

12 Europese ontwikkelingen in de internationale Estate Planning

De afgelopen tijd is de estate planningpraktijk drukdoende geweest met de per 1 januari 2010 ingevoerde wijzigingen in de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) en de Wet inkomstenbelasting 2001. Hierbij zijn de internationale ontwikkelingen enigszins onderbelicht gebleven. In dit artikel gaan de auteurs in op de recente Europese ontwikkelingen in de internationale estate planning en het belang hiervan voor de notariële praktijk.

1. Jurisprudentie

Op 12 februari 2009 is het zogenoemde ‘Block-arrest’ gewezen. De casus betrof een erfster met de Duitse nationaliteit en Duitse woonplaats die tegoeden bij een Duitse en Spaanse bank naliet aan een in Duitsland wonende erfgename. Zowel Duitsland als Spanje hebben successierecht geheven over de tegoeden bij de Spaanse bank. Duitsland heeft successierecht geheven, omdat de erfster in Duitsland woonde en Spanje heeft geheven, omdat de vestigingsplaats van de bank/schuldenaar in Spanje was gelegen. Het Hof van Justitie EU oordeelde dat er geen sprake was van strijd met EU-recht, omdat de ongecompenseerde dubbele heffing is ontstaan vanwege het feit dat de betreffende landen ieder een eigen, van elkaar verschillend, aanknopingspunt voor heffing hebben. Het Hof van Justitie EU is van mening dat deze situatie een dispariteit betreft die alleen kan worden opgelost door middel van harmonisatie van Europese wetgeving dienaangaande of het aangaan van bilaterale verdragen. *HvJ EU 12 februari 2009, nr. C-67/08*

Het belang van de vraag of een goed als ‘situsgoed’ kwalificeert of niet, blijkt uit de op 8 september 2010 genomen conclusie van A-G IJzerman. Het betrof een erfster die de Nederlandse nationaliteit had en tot 1996 in Nederland heeft gewoond. Hij overleed, laatstelijk wonende in België, op 7 oktober 2002. Ten tijde van zijn overlijden was hij gehuwd in algehele gemeenschap van goederen. In zijn laatste testament heeft hij zijn vier kinderen tot zijn enige erfgenamen benoemd. Tot zijn nalatenschap behoorde de onverdeelde helft van de aandelen in een in Nederland gevestigde onroerendezaaklichaam in de zin van artikel 4 Wet op belastingen van rechtsverkeer. Zowel in België als in Nederland was successierecht verschuldigd. In België, omdat erfster ten tijde van zijn overlijden in België woonde en in Nederland op grond van de woonplaatsfictie van artikel 3, lid 1 SW 1956. In eerste instantie lijkt het dat België een tegemoetko-

ming dient te verlenen, aangezien het naar Nederlands recht een situsgoed betreft, dat onderworpen was aan het toenmalige recht van overgang en de Belgische successiewet een aftrek kent ter voorkoming van dubbele belasting voor buitenlandse onroerende zaken. Echter, aandelen in een in Nederland gevestigde onroerendezaaklichaam zijn naar Belgisch recht roerend vermogen, zodat in België geen vermindering ter voorkoming van dubbele belasting is verleend. In Nederland is weliswaar vermindering verleend van het in België geheven successierecht op basis van de toenmalige tekst van artikel 48 Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (hierna: BVDB 2001), doch van deze vermindering is uitgezonderd de Belgische heffing over de aandelen in de Nederlandse onroerendezaaklichaam, aangezien Nederland zich over deze situsvermogensbestanddelen het heffingsrecht voorbehoudt.

A-G IJzerman concludeert dat zich hier een dispariteit voordoet die wordt veroorzaakt door een kwalificatieverschil. Een dergelijke dispariteit is alleen op te heffen door het treffen van nadere unificerende maatregelen op gemeenschapsniveau of door het sluiten van een bilateraal belastingverdrag. Van strijd met EU-recht is naar de mening van de A-G geen sprake.

Conclusie A-G IJzerman 8 september 2010, HR nr. 09/04850 (en 09/04851, 09/04852 alsmede 09/04850), LJV BN8711

De Hoge Raad heeft op 15 oktober 2010 zijn oordeel geveld over de volgende Nederlands-Duitse casus betreffende het tot 1 januari 2010 bestaande recht van overgang. Een in Duitsland wonend echtpaar was naar Duits huwelijksvermogensrecht in de zogenoemde ‘Zugewinnngemeinschaft’ gehuwd. Tot de nalatenschap van de man behoorde een in Nederland gelegen vakantiewoning. De echtgenote was tot het moment van overlijden op grond van het tussen het echtpaar geldend huwelijksgoederenregime geen (onverdeeld) eigenaar van de woning. Over de erfrechtelijke verkrijging van de Nederlandse vakantiewoning is aan

de echtgenote een aanslag in het recht van overgang opgelegd, berekend naar de volle waarde (€ 149.000). De Hoge Raad oordeelt dat dit terecht is. Hoewel op grond van een ‘Zugewinnngemeinschaft’ in beginsel bij het einde van het huwelijk een aanspraak op verrekening tussen de echtgenoten ontstaat, blijft deze verrekening achterwege indien het huwelijk eindigt door het overlijden van een van de echtgenoten. Wel krijgt de langstlevende echtgenoot in die situatie, om discussie tussen hem en de erfgenamen te voorkomen, een extra erfdeel uit de nalatenschap toegewezen. Nu tot de nalatenschap geen schuld behoorde wegens een verplichting tot verrekening uit hoofde van de ‘Zugewinnngemeinschaft’ of anderszins op grond van het Duitse huwelijksvermogensrecht, hingen ook met de onderhavige verkrijging van de woning geen schulden samen die voor aftrek in aanmerking kwamen. Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat geen sprake is van een inbreuk op het vrije verkeer van kapitaal. Een lidstaat is namelijk niet verplicht om zijn belastingstelsel aan te passen aan het belastingstelsel van een andere lidstaat om dubbele belastingheffing te voorkomen. Evenmin leidt een vergelijking met een verkrijging van een erflater die ten tijde van zijn overlijden in Nederland woonde onder overigens vergelijkbare omstandigheden, tot het oordeel dat het gemeenschapsrecht is geschonden. In dat laatste geval zou immers successierecht zijn geheven over de volledige waarde van de woning.

Hoge Raad 15 oktober 2010, nr. 09/01150, NTFR 2010/2612, BNB 2011/10

2. Wijzigingen Besluit voorkoming dubbele belasting 2001

Met terugwerkende kracht tot 1 januari 2010 is het BVDB 2001 aangepast. De aanpassingen zijn deels terminologisch en richten zich voorts op het per gemelde datum afgeschafte recht van overgang. Daarnaast bevat het besluit enkele inhoudelijke wijzigingen in verband met de geheel nieuwe benadering ten aanzien van schenkingen onder opschortende voorwaarde. Onder de tot 1 januari 2010 geldende successiewetgeving werd voor dergelijke schenkingen de benadering gehanteerd dat de schenking onder opschortende voorwaarde tot stand komt op het moment dat de schenkingsovereenkomst wordt gesloten. Thans bepaalt artikel 1, lid 9 SW 1956 dat een gift onder opschortende voorwaarde voor de toepassing van de SW 1956 geacht wordt tot stand te komen op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld. In aansluiting daarop wordt, op grond van artikel 12, lid 1 SW 1956, al hetgeen verkregen is krachtens een schenking die tot stand is gekomen na het overlijden van de schenker, voor de toepassing van de SW 1956 geacht krachtens erfrecht door het

overlijden te zijn verkregen. Dubbele heffing kan zich in dit verband bijvoorbeeld voordoen indien de schenking civielrechtelijk tot stand is gekomen op het moment dat de schenker in het buitenland woonde en aldaar ter zake van de schenking belasting is geheven en de opschortende voorwaarde wordt vervuld op het moment dat de schenker in Nederland woont, of na het overlijden van de schenker met Nederland als laatste woonplaats. Indien sprake is van dubbele heffing van schenkbelasting, bepaalt artikel 51 BVDB 2001 dat de artikelen 47 tot en met 50 overeenkomstige toepassing vinden met betrekking tot de schenkbelasting. Voor de situatie dat de opschortende voorwaarde in werking treedt op het moment dat de erflater feitelijk in Nederland woonde en dat tot de schenking buitenlandse situsgoederen behoorden, is aan artikel 47 BVDB 2001 een zesde lid toegevoegd met de volgende inhoud:

“Indien artikel 12, eerste lid, tweede volzin, van de Successiewet 1956 van toepassing is op een schenking en deze toepassing tot dubbele belasting leidt, wordt voor de toepassing van dit artikel de vanwege een andere Mogendheid geheven belasting ter zake van die schenking geacht gelijksoortig te zijn aan de erfbelasting.”

Voor situaties waarbij de erflater geacht wordt in Nederland woonachtig te zijn in verband met de tienjaarstermijn uit artikel 3, lid 1 SW 1956 is aan artikel 48 BVDB 2001 een nieuw – vijfde – lid toegevoegd dat geheel gelijklopend is aan artikel 47, lid 6 BVDB 2001.

Is een schenking, die geen buitenlandse situsgoederen omvat, onder opschortende voorwaarde tot stand gekomen tijdens buitenlandse woonachtigheid van de schenker en wordt de voorwaarde vervuld op het moment dat de schenker in Nederland woont of komt te overlijden, dan verleent Nederland geen vermindering. Dit komt ons enigszins begrijpelijk voor. Op het moment van het vervullen van de voorwaarde had de schenker namelijk de Nederlandse woonplaats. Heeft in het buitenland echter reeds heffing plaatsgevonden op het moment van het sluiten van de overeenkomst, dan wordt de begiftigde geconfronteerd met dubbele heffing van schenkbelasting of de combinatie van buitenlandse schenkbelasting en Nederlandse erfbelasting. Slechts de momenten van heffing verschillen. De vraag rijst of het de bedoeling van de wetgever is geweest om geen tegemoetkoming te verlenen in geval van een dergelijke dubbele heffing.

Per 1 januari 2010 is het begrip ‘afgezonderd particulier vermogen’ (hierna: APV) in de Nederlandse wetgeving geïntroduceerd. Onder een APV vallen bijvoorbeeld rechtsfiguren, zoals Anglo-Amerikaanse

trusts en buitenlandse stichtingen, waarin vermogen wordt ondergebracht. Voor een nadere omschrijving van de fiscale behandeling van een APV verwijzen wij naar het artikel van F. Sonneveldt in *FBN* november 2009/65. Artikel 16 SW 1956 bepaalt dat de bezittingen en schulden van een APV bij het overlijden van de inbrenger worden geacht van hem krachtens erfrecht te zijn verkregen door zijn erfgenamen. Op grond van artikel 17 SW 1956 worden uitkeringen geacht als schenking afkomstig te zijn van de insteller of van diens erfgenamen. Om dubbele heffing van schenk- en erfbelasting in verband met verkrijgingen uit een APV te voorkomen is, met terugwerkende kracht tot 1 januari 2010, in artikel 47, lid 7 en artikel 48, lid 6 BVDB 2001 de volgende bepaling opgenomen:

“Indien artikel 16 van de Successiewet 1956 van toepassing is op de aldaar bedoelde bezittingen en schulden en deze toepassing tot dubbele belasting leidt met betrekking tot die bezittingen en schulden, wordt voor de toepassing van dit artikel de vanwege een andere Mogendheid gegeven, vervangende erfbelasting ter zake van die bezittingen en schulden toegerekend aan de erfgenamen van de erflater op basis van dezelfde verdeling als die in artikel 16 van de Successiewet 1956 en geacht gelijksoortig te zijn aan de erfbelasting.”

Uit de nota van toelichting kan niet worden gededuceerd wat nu exact met de term ‘vervangende erfbelasting’ in casu wordt bedoeld, daar summier wordt ingegaan op het toepassingsbereik van de nieuwe bepalingen. De nota van toelichting spreekt van vervangende erfbelastingen die hun oorzaak vinden in het overlijden van de erflater. In buitenlandse stelsels komen inderdaad vervangende heffingen voor. Zo wordt in Duitsland een Familienstiftung eens in de dertig jaar aan een heffing van Ersatzerbschaftsteuer onderworpen. Op die wijze wordt een overgang van de ene op de andere generatie gefingeerd, zodat het zich in de stichting bevindend vermogen niet eeuwig aan heffing is onttrokken. Ook in het Verenigd Koninkrijk kent men een vergelijkbaar fenomeen. Daar wordt de discretionary trust om enigszins vergelijkbare redenen eens in de tien jaar aan een heffing van inheritance tax onderworpen. Onduidelijk is of hier sprake is van een vervangende heffing indien de Familienstiftung of de discretionary trust bij overlijden is ingesteld. De nota van toelichting formuleert het slechts negatief. De regeling geldt niet voor een buitenlandse inkomstenbelasting of een andere directe belasting, zoals de vermogenswinstbelasting.

Ook hier werkt het feit dat alleen een vermindering wordt toegekend ten aanzien van in het buitenland gelegen situsgoederen, beperkend. Is het vermogen ingebracht in het APV tijdens buitenlandse woonachtigheid in de zin van de SW 1956, heeft de inbreng

geleid tot buitenlandse belastingheffing en is vervolgens sprake van een (r)emigratie naar Nederland door de insteller waar vervolgens heffing plaatsvindt op grond van artikel 16 en/of 17 SW 1956 dan is sprake van dubbele heffing waarvoor geen tegemoetkoming geldt. Ons inziens is hier nader onderzoek vereist om te bezien of de regeling uit het BVDB 2001 wellicht ruimhartiger zou dienen te zijn.

3. Belang voor de notariële praktijk en conclusies

Belangrijk is dat men zich bewust is van het feit dat, hoewel door afschaffing van het recht van overgang dubbele heffing over situsgoederen minder aan de orde is, men vanuit Nederlandse optiek nog geregeld te maken kan krijgen met (niet verminderde) dubbele heffing van schenk- of erfbelasting.

Zo kunnen verschillende aanknopingspunten tot dubbele heffing leiden die niet of slechts minimaal wordt gecompenseerd. Een voorbeeld dat, naast het hiervoor behandelde ‘Block-arrest’, in dat kader veel wordt gebruikt betreft de erflater die ten tijde van zijn overlijden in Nederland woonde en die een in Spanje wonende erfgenaam achterlaat als enige verkrijger van zijn nalatenschap. De gehele nalatenschap is dan zowel in Spanje als in Nederland onderworpen aan erfbelasting. Artikel 48 biedt in casu geen verminderingsmogelijkheid. Wij achten het wel verdedigbaar dat in dergelijke gevallen een beroep kan worden gedaan op artikel 49 BVDB 2001. Dit artikel biedt echter slechts ‘een doekje voor het bloeden’ door middel van een extra aftrekpost in de nalatenschap. M. de L. Monteiro is in haar artikel ‘Enkele knelpunten in de internationale erfbelasting’, *Estate Planner digitaal* 2010/12 van mening dat men vanuit Nederlandse optiek de complicaties wel zou kunnen dempen door het transformeren van artikel 49 BVDB 2001 van een ‘boedelschuldartikel’ naar een ‘voorkomingsartikel’. Omdat de vermindering op grond van het BVDB 2001 per verkrijger wordt berekend, is naar onze mening een dergelijke transformatie haalbaar binnen de kaders van het BDVB 2001.

Voorts kan worden opgemerkt dat indien men te maken krijgt met internationale nalatenschappen het internationaal privaatrechtelijk kader van cruciaal belang is. Als voorbeeld kan het hiervoor beschreven arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2010 dienen. De beantwoording van de vraag of vermogen is verkregen krachtens huwelijksvermogensrecht danwel krachtens erfrecht is niet alleen privaatrechtelijk, maar zeker ook fiscaal van grote betekenis. Zo ook A.M. Vrenegoor die in haar noot bij Hoge Raad 15 oktober 2010, *NTR* 2010/2612 aangeeft dat de adviseur in internationale situaties genoeg redenen heeft om extra aandacht te besteden aan het huwelijksvermogens-

regime en het toepasselijke erfrecht.

Een complicerende factor in het kader van dubbele erfbelastingheffing blijft ook het feit dat landen die een situsheffing kennen, veelal een ander situsbegrip hanteren dan het in het BVDB 2001 gehanteerde situsbegrip. Indien een land bijvoorbeeld heft over de banktegoeden die een (fictief) in Nederland wonende erflater bij een aldaar gevestigde bank aanhoudt, biedt artikel 47, noch artikel 48 (drielandensituatie) BVDB 2001 een voorkomingsmogelijkheid. Ook in die situatie kan uitsluitend gebruik worden gemaakt van artikel 49 BVDB 2001.

De inhoudelijke aanpassingen in het BVDB 2001 hebben betrekking op schenkingen onder opschortende voorwaarde en afgezonderde particuliere vermogens. Na eerste bestudering is de voorlopige conclusie dat deze bepalingen niet helemaal toereikend zijn.

In haar commentaar in *NtFR* 2010/2211 vraagt M. de L. Monteiro aandacht voor de ons inziens 'overkill' in verband met de tienjaarstermijn in artikel 3 SW 1956. De Nederlander die dertig jaar in het buitenland heeft gewoond en vervolgens slechts één jaar in Nederland woont, wordt na zijn vertrek nog tien jaar gevolgd voor de Nederlandse schenk- en erfbelasting. Eerder heeft zij in *NtFR* 2007/32 voorgesteld om in die situatie aan te sluiten bij de duur van de woonachtig-

heid in Nederland. In gemeld artikel in *Estate Planner digitaal* 2010/12 werkt zij dit voorstel nader uit.

Ten slotte vermelden wij dat De Europese Commissie (hierna EC) op 25 juni 2010 heeft aangegeven te willen gaan onderzoeken of, en zo ja in hoeverre, de erfbelastingwetgeving van de lidstaten van de Europese Unie (hierna EU) in strijd is met het EG-recht. Tevens is het de bedoeling in kaart te brengen in hoeverre zich ongecompenseerde dubbele erfbelastingheffing voordoet in de EU-lidstaten. In vervolg op het voorgaande kunnen mogelijkheden ter oplossing van de complicaties in de internationale erfbelasting worden aangedragen. De consultatie liep van 25 juni tot en met 22 oktober 2010. Een overzicht van meningen die door publieke personen en diverse organisaties zijn gegeven met betrekking tot de belemmeringen bij grensoverschrijdende situaties van de belasting bij overlijden kan men vinden op de website http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/consultations/tax/responses_inheritance_en.htm.

Prof. dr. F. Sonneveldt en Mr. M. de L. Monteiro
Mazars Paardekooper Hoffman N.V.