van trusts en buitenlandse doelvermogens zijn op dit moment echter niet helder. Dit brengt onzekerheid voor de belastingplichtige met zich. Veruit de meeste belastingplichtigen wensen geen onzekerheid omtrent hun fiscale positie. Deze onzekerheid over de Nederlandse belastingheffing van buitenlandse trusts en doelvermogen is overigens mede een reden dat het gebruik van trusts om Nederlandse belasting te besparen in de praktijk beperkt is.

Aansluiting bij de economische werkelijkheid

De tweede reden voor een herziening van de Successiewet, zo begrijpt de Orde, is dat de Staatssecretaris van Financiën meer wil aansluiten bij de economische werkelijkheid. Het is de vraag of de economische werkelijkheid anders is dan de civielrechtelijke werkelijkheid. Bovendien is de kenbaarheid van het civiele recht een belangrijk element in het economische verkeer. Afwijken van de civiele werkelijkheid kan tot onzekerheid en onduidelijkheid leiden in het rechtsverkeer. Weliswaar onderschrijft de Orde het algemene uitgangspunt dat wat economisch gelijk is, fiscaal ook gelijk wordt belast, maar onvermijdelijk zal deze belastingheffing dienen te geschieden door middel van een juridisch begrippenapparaat. Het loslaten van de civielrechtelijke basis heeft als risico in zich dat hierdoor ongewenste kwalificatieverschillen gaan ontstaan, ook in internationaal verband. De Orde meent derhalve dat uiterst omzichtig moet worden omgegaan met het loslaten van de civielrechtelijke werkelijkheid.⁴ Ook de Commissie Moltmaker heeft voor invoering van het nieuwe erfrecht gepleit slechts bij uitzondering van de civielrechtelijke vormgeving af te wijken. De commissie heeft daartoe in haar proeve een anti-misbruikregeling voorgesteld. Uitgangspunt blijft daarbij de civielrechtelijke vormgeving. Dit geldt eveneens voor structuren buiten testament, zoals de herroepelijke schenking.

1.2 Eenvoudiger

De eenvoud wordt in de toespraak gezocht in de vereenvoudiging van de tariefstructuur en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De Orde onderschrijft dit. Voorts zijn ook de huidige ficties in de Successiewet uiterst complex en is hun reikwijdte niet altijd even duidelijk. Ook leiden wijzigingen in het partnerbegrip naar de mening van de Orde tot een vereenvoudiging.

1.3 Toetsingskader

De Orde begrijpt dat – ondanks het feit dat zij van mening is dat een integrale beschouwing van het successie- en schenkingsrecht in relatie tot de inkomsten- en vennootschapsbelasting noodzakelijk is (zie hiervóór) – de herziening van de Successiewet budgettair neutraal moet geschieden. De Orde betreurt deze beperkte

⁴ Wij verwijzen hierbij tevens naar het artikel van Schols en Schols waarin zij pleiten voor aansluiting bij de civielrechtelijke ficties, B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, Enige civielrechtelijke dogmatiek misstaat in een schenk(ings)- en erfbelasting niet, *WPNR* 2008/6757.

invalshoek, nog los van het feit dat vaak nauwelijks precies de budgettaire gevolgen van majeure herzieningsoperaties, kunnen worden ingeschat. Daarbij komt dat het de Orde ontbreekt aan de concrete cijfers aan de hand waarvan budgettaire neutraliteit kan worden getoetst.

Wel merkt de Orde op dat, teneinde een financieel gefundeerde bijdrage te kunnen leveren, meer inzicht nodig is in de huidige samenstelling van de opbrengst van het successie-, schenkingsrecht en recht van overgang. Ook inzicht in het aantal nalatenschappen of het aantal verkrijgers, waarin in de afgelopen tien jaar successierecht is voldaan, en het bedrag aan successierecht dat per verkrijger is betaald, zou behulpzaam zijn. De Orde heeft dit inzicht in elk geval niet.

2 Verrijgersbelasting

In zijn toespraak is de Staatssecretaris van Financiën niet ingegaan op de vraag of een nieuwe Wet schenk- en erfbelasting zich verder in de richting van een verkrijgersbelasting zou moeten ontwikkelen. Wel geeft de Staatssecretaris aan dat hij de heffing vanuit de begunstigde bekijkt en niet vanuit degene die overlijdt, respectievelijk schenkt. Als gevolg hiervan zal de verkrijger een meer prominente plaats gaan innemen in het systeem van de heffing. Voor de Orde blijft het echter onduidelijk of de huidige aanknopingspunten van de woonplaats van de erflater, respectievelijk de schenker en de nationaliteit van de erflater of schenker, geheel komen te vervallen. De Staatssecretaris lijkt niet voor een eenduidig systeem te kiezen, hetgeen naar het oordeel van de Orde ongewenst is.

De Orde wijst erop dat een wijziging van de Successiewet naar een verkrijgersbelasting uit de pas loopt met wat internationaal gangbaar is. Thans is internationaal gebruikelijk dat – naast een beperkte heffing op basis van het bronstaatbeginsel – wordt aangeknoopt bij de woonplaats van de erflater of de schenker. Dit blijkt onder andere uit het rapport dat is opgesteld in opdracht van het Ministerie van Financiën en op 5 juli 2007 door de Staatssecretaris is aangeboden aan de Tweede Kamer. Voorts verwijst de Orde naar het OECD-Successiemodelverdrag van 1982 dat – na heffing op basis van het bronstaatbeginsel – uitgaat van de woonplaats van de erflater of de schenker. De Orde is van mening dat moet worden voorkomen dat Nederland uit de pas gaat lopen met wat in internationaal verband gebruikelijk is. Dit leidt immers vaak tot dubbele belastingheffing, hetgeen de Orde ongewenst acht. Hierbij is het maar de vraag of deze dubbele heffing eenzijdig kan worden voorkomen. De huidige successieverdragen bieden weinig soelaas, omdat deze zijn gesloten met inachtneming van het huidige aanknopingspunt in de Successiewet, te weten de woonplaats van de erflater/schenker. Ook lijkt het de Orde niet haalbaar om vóór de beoogde invoeringsdatum van de nieuwe Wet schenk- en erfbelasting per 1 juli 2010 het verdragennetwerk geheel op orde te brengen (zie hierna).

De Orde wil het belang benadrukken van een schenkings- en erfbelasting, gebaseerd op een zuiver, consistent systeem dat één aanknopingspunt hanteert. Een dergelijk systeem voorkomt namelijk potentiële dubbele belastingheffing alsook heffingslekken. Een gemengd systeem dat meer aanknopingspunten hanteert, en zowel aansluit bij de erflater als bij de verkrijger leidt vaak tot onduidelijkheid,

complexiteit en internationale complicaties. De Orde is derhalve geen voorstander van een gemengd systeem.

3 Verdragen ter voorkoming van dubbele belasting

Meer in zijn algemeenheid wil de Orde op deze plaats wijzen op het belang van een goede, eenvoudige en evenwichtige regeling ter voorkoming van internationale dubbele schenk- en erfbelasting. De huidige ontwikkelingen vormen een goede aanleiding om de regelingen die thans zijn opgenomen in het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (BvdB 2001) nader te bezien.

Tevens wijst de Orde op het belang van het sluiten van meer verdragen ter voorkoming van dubbele schenk- en erfbelasting. Er zijn op dit moment slechts zeven van dergelijke verdragen, te weten met de Verenigde Staten, Groot-Brittannië en Noord-Ierland, Zwitserland, Zweden, Finland, Israël en Oostenrijk. Daarbij merkt de Orde op dat Zweden, Israël en Oostenrijk het successierecht inmiddels hebben afgeschafte of binnenkort zullen afschaffen. Alleen in de verdragen gesloten met Groot-Brittannië en Noord-Ierland en Oostenrijk is ook een regeling ter voorkoming van dubbel schenkingsrecht opgenomen. De Orde attendeert op de behoefte die in de praktijk bestaat aan (met name) verdragen ter voorkoming van dubbele schenk- en erfbelasting in relatie tot België, Duitsland, Frankrijk⁵ en Spanje, landen waarnaar vanuit Nederland veel wordt geëmigreerd. Tevens meent de Orde dat deze verdragen steeds ook moeten zien op het schenkingsrecht en niet alleen op het successierecht.

4 Tarieven en tariefschijven

4.1 Tarieven

Tarieven en tariefschijven vormen een belangrijk onderdeel van een schenkings- en erfbelasting. De Staatssecretaris van Financiën overweegt de huidige drie tariefgroepen terug te brengen tot twee, waarbij partners en kinderen in één groep komen met een tarief van maximaal 20% en de overigen in een tweede groep met een tarief van maximaal 50%. De Orde stelt voor om in tariefgroep 1 naast partners en kinderen ook de kleinkinderen op te nemen die bij plaatsvervulling door overlijden van een kind opkomen alsmede de ouders.⁶

Naar de mening van de Orde zijn hierbij kennelijk afwegingen gemaakt die niet vanzelfsprekend zijn. De vraag is of er een reden is om de verkrijging van bijvoorbeeld neven of nichten of een goede vriend van een kinderloos en ongehuwde erflater zwaarder te belasten dan eigen kinderen. De genoemde verkrijgers kunnen immers exact dezelfde plaats innemen in het leven van de erflater als eigen kinderen en de erflater kan met deze personen eenzelfde sterke emotionele band hebben opgebouwd als met eigen kinderen (als die er zijn). Veelal ervaren belastingplichtigen het dan als onrechtvaardig om neven en nichten in deze situaties zwaarder te belasten. Indien het beginsel van draagkrachtvermeerdering de rechtvaardigingsgrond is voor

⁵ Dit verdrag is nog niet in werking getreden.

⁶ Zie ook R.L.M.C. Janssen, De economische benadering van de nieuwe schenk- en erfbelasting, *Weekblad fiscaal recht* 2008/587 en D. Juch, Op weg naar een nieuwe schenk- en erfbelasting, *Weekblad fiscaal recht* 2008/655.

de Wet schenk- en erfbelasting, is er naar de mening van de Orde geen plaats voor meer tariefgroepen en kan met één tariefgroep worden volstaan.

4.2 Tariefschijven

Overwogen wordt een beperking van het aantal tariefschijven tot één of twee. Het behouden van twee (of meer) tariefschijven heeft als voordeel dat dit het doen van schenkingen tijdens leven bevordert. Hierdoor kan het mogelijk zijn dat vrij vermogen een andere, betere aanwending krijgt dan bij de schenker.⁷ Dit was reden voor België en Frankrijk om het tarief op schenkingen (tijdelijk) sterk te verlagen ten opzichte van het tarief op erfrechtelijke verkrijgingen. De Orde acht het een politieke afweging of men dit wenselijk acht of niet.

4.3 Snel opeenvolgende verkrijgingen

De Orde geeft in overweging om in situaties waarbij de verkrijger van een schenking of erfenis kort na de verkrijging (bijvoorbeeld binnen een jaar) zelf komt te overlijden een faciliteit te verschaffen. Die faciliteit zou inhouden dat de door de eerste verkrijger verschuldigde successie- of schenkingsrechten mogen worden verrekend door de tweede verkrijger, zodat in feite alleen additioneel over de tussentijdse waardevermeerdering bij de tweede verkrijger wordt geheven. Voor het tarief van de tweede verkrijger kan de relatie tussen oorspronkelijke erflater/schenker en de tweede verkrijger in aanmerking worden genomen zoals dat thans geldt voor fideï-commissaire makingen.

5 Vrijstellingen

5.1 Partnervrijstelling

De Orde pleit voor een algehele partnervrijstelling. De partner ervaart de verkrijging bij overlijden van de eerststervende niet als een bevoorrechte verkrijging omdat de partners zich als een eenheid zien. Ook is het maar de vraag of sprake is van een draagkrachtvermeerdering. Juist bij kleinere vermogens is de partnervrijstelling van belang voor de langstlevende om het financiële leven ongestoord voort te zetten. Voorts is het de vraag of binnen dezelfde generatie successierecht moet worden betaald of dat het voldoende zou moeten zijn om successierecht te heffen bij de overgang van het vermogen naar de volgende generatie.

Als alternatief kan naar de mening van de Orde worden gedacht aan een verhoging van de bestaande vrijstelling voor partners naar minimaal € 1.000.000. Bovendien zou een volledige vrijstelling moeten gelden voor de vermogensbestanddelen die essentieel zijn voor de langstlevende partner, te weten een vrijstelling van de eerste eigen woning en dient geen imputatie plaats te vinden van het pensioen op de vrijstelling.

⁷ In plaats van passief op een spaarrekening bij de schenker kan het risicodragend worden aangewend in de onderneming van de begiftigde bijvoorbeeld.

Partnerbegrip

In aanvulling op het bovenstaande wijst de Orde erop dat de huidige Successiewet thans vijf verschillende partnerbegrippen kent. Dit is zonder twijfel complex. Ter vereenvoudiging zou het een gedachte kunnen zijn om het partnerbegrip aan te passen en bijvoorbeeld voor niet-gehuwde samenwoners in alle gevallen de eis van een notarieel samenlevingscontract te laten gelden. Aan een dergelijk samenlevingscontract ligt immers een verzorgingsgedachte ten grondslag die een vrijstelling in elk geval rechtvaardigt. Ook zou kunnen worden overwogen het partnerbegrip uit de inkomstenbelasting (art. 1.2 Wet IB 2001) over te nemen. In elk geval meent de Orde dat het partnerbegrip voor zowel de schenkbelasting als de erfbelasting hetzelfde moet zijn.

5.2 Schenkingsvrijstelling kinderen en gezinsvrijstelling

Op grond van de huidige Successiewet geldt een jaarlijkse vrijstelling van circa € 5.000 voor schenkingen verkregen door kinderen van hun ouders. Bij een verkrijging krachtens erfrecht door kinderen is in beginsel geen vrijstelling van toepassing indien de verkrijging meer bedraagt dan circa € 25.000. Door benutting van de jaarlijkse vrijstelling voor het schenkingsrecht kan het in de toekomst verschuldigde successierecht worden verminderd.

Om de situatie bij schenking en vererving gelijk te stellen en daarmee te voorkomen dat via schenkingsplannen belasting wordt bespaard, suggereert de Orde om in plaats van een jaarlijkse vrijstelling voor kinderen bij schenkingen over te gaan tot een lifetime-vrijstelling (of als alternatief een vrijstelling die geldt voor een periode van bijvoorbeeld tien jaar).

De vrijstelling voor kinderen is in de huidige successiewet relatief – ten opzichte van de echtgenoot – laag. Dit knelt in het bijzonder in situaties waarin de echtgenoot haar vrijstelling niet volmaakt en de kinderen wel in de heffing van het successierecht worden betrokken. Om aan dit knelpunt tegemoet te komen kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een gezinsvrijstelling: dit is een vrijstelling per gezin die vrij kan worden toegerekend aan de verschillende verkrijgers binnen het gezin.

6 Trusts, Spf's en buitenlandse doelvermogens en eventuele Nederlandse alternatieven hiervoor

6.1 Trust, Spf's en buitenlandse doelvermogens

De Orde heeft op grond van de toespraak van de Staatssecretaris van Financiën de indruk gekregen dat de staatssecretaris het gebruik van bijvoorbeeld trusts en Spf's wil gaan benaderen vanuit het oogpunt dat het hier gaat om "misbruik, tenzij...". De Orde neemt daar stelling tegen en meent dat zou moeten worden uitgegaan van het tegenovergestelde. De trust en de Spf zijn in wezen een geoorloofde structuur, tenzij het een schijnhandeling (misbruik) betreft die slechts is bedoeld de heffing van schenkingsrecht, successierecht of een andere belasting te ontgaan. De Orde wijst erop dat het inbrengen van vermogen om niet in een irrevocable discretionary trust door de Hoge Raad is aangemerkt als een schenking aan de trust, zijnde een

zelfstandig doelvermogen. Dit betekent dat de trust over de waarde van de schenking naar huidig recht schenkingsrecht is verschuldigd naar een tarief van 41%-68%. De inbreng van vermogen in een dergelijke trust kan slechts zonder Nederlands schenkingsrecht plaatsvinden als de schenker niet (fictief) in Nederland woont. De Orde is van mening dat dit niet als misbruik moet worden betiteld, althans zeker niet ten aanzien van de Nederlandse fiscale wetgeving.

Voorts wijst de Orde erop dat rekening dient te worden gehouden met de verplichtingen die voortvloeien uit het Haags Trustverdrag 1985, waarin de trust civielrechtelijk – onder voorwaarden - is erkend. Het zou vreemd zijn als Nederland deze civielrechtelijke erkenning feitelijk fiscaal ongedaan zou maken door een dergelijke trust per definitie als misbruik te bestempelen.

6.2 Nederlandse Familiestichting

Het gebruik van trusts, SPF's en certificaatstichtingen duidt erop dat in Nederland behoefte bestaat aan een vergelijkbaar vehikel. Het gaat bij deze figuren dan vooral om de bescherming van vermogen (asset protection) en het voorkomen van versnippering ervan alsook om de mogelijkheid om gezamenlijk het vermogen te beleggen. De Commissie Moltmaker heeft destijds de invoering van een familiestichting bepleit. Ook in de literatuur is veelvuldig aandacht gevraagd voor de behoefte die belastingplichtigen om niet fiscale redenen hebben aan een dergelijke entiteit.⁸ De Orde geeft derhalve sterk in overweging de door Moltmaker bepleite familiestichting opnieuw serieus te bezien. Zo'n familiestichting zou naar de mening van de Orde kunnen worden vormgegeven door een certificaatstichting, waarbij het vermogen fiscaal geruisloos kan worden gecertificeerd. Een alternatief is de invoering van een nieuwe rechtsvorm van de familiestichting, waarbij ook uitkeringen aan de oprichters c.s. wordt toegestaan. De Orde is overigens geen voorstander van het voorstel van de Commissie Moltmaker voor wat betreft de entreeheffing, omdat dit de door Moltmaker bepleite familiestichting tot een onaantrekkelijk instrument maakt. Overigens betekent dit niet noodzakelijkerwijs, de Orde wil dit mogelijke misverstand op voorhand wegnemen, dat het inkomen van de familiestichting onbelast blijft.

7 Testamenten

Als voorbeelden van constructies in testamenten zijn door de Staatssecretaris van Financiën wel genoemd het turbotestament, het superturbotestament en het ik-opa-testament. De Orde wijst op de jurisprudentie, waarin reeds afwijzend is geoordeeld over louter fiscaal geïndiceerde constructies, zoals de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 1 februari 2008 (nr. 06/00495, LJN BC4082) inzake het zogenoemde turbotestament. Zoals ook is aangegeven in het gastcollege, zal overigens het verminderen en vereenvoudigen van de tariefsgroepen en schijven het opzetten van fiscale constructies tegengaan.⁹ Juist de huidige hoge tarieven en beperkte vrijstellingen lokken fiscale constructies uit.

⁸ Zie bijvoorbeeld S. Oldebijvank en S.A. Stevens, *De contouren van een Nederlandse trust, FTV* 2007/12 en F. Sonneveldt, *De familiestichting: een exposé over existentie en extinctie* (oratie), Serie Estate Planning, Kluwer, 2002.

⁹ J.W. Zwemmer, *De Successiewet op de schop, WPNR* 2008/6757.

Bij een kritische benadering van testamenten moet echter niet uit het oog worden verloren dat de door de Staatssecretaris genoemde testamentvormen ook kunnen zijn ingegeven door andere motieven dan fiscale. De wettelijke verdeling (daaronder begrepen de ouderlijke boedelverdeling) en het klassiek vruchtgebruiktestament lijken bijvoorbeeld als constructies te worden aangemerkt. Hiermee wordt de civielrechtelijke werkelijkheid echter geweld aangedaan. Hiervóór gaf de Orde in onderdeel 1.1 al aan dat naar haar mening uiterst omzichtig met het afwijken van het civiele recht moet worden omgegaan.

8 Defiscalisering van vorderingen, schulden en rente

Op grond van het wettelijke erfrecht verkrijgt bij het overlijden van de eerststervende van een echtpaar de langstlevende alle goederen van de nalatenschap en krijgen de kinderen een (veelal niet opeisbare) vordering op de langstlevende. De langstlevende heeft een met deze vordering corresponderende schuld aan de kinderen. De opeisbaarheid van deze vordering is veelal uitgesteld. Op de schuld is de langstlevende al dan niet een rente verschuldigd. In de standardsituatie behoeft de langstlevende de verschuldigde rente niet direct te betalen, maar wordt deze op de hoofdsom bijgeschreven. De rente kan worden opgeëist op hetzelfde tijdstip als de vordering zelf. Op grond van de huidige wetgeving betalen de kinderen successierecht over de waarde van de vordering. De waarde van de vordering is afhankelijk van het tijdstip van opeisbaarheid en de hoogte van de rente. De schuld vermeerderd met de bijgeschreven rente vormt een passiefpost van de nalatenschap van de langstlevende. Naar de mening van de Staatssecretaris kleven aan deze vorderingen de volgende problemen:

- (i) de kinderen moeten bij het overlijden van de eerststervende successierecht betalen over de waarde van de vordering op de langstlevende, en
- (ii) de (hoge) renteberekening op de vordering van de kinderen is een constructie waardoor minder (of geen) successierecht wordt geheven bij het overlijden van de langstlevende.

De Staatssecretaris ziet als oplossing voor deze problemen een meer economische benadering:

- (i) Het negeren (defiscaliseren) van vorderingen en schulden voor de heffing van successierecht bij het eerste overlijden. Dit betekent dat de langstlevende over de waarde van de nalatenschap van de eerststervende successierecht is verschuldigd;
- (ii) Het negeren van de rente geheel of boven een bepaald percentage. Ook vruchtgebruik/bloot eigendom kan worden gedefiscaliseerd (zeker als er een vervreemdings- en verteringsbevoegdheid voor de langstlevende is).

Met zijn eerste voorstel negeert de staatssecretaris de civielrechtelijke werkelijkheid voor fiscale doeleinden. Feitelijk wordt de testeervrijheid van de erflater hierdoor aan fiscale banden gelegd.¹⁰ De vorderingen/schulden die ontstaan op grond van het wettelijk erfrecht of een testament hebben naar de mening van de Orde echter wel degelijk een economische realiteit. De vordering van een kind is een vermogensbestanddeel van dat kind. Het kind kan de vordering overdragen en voor crediteuren van het kind biedt de vordering een verhaalsmogelijkheid. In de meeste

¹⁰ B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, Enige civielrechtelijke dogmatiek misstaat in een schenk(ings)- en erfbelasting niet, *WPNR* 2008/6757.

testamenten is bepaald dat vordering en rente niet alleen bij overlijden of faillissement opeisbaar zijn, maar ook op andere momenten, zoals bijvoorbeeld bij hertrouwen. Deze opeisbaarheid kan vaak voorkomen worden door zekerheidsstelling door de langstlevende. Dit wijst op een economische werkelijkheid en niet louter op een papieren werkelijkheid.

Ook moet niet uit het oog worden verloren dat, wanneer een langstlevende ouder hertrouwt en uit een tweede relatie kinderen krijgt, het ook een economische realiteit is dat de nalatenschap van de langstlevende wordt verminderd met de schuld en eventuele rente. Juist bij jonge mensen wordt in de praktijk geadviseerd om geen (hoge) rente in aanmerking te nemen, omdat dit er toe kan leiden dat de langstlevende beperkt wordt in haar mogelijkheden om aan anderen iets na te laten.

De door de Staatssecretaris geopperde defiscalisering van vorderingen en schulden en de alternatieven die in de literatuur¹¹ zijn aangedragen zijn niet alleen ingewikkeld maar leiden ook tot een onevenwichtige belastingheffing.

De Staatssecretaris suggereert als alternatief de rente als schuld in de nalatenschap van de langstlevende geheel of gedeeltelijk te negeren. Dit is eigenlijk een kwestie van waardering van de vordering en de daartegenoverstaande schuld. De waardering van de vordering hangt af van twee zaken: de opeisbaarheid en de hoogte van de rente. Hoe hoger de rente, hoe hoger de waarde van de vordering (en andersom). Hierbij is voorstelbaar dat een vordering met een exorbitant hoge rente wellicht boven pari moet worden gewaardeerd. De verkrijging van de langstlevende is uiteraard lager naarmate de waarde van de vordering van de kinderen hoger is. In totaal kan niet meer worden belast dan de waarde in het economisch verkeer van de nalatenschap.

In plaats van defiscalisering van vorderingen/schulden en rente kan de waardering worden aangepakt. De richtlijn van de Hoge Raad (bij een samengestelde rente van 6% is geen sprake van een fictief vruchtgebruik) kan worden vervangen door aan de hand van de zakelijke rentepercentages die gelden ten tijde van het eerste overlijden, met inachtneming van de levens-/sterftekansen de vordering te waarderen.

Overigens geldt dit ook voor de waardering van de waarde van een vruchtgebruik; hierbij zou ook rekening moeten worden gehouden met de eventuele bevoegdheid tot vervreemding en vertering.

Het door de staatssecretaris gesignaleerde probleem dat de kinderen successierecht moeten betalen over een vermogensbestanddeel waarover zij niet kunnen beschikken of dat zij niet gemakkelijk liquide kunnen maken, is in de praktijk ons inziens zelden een probleem. In het Burgerlijk Wetboek is bepaald dat de langstlevende het successierecht betaalt en verrekent met de vordering van de kinderen (art. 4:7 lid 1 sub e). Ook in de Successiewet zelf kan dit probleem van betalingsmoeilijkheden eenvoudig worden opgelost door, net zoals voor bloot eigendom/vruchtgebruik (art. 78 SW 1956), een bepaling op te nemen dat de kinderen kunnen verlangen dat de langstlevende het successierecht betaalt en verrekent met de vordering, of voorschiet. De Orde hecht eraan om te benadrukken dat het pijnpunt kennelijk niet is gelegen in het feit dat de kinderen successierecht verschuldigd zijn over hun verkrijging, maar dat de vrijstelling van de langstlevende niet geheel wordt benut. Dit zou kunnen worden opgelost door een gezinsvrijstelling op te nemen, zoals voorgesteld in

¹¹ I.J.F.A. van Vijfeijken, Heffing van successierecht over onderbedelingsvorderingen: aanknopen bij de economische realiteit, *Weekblad fiscaal recht* 2008/308.

onderdeel 7 hiervóór. Dit voorkomt dat de langstlevende successierecht moet betalen, terwijl zijn of haar eigen vrijstelling nog niet volledig is benut.

9 Recht van overgang

In zijn toespraak heeft de Staatssecretaris van Financiën geen aandacht besteed aan het recht van overgang. Mogelijk houdt dit verband met het geringe budgettaire belang van het recht van overgang. Naar de Orde begrijpt, bedraagt het inkomen op grond van het recht van overgang jaarlijks circa vijf miljoen euro. De vraag is of de kosten van de uitvoering en inning van de heffing opwegen tegen deze geringe opbrengst. De Orde is zich er van bewust dat het internationaal gebruikelijk is om een heffing vergelijkbaar met het recht van overgang te heffen. Voor het geval het recht van overgang gehandhaafd wordt, doet de Orde de volgende suggesties.¹²

De Orde suggereert om de zogenoemde 90%-keuzeregeling van artikel 1, lid 4, SW 1956 aan te passen. De huidige regeling heeft voor wat betreft erfrechtelijke verkrijgingen nauwelijks praktische betekenis. De regeling vereist bijvoorbeeld dat alle erfgenamen het eens zijn over het uitbrengen van de keus.¹³ Het belang bij het uitbrengen van de keus hoeft echter niet gelijk te zijn. Als voor een verkrijgersbelasting zou worden gekozen, past het niet dat niet elke verkrijger zelfstandig kan bepalen of gebruik wordt gemaakt van de keuzeregeling. De 90%-regeling kan vervallen, indien een gelijkschakeling plaatsvindt met de vrijstellingen die thans gelden voor het successie- en schenkingsrecht. Als gevolg hiervan zal ook in situaties waarin recht van overgang aan de orde is een beroep gedaan kunnen worden op de vrijstellingen voor het successie- en schenkingsrecht.

Voorts geeft de Orde een andere invulling van het situsbegrip in overweging, waarbij als uitgangspunt wordt genomen een beperking van het heffingsobject tot alleen onroerende zaken. Ter voorkoming van het ontgaan van recht van overgang en ter wille van de rechtsgelijkheid kunnen daarbij als onroerende zaken worden gehandhaafd de in de Successiewet 1956 daarmee gelijkgestelde situsgoederen, zodat een vormneutrale heffing wordt verkregen. Als daarnaast ervoor wordt gekozen om vorderingsrechten die zijn toe te rekenen aan in Nederland gelegen onroerende zaken, in de heffingsgrondslag te betrekken, zouden ook schulden aftrekbaar moeten worden, zulks in navolging van de conclusie van de Advocaat-Generaal in de zaak Arens-Sikkens (C-43/07).

Als gevolg van de beperking van het heffingsobject van het recht van overgang zullen binnenlands ondernemingsvermogen en winstrechten niet langer als situsvermogen worden aangemerkt. Voorzover bij de Orde bekend is de heffing op basis van de vermogensbestanddelen nagenoeg nihil. De eenvoud is derhalve gediend bij de beperking van het heffingsobject. De andere invulling van het begrip situsgoed zal vermoedelijk dus niet tot een derving van belastinginkomsten leiden, maar maakt de wetgeving wel aanzienlijk eenvoudiger.

¹² Zie ook F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, *Internationale inspiratie voor een nieuwe successiewet*, *Weekblad fiscaal recht* 2008/592 en F. Sonneveldt en M. de L. Monteiro, *Internationale suggesties voor de nieuwe Wet schenk- en erfbelasting*, *WPNR* 2008/6757.

¹³ F. Sonneveldt, *There's small choice in rotten apples: het keuzerecht in de SW 1956*, *NtFR* 2003/886.

10 Bedrijfsopvolgingsregeling

De Orde is het met de Staatssecretaris van Financiën eens dat de bedrijfsopvolgingsregeling ingewikkeld is. Het is verheugend te constateren dat de Staatssecretaris deze faciliteit beter toepasbaar en eenvoudiger wil maken. De Orde wil binnen dat kader graag enkele suggesties voor aanpassing van de regeling aanreiken.

10.1 Bedrijfsopvolging bij leven

Het grootste bezwaar van de huidige regeling is dat deze een bedrijfsopvolging bij overlijden stimuleert boven een – economisch te prefereren – bedrijfsopvolging bij leven. Bedrijfsopvolging bij leven geeft een grotere waarborg voor continuïteit van de onderneming, omdat de voormalige ondernemer nog beschikbaar is voor advies en een dergelijke bedrijfsopvolging op geleidelijke wijze kan plaatsvinden en niet onverwachts komt. De huidige regeling ontmoedigt dit, onder andere door de extra voorwaarden die worden gesteld aan een schenking van een belang in een actieve onderneming. De schenker moet dat belang in de onderneming dan ten minste vijf jaar bezitten én moet minimaal 55 jaar zijn of voor ten minste 45% arbeidsongeschikt. Bij overlijden geldt deze wachttijd en leeftijdseis niet. De Orde pleit er daarom voor de faciliteit voor bedrijfsopvolging bij leven (schenking) aantrekkelijker te maken.

Volledigheidshalve wijst de Orde op het verschil in fiscale behandeling tussen bedrijfsopvolging bij leven en bij overlijden in de inkomstenbelasting. Idealiter zou naar de mening van de Orde ook in de aanmerkelijkbelangregeling in de inkomstenbelasting een algemene doorschuifregeling worden opgenomen, vergelijkbaar met de huidige doorschuifregeling in geval van overlijden. De Orde realiseert zich echter dat dit geen onderdeel is van onderhavige herziening van de Successiewet.

10.2 Voortzettingseis

Een bedrijfsopvolgingsregeling die reële bedrijfsoverdrachten wil faciliteren, zal een meer economische benadering van de voortzettingseis moeten hanteren. De huidige regeling schiet op dit onderdeel tekort. De voortzettingseis moet materieel worden ingevuld vanuit de positie van de overnemer: die moet als ondernemer bedrijfseconomisch verantwoord kunnen omgaan met de overgenomen onderneming. In de huidige regeling is de voortzettingseis ingevuld vanuit de positie van de overdrager: wat hij aan bedrijfsactiviteiten bijeen heeft gebracht ten tijde van de bedrijfsoverdracht, is bindend voor de bedrijfsvoering van de overnemer voor maar liefst vijf jaar. Deze invulling van de voortzettingseis richt zich meer op bescherming van de claim van de fiscus op het overgedragen ondernemingsvermogen, dan op het waarborgen van de continuïteit van de onderneming. De verplichting van de overnemer om de verkregen onderneming vijf jaar ongewijzigd voort te zetten respectievelijk de verplichting van de BV om haar bedrijfsactiviteiten eenzelfde periode ongewijzigd voort te zetten, zal vrijwel altijd gaan conflicteren met economische omstandigheden. Een gezonde bedrijfsvoering kan met zich brengen dat een deel van de bedrijfsactiviteiten of een actieve deelneming (binnen de

vijfjaarsperiode) wordt afgestoten, gewijzigd of stilgelegd. Een andere economische gewenste wijziging kan zijn dat een samenwerkingsverband met andere marktpartijen wordt aangegaan.

De Orde adviseert derhalve om de niet-stakingsficties uit de huidige regeling kritisch te bezien en meer in overeenstemming te brengen met de regelingen in de inkomstenbelasting ten aanzien van het staken van een onderneming. Dit zal de eenvoud en consistentie van de regeling ten goede komen.

10.3 Uitbreiding tot recht van overgang, tbs-vermogen en vordering op bedrijfsopvolger

De bedrijfsopvolgingsregeling geldt uitsluitend als er ondernemingsvermogen wordt verkregen. De Orde onderschrijft op zich dit uitgangspunt. Binnen dit uitgangspunt past het echter om ook het vermogen dat onder de terbeschikkingstellingsregeling (als bedoeld in de artikelen 3.91 en 3.92 van de Wet IB 2001) valt, als ondernemingsvermogen voor de bedrijfsopvolgingsregeling aan te merken. De argumenten die de wetgever heeft gegeven om dit tbs-vermogen als ondernemingsvermogen te behandelen voor de heffing van inkomstenbelasting, rechtvaardigen naar de mening van de Orde om dit vermogen ook onder de bedrijfsopvolgingsregeling voor het schenkings- en erfrecht te brengen. Dit geldt eveneens voor de vordering op de bedrijfsopvolger.

Indien het recht van overgang met betrekking tot binnenlands ondernemingsvermogen gehandhaafd blijft (zie onderdeel 9 hiervóór) dan is het naar het oordeel van de Orde in lijn met het EU-recht om de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ook toe te passen op de verkrijging van dit vermogen. De Orde pleit er derhalve voor om de vrijstelling ook toe te passen voor de heffing van het recht van overgang.¹⁴

11 Uniforme waardering

Op dit moment bestaan er verschillen in de vrijstelling van bepaalde bezittingen en de waardering van vruchtgebruik en periodieke uitkeringen in de Wet IB 2001, Wet waardering onroerende zaken (WOZ) en Successiewet.

Artikel 5.22 en de artikelen 18 en 19 Uitvoeringsbesluit IB geven regels voor waardering van genotsrechten en periodieke uitkeringen in de inkomstenbelasting. Artikel 21, lid 8, SW 1956 en de artikelen 5 tot en met 10 Uitvoeringsbesluit SW bevatten de waarderingsregels voor genotsrechten en periodiek uitkeringen voor het successie- en schenkingsrecht. In beide wetten wordt de waarde berekend op basis van een leeftijdsafhankelijke factor die wordt vermenigvuldigd met een verondersteld rendementpercentage. Zowel de leeftijdsafhankelijke factoren als het rendementpercentage (4% IB en 6% SW) verschillen. Het is in het kader van een eenvoudige en evenwichtige wetgeving wenselijk dat voor de berekening van de waarde van genotsrechten en periodieke uitkeringen in de inkomstenbelasting en

¹⁴ Voor een uitgebreide analyse verwijzen wij graag naar A. de Haan, *Bedrijfsvermogen in de successiewet en het gelijkheidsbeginsel*, SDU Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, paragraaf 5.3.2.

schenk- en erfbelasting uniforme waarderingsregels worden gehanteerd. Vermoedelijk zal uniformering budgettair neutraal zijn.

12 Samenvatting

Samengevat doet de Orde de volgende suggesties:

- a. De herziening van de huidige Successiewet dient niet geïsoleerd te worden gezien maar in onderlinge samenhang met met name de inkomsten- en vennootschapsbelasting.
- b. Er dient een duidelijke keuze te worden gemaakt voor het aanknopingspunt van de heffing van schenkings- en successierecht, waarbij zij aangetekend dat het internationaal gebruikelijk is aan te sluiten bij de woonplaats van de erflater respectievelijk de schenker. In elk geval is de Orde geen voorstander van een gemengd systeem dat aanknoopt bij zowel de schenker/erflater als de verkrijger. Dit leidt tot een verhoogde complexiteit en vergroot het risico van internationale dubbele belastingheffing.
- c. Complementair aan de herziening van de Successiewet dienen nieuwe verdragen te worden gesloten en dienen bestaande verdragen en het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 te worden aangepast.
- d. Er is dringend behoefte aan een Nederlands alternatief voor de trust, Spf en buitenlandse doelvermogens.
- e. De verkrijging door de langstlevende dient volledig te worden vrijgesteld. Tevens dienen hierbij het partnerbegrip en de waardering éénduidiger te worden. Ook kan een gezinsvrijstelling worden overwogen in plaats van een vrijstelling per persoon.
- f. Er dient een faciliteit te komen voor elkaar snel opvolgende verkrijgingen.
- g. Het recht van overgang moet worden vereenvoudigd (dan wel te worden afgeschaft). In ieder geval dient het in overeenstemming met het EU-recht te worden gebracht.
- h. De bedrijfsopvolgingsregeling dient te worden verbeterd door een aangepaste voortzettingseis en de regeling uit te breiden met de zogenoemde tbs-vermogensbestanddelen.

30 juni 2008,

De Werkgroep schenk- en erfbelasting van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van belastingadviseurs