

HET Register

Vakblad van het Register Belastingadviseurs

REGISTER ■

BELASTING ■

februari 2019 | nummer 1

ADVISEURS ■



Nieuwjaarsbijeenkomst 2019: Een goed begin is het halve werk

Hans Biesheuvel: 'Deze tijd vraagt om duidelijkheid en continuïteit'

Deelnemen in een vof of maatschap en de aansprakelijkheid voor rijksbelastingen

Aanmerkelijk belang en overlijden

Aanmerkelijk belang en overlijden

Het overlijden van een dga kan, naast de heffing van erfbelasting, ook leiden tot de heffing van inkomstenbelasting. Voor de aanmerkelijkbelangheffing wordt het overlijden van een dga namelijk gezien als een fictieve vervreemding van de desbetreffende aandelen. Tot en met 31 december 2009 leidde dit meestal niet daadwerkelijk tot heffing; de belastingclaim kon eenvoudig worden doorgeschoven naar de erfgenamen, met enige beperkingen ten aanzien van buiten Nederland woonachtige verkrijgers. Met ingang van 1 januari 2010 is deze doorschuifregeling echter aangepast en is ze beperkt tot ondernemingsvermogen in de vennootschap.



**Wouter Verstijnen
en Roderik de
Beukelaer**
*Mr. W. Verstijnen RB
en mr. R.J.F. de
Beukelaer RB zijn
beiden belasting-
adviseur bij Zantboer
& Partners B.V.*

In de nalatenschapspraktijk zien we sindsdien dat door deze wijziging de afdracht van inkomstenbelasting bij overlijden substantieel is toegenomen en meermaals omvangrijker is dan de verschuldigde erfbelasting. Het toegenomen belang van de aanmerkelijkbelangheffing leidt ertoe dat in de advisering op het gebied van estate planning en bij de afwikkeling van nalatenschappen nadrukkelijker aandacht aan deze heffing moet worden besteed. In dit artikel zetten we een aantal voor de praktijk relevante advies- en aandachtspunten op een rij.

Vervreemdingsvoordeel

Op grond van art. 4.1 Wet IB 2001 jo. art. 4.12 Wet IB 2001 worden ten aanzien van een box 2-belang de reguliere voordelen, zoals dividend, en vervreemdingsvoordelen als inkomen aangemerkt. Omdat een overgang krachtens erfrecht civielrechtelijk niet als een vervreemdingsvoordeel is te beschouwen, moest worden voorkomen dat het overlijden van de erflater tot een heffingsvacuüm zou leiden. Op grond van art. 4.16, lid 1, sub e Wet IB 2001 wordt de overgang krachtens erfrecht daarom gekwalificeerd als een fictieve vervreemding, waardoor ook bij overlijden de hoofdregel geldt. Dit betekent dat ten tijde van het overlijden het vervreemdingsvoordeel van de erflater wordt vastgesteld en belast. Dit vervreemdingsvoordeel is op grond van art. 4.19 jo. art. 4.22 Wet IB 2001 gelijk aan de waarde in het eco-

nomisch verkeer van de desbetreffende aandelen, verminderd met de verkrijgingsprijs.

Heffing

De aanslag inkomstenbelasting over het vervreemdingsvoordeel wordt opgelegd aan de erflater en komt zo doende ten laste van de nalatenschap. In 2019 is het box 2-tarief, net als in voorgaande jaren, 25%. In het Belastingplan 2019 is vastgelegd dat dit tarief in 2020 toeneemt tot 26,25% en in 2021 tot 26,9%. Bij deze tariefsverhoging is geen overgangsrecht van toepassing, waardoor het hogere tarief ook op oude winstreserves van toepassing is.

Door deze tariefsverhogingen wordt relevant in welk jaar het vervreemdingsvoordeel wordt genoten. Ter voorkoming van een tariefsnadeel kan worden overwogen om dit voordeel (geforceerd) in 2019 te genieten. Dit kan bijvoorbeeld door in 2019 dividend uit te keren, of door de vennootschap te liquideren. Uiteraard moet dit tariefsvoordeel worden afgewogen tegen het liquiditeitsvoordeel dat uitstel van de ab-claim met zich kan brengen. Ook moet de eventuele extra vermogensrendementsheffing in box 3 in deze beoordeling worden betrokken.

Beschikking verkrijgingsprijs

Bij het vaststellen van de omvang van het vervreemdingsvoordeel is de verkrijgingsprijs van de erflater rele-

vant. In de praktijk blijkt regelmatig dat die verkrijgingsprijs niet bekend is omdat deze in het verleden niet is geadministreerd. Hoewel van oudsher de verkrijgingsprijs veelal gelijk is aan het gestort kapitaal, mag deze gedachte niet leidend zijn. Zo zijn er voldoende situaties denkbaar waarin de verkrijgingsprijs afwijkt van hetgeen op de aandelen is gestort; denk aan de situatie dat de aandelen na 1 januari 2010 krachtens erfrecht zijn verkregen en toentertijd is afgerekend over het vervreemdingsvoordeel.

Bij de afwikkeling van een nalatenschap kan een beschikking van de Belastingdienst waaruit de omvang van de verkrijgingsprijs blijkt, het vaststellen van het vervreemdingsvoordeel vereenvoudigen. De vererving lijkt ook een geschikt moment om de verkrijgingsprijs voor de verkrijger(s) schriftelijk te laten vastleggen, ongeacht of deze wordt doorgeschoven of niet. Een (hoge) verkrijgingsprijs kan veel geld waard zijn.

Belastinguitstel voor ondernemingsvermogen

Als wordt voldaan aan een aantal cumulatieve eisen, is het op grond van art. 4.17a Wet IB 2001 mogelijk om de verschuldigde inkomstenbelasting door te schuiven naar de verkrijgers van de aandelen. De doorgaans meest beperkende voorwaarde van deze doorschuifregeling is dat deze alleen kan worden toegepast voor zover de waarde van de vererfde aandelen betrekking heeft op ondernemingsvermogen in de vennootschap.

Voor toepassing van deze doorschuifregeling dient bij de fiscus een verzoek te worden ingediend. Door de werking van art. 4.39a Wet IB 2001 wordt bij een ingewilligd verzoek de verkrijgingsprijs van de erflater – en daarmee de belastingverplichting – doorgeschoven naar de verkrijger van het desbetreffende belang. Overeenkomstig art. 16a Uitv.reg. IB 2001 dient dit verzoek schriftelijk te worden ingediend bij de inspecteur die is belast met de aanslagregeling van de erflater. Wij raden aan om het verzoek te vatten in een brief waarin ook gelijk wordt gevraagd om de verkrijgingsprijs van de erfgenaam/legataris bij beschikking vast te stellen.

Een aandachtspunt voor de praktijk is dat het niet nodig is dat alle verkrijgers dezelfde keuze maken ten aanzien van de doorschuifregeling. Het is mogelijk dat een of meer verkrijgers besluiten om de verkrijgingsprijs door te schuiven terwijl andere verkrijgers besluiten om af te rekenen.¹ Het is van belang om bij het opstellen van testamenten en bij de afwikkeling van nalatenschappen alert te zijn op deze individuele keuzemogelijkheid. Een verkrijger die besluit om niet door te schuiven, belast de nalatenschap, en daarmee de erfgenamen, met een acute belastingclaim die op deze aandelen betrekking heeft, terwijl een verkrijger die besluit om wel door te schuiven deze belastingclaim in de toekomst geheel voor eigen rekening neemt. Om niet-beoogde verschillen hierin te voorkomen – die overigens ook van invloed kunnen zijn op de heffing van erfbelasting – kan worden overwogen om in het testament van de erflater te bepalen dat een erfgenaam, wanneer deze besluit om geen gebruik

te maken van de mogelijkheid om op de voet van art. 4.17a Wet IB 2001 de belastingclaim door te schuiven, verplicht is om de acute belastingheffing die deze keuze tot gevolg heeft voor zijn rekening te nemen.

De invloed van het huwelijks-goederenregime

De omvang van de belastingheffing bij het overlijden van de erflater is mede afhankelijk van de samenstelling van de nalatenschap van de erflater. Op grond van civielrechtelijke beginselen dient eerst een eventueel huwelijksvermogensregime te worden afgewikkeld voordat een beeld wordt verkregen bij de omvang en de samenstelling van de nalatenschap.

Behoort tot een gemeenschap van goederen een box 2-belang, dan bestaat de nalatenschap in beginsel uit een evenredig gedeelte van dit belang en is op dit deel de fictieve vervreemding van art. 4.16, lid 1, sub e Wet IB 2001 van toepassing. Als de erflater daarentegen was gehuwd in koude uitsluiting of onder huwelijksvoorwaarden waarin een finaal verrekenbeding is opgenomen, dan is over de box 2-aandelen inkomstenbelasting verschuldigd voor zover deze tot het eigen vermogen van de erflater behoorden. Dit betekent dat aandelen die op naam zijn gesteld van bijvoorbeeld de vrouw, terwijl de man als eerste komt te overlijden, niet tot de nalatenschap van de man behoren. Pas bij het overlijden van de vrouw als feitelijk aandeelhouder komt art. 4.16, lid 1, sub e Wet IB 2001 aan de orde. Dit is het geval ongeacht of het finaal verrekenbeding de verplichting creëert om bij overlijden van een van beide echtgenoten de waarde van de aandelen in de verrekening te betrekken. De verrekenplicht scheidt immers enkel een verbintenisrechtelijke gerechtigdheid tot de waarde van de aandelen en geen gerechtigdheid tot de aandelen zelf.

Het is mogelijk dat een of meer verkrijgers besluiten om de verkrijgingsprijs door te schuiven terwijl andere verkrijgers besluiten om af te rekenen

Doorschuiving bij verdeling van de huwelijks-goederengemeenschap

In art. 4.17 Wet IB 2001 is een mogelijkheid opgenomen om bij de verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap belastingheffing uit te stellen tot het moment waarop de verkrijgende echtgenoot een (fictieve) vervreemdingshandeling verricht. Het voordeel van deze bepaling ten opzichte van art. 4.17a Wet IB 2001 is dat hier niet de eis wordt gesteld dat de verkrijgingsprijs

slechts kan worden doorgeschoven voor zover het vermogen van de desbetreffende vennootschap uit ondernemingsvermogen bestaat.

De wetgever heeft per 1 januari 2011 de wettekst van art. 4.17 Wet IB 2001 naar eigen zeggen zodanig verduidelijkt dat de doorschuiffaciliteit van deze bepaling enkel kan worden toegepast als de huwelijksgoederengemeenschap op een andere grond wordt ontbonden dan door het overlijden van een van beide echtgenoten. Dit leidt er in de praktijk toe dat, wanneer aandelen tot de huwelijksgoederengemeenschap behoren, in geval van overlijden van een van beide echtgenoten niet aan de ondernemingstoets van art. 4.17a Wet IB 2001 kan worden ontkomen.

Bij een voorzienbaar overlijden zou ter voorkoming van de ondernemingstoets op de toepassing van de doorschuifregeling van art. 4.17 Wet IB 2001 kunnen worden voorgesorteerd. Door te zorgen dat de huwelijksgoederengemeenschap al voorafgaand aan het overlijden is ontbonden, kan genoemde doorschuifregeling wel worden toegepast. Dit is zelfs het geval als de aandelen pas na het overlijden van de erflater worden toegedeeld aan de langstlevende echtgenoot. Immers, aan de eis dat de huwelijksgoederengemeenschap anders dan door overlijden is ontbonden, is in dat geval voldaan. Nu kan de gedachte opkomen om ruimschoots voor een eventueel overlijden de huwelijksgoederengemeenschap te ontbinden, om na het overlijden van de eerste echtgenoot de aandelen aan de langstlevende te kunnen toedelen. Bedenk dan wel dat, wil men voor de doorschuifregeling in aanmerking komen, de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap, al dan niet partieel, binnen twee jaar moet worden verdeeld.

Ook is het een overweging om de bewegingsruimte voor de vermogensplanning in het zicht van overlijden te vergroten door middel van een volmacht waarmee het huwelijksgoederenregime kan worden gewijzigd. Een dergelijke volmacht dient op grond van art. 1:115, lid 1 BW de integrale tekst van de beoogde huwelijkse voorwaarden te bevatten. Met de volmacht kan de gevolmachtigde bijvoorbeeld in het zicht van overlijden het huwelijksgoederenregime zodanig wijzigen dat de aandelen uitsluitend gaan behoren tot het vermogen van de (verwacht) langstlevende. Bij een huwelijksgoederengemeenschap kan deze gemeenschap met de volmacht worden ontbonden, terwijl bij de koude uitsluiting juist eerst, onder toepassing van art. 4.17 Wet IB 2001, een huwelijksgoederengemeenschap kan worden gecreëerd, om deze een dag later met behulp van een tweede volmacht te ontbinden. Door deze stappen voorafgaand aan

het overlijden te zetten, kan belastingheffing bij het eerste overlijden worden uitgesteld. Wat het economische belang van een dergelijk uitstel is, is afhankelijk van de situatie van de desbetreffende echtgenoten.

Testamenteire aandachtspunten

Zoals gezegd wordt de aanslag inkomstenbelasting voor de fictieve vervreemding van het aanmerkelijk belang bij overlijden opgelegd aan de erflater. Hierdoor is het in de adviespraktijk uiterst belangrijk dat zorgvuldig wordt geadviseerd over de opname van legaten van box 2-belangen in testamenten. Immers, als in het testament van de erflater is opgenomen dat de door hem gehouden aandelen na zijn overlijden toekomen aan een legataris, wordt deze in beginsel niet verplicht om ook de door de nalatenschap verschuldigde inkomstenbelasting voor zijn rekening te nemen. De aanslag komt dan voor rekening van de erfgenamen. Zijn de erfgenamen niet, of in een andere verhouding als legataris benoemd, dan zullen ze wel inkomstenbelasting verschuldigd zijn, maar niet de aandelen krijgen. Dit kan in de praktijk als onwenselijk worden ervaren en kan ook tot een negatieve nalatenschap leiden. In een dergelijk geval valt aan te raden om aan de afgifte van het legaat de verplichting te verbinden dat de legataris de inkomstenbelasting voor zijn rekening neemt die door de erfgenamen verschuldigd is geworden.

Let op met vruchtgebruik!

Een bijzonder aandachtspunt geldt voor de situatie waarin een erflater in zijn testament het vruchtgebruik van de aandelen heeft gelegateerd. Een dergelijk legaat kan grote gevolgen hebben voor de toekomstige heffing van inkomstenbelasting. Op grond van art. 4.39a, lid 2 Wet IB 2001 wordt namelijk bij de vestiging van een vruchtgebruik de (verhoogde) verkrijgingsprijs van de erflater naar evenredigheid verdeeld over de vruchtgebruiker(s) en de blote eigena(ar)(en). Bij een jonge vruchtgebruiker leidt dat ertoe dat aan deze een relatief groot gedeelte van de mogelijk aanzienlijk verhoogde verkrijgingsprijs wordt toegerekend. De blote eigenaren hebben daardoor een relatief beperkt aandeel in de oorspronkelijke verkrijgingsprijs meegekregen. Tijdens het leven van de vruchtgebruiker hoeft men niet direct hinder te ondervinden van een dergelijk vruchtgebruik, maar bij het toekomstige overlijden resteert doorgaans een negatief vervreemdingsvoordeel. De verkrijgingsprijs van de vruchtgebruiker is dan namelijk hoger dan de waarde van het vruchtgebruik; dat is na het overlijden immers nihil. Aldus ontstaat er bij het overlijden van de vruchtgebruiker een verlies. De verliesverrekeningsregels van afdeling 4.10 verzachten dit niet. Omdat vervolgens bij het overlijden van de blote eigenaar slechts rekening kan worden gehouden met een relatief lage verkrijgingsprijs, wordt op dat moment nogmaals inkomstenbelasting geheven over het deel van de verkrijgingsprijs dat bij het ontstaan van het vruchtgebruik is toegerekend aan de vruchtgebruiker. Zeker wanneer bij het overlijden van de erflater wordt

Bij een voorzienbaar overlijden zou op de toepassing van art. 4.17 Wet IB 2001 kunnen worden voorgesorteerd

afgerekend over het vervreemdingsvoordeel, dient bewust te worden stilgestaan bij de gevolgen van het vestigen van een vruchtgebruik.

Overlijdensdividend

Als bij het overlijden van de erflater een vervreemdingsvoordeel in aanmerking is genomen, is het mogelijk om een bedrag ter grootte van maximaal het in aanmerking genomen vervreemdingsvoordeel onbelast als dividend uit te keren (art. 4.12a Wet IB 2001 jo. art. 4e Wet DB 1965). Op deze wijze is het administratief eenvoudig om belastingvrij vermogen aan de desbetreffende vennootschap te onttrekken. Zonder art. 4.12a Wet IB 2001 zou het overigens na een overlijden ook mogelijk zijn om vermogen onbelast aan de vennootschap te onttrekken door middel van een onbelaste terugbetaling van kapitaal. Die route kent echter meer administratieve voorschriften.

Voorwaarden

De wettekst van art. 4.12a Wet IB 2001 kent een aantal voorwaarden waardoor het niet in alle situaties mogelijk is om gebruik te maken van deze faciliteit. Hierbij valt te denken aan de situatie dat slechts een gedeelte van de aandelen in een vennootschap is vererfd en de andere aandelen niet door de erfgenamen worden gehouden. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat op de aandelen een vruchtgebruik is gevestigd. Als dat het geval is, wordt het dividend genoten door de vruchtgebruiker, terwijl ook een deel van de verkrijgingsprijs is toegerekend aan de blote eigenaar. Hierdoor kan art. 4.12a Wet IB 2001 in beginsel slechts beperkt worden toegepast. Het fiscale nadeel zoals we dat hiervoor bij vruchtgebruik hebben beschreven, kan daarentegen op deze wijze mogelijk (gedeeltelijk) worden weggenomen; de onbelaste uitkering op grond van art. 4.12a Wet IB 2001 verlaagt namelijk de verkrijgingsprijs van de vruchtgebruiker. Een negatief vervreemdingsvoordeel bij het overlijden van de vruchtgebruiker is dan mogelijk minder aan de orde.²

Ten slotte

Door de beperking van de doorschuifregeling bij overlijden wordt sinds 2010 meer inkomstenbelasting afgedragen bij het overlijden van een dga. Het belang van goed advies hierover, zowel in het kader van estate planning als bij de afwikkeling van nalatenschappen, is daardoor toegenomen. In dit artikel hebben wij om die reden een aantal aandachtspunten uitgewerkt die in deze praktijk van belang zijn, maar niet altijd scherp op het netvlies staan. Kort samengevat zijn dit de volgende punten:

- administreer de verkrijgingsprijs van ab-aandelen zorgvuldig, zowel van de erflater als van de verkrijgers van deze aandelen;
- anticipeer in voorkomende gevallen op de verhoging van het ab-tarief in 2020 en 2021;
- wees alert op de invloed van het huwelijksvermogensregime op de omvang van de fictieve vervreemding bij overlijden. Een finaal verrekenbeding is hierbij niet

Een bijzonder aandachtspunt geldt voor de situatie waarin een erflater in zijn testament het vruchtgebruik van de aandelen heeft gelegateerd

hetzelfde als een huwelijksgemeenschap. Door tijdens leven een huwelijksgemeenschap aan te gaan en/of te verdelen kan gebruik worden gemaakt van de doorschuifregeling, zelfs als er geen sprake is van ondernemingsvermogen in de vennootschap;

- sta zorgvuldig stil bij de vormgeving van testamentaire regelingen. Denk in dit kader bij een legaat van ab-aandelen aan de vraag ten laste van wie de ab-heffing van de erflater moet komen. Van belang is verder dat een vruchtgebruik op de langere termijn kan leiden tot verdamping van de verkrijgingsprijs van de vruchtgebruiker en dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat niet iedere erfgenaam besluit om de verkrijgingsprijs door te schuiven;
- de mogelijkheid tot het uitkeren van overlijdensdividend is een eenvoudige manier om het eerder belaste vervreemdingsvoordeel onbelast naar privé uit te keren. Als het vanwege de voorwaarden voor deze faciliteit niet mogelijk is om hiervan gebruik te maken, kan worden overwogen om via afstempeling van kapitaal de uitkering naar privé onbelast te laten plaatsvinden. <<<

Noten

- 1 Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, onderdeel 5.2.1.
- 2 Zie voor een nadere toelichting op de regeling van het overlijdensdividend en de voetangels en klemmen hierbij: mr. W.Verstijnen, Art. 4.12a Wet IB 2001; een ogenschijnlijk eenvoudige regeling met de nodige voetangels en klemmen, *Civiel en fiscaal Tijdschrift Vermogen*, april 2016.

