

# Artikel

## 10 jaar nieuw erfrecht en de fiscaliteit

‘Niet meer inhoudelijk overeenkomen met?’

Prof. dr. B.M.E.M. Schols\*

### 1 Volkserfrecht en/of fiscaal erfrecht?

118

Het begon allemaal in 2003 met de komst van de wettelijke verdeling. Was het prachtige volkserfrecht ook geschikt als *fiscaal* planningsinstrument? Het antwoord hierop was onder verwijzing naar artikel 4:18 van het Burgerlijk Wetboek (BW) snel te geven: neen. Een driemaandstermijn om beslissingen te nemen is (zacht uitgedrukt) na een overlijden aan de korte kant. En als de langstlevenden aan het ongedaan maken slaan, dan geldt de slagzin ‘alles of niets’. Bekende kost. Verdelen of overdragen, andere fiscale consequenties, oftewel onbelast of belast? Niets mis met de wettelijke verdeling, maar deze versterfrechtelijke rechtsfiguur heeft nu eenmaal niet de status van een flexibel testament. Bewuste erfrechtelijke keuzes (om niet te hoeven kiezen) moeten uiteraard worden gerespecteerd.

De wetgever heeft er, voorafgaand aan 2003, wel hard voor geijverd om het nieuwe erfrechtelijke systeem van de wettelijke verdeling (en wat daarmee *inhoudelijk overeenkwam*) zo fiscaal geruisloos mogelijk over de Bühne te brengen.

Dit bleek onder meer uit het feit:

- a. dat de mogelijkheid om de rente te wijzigen bij de wettelijke verdeling (en hetgeen daarmee inhoudelijk

overeenkomt) successierechtelijk gevolgd wordt (thans art. 1 lid 3 en 4 van de Successiewet 1956; SW 1956);

- b. dat de erfrechtelijke, niet-opeisbare geldvorderingen op de langstlevende ter zake van de wettelijke verdeling dan wel inhoudelijk overeenkomende verdelingen voor de inkomstenbelasting werden gedefiscaliseerd (art. 5.4 van de Wet inkomstenbelasting 2001; Wet IB 2001).

Kortom, bij de wettelijke verdeling geldt snel (fiscaal) ‘rien ne va plus’, maar desondanks levert de wettelijke verdeling fiscale faciliteiten op.

*Conclusie I:* de wettelijke verdeling is niet flexibel, maar probeer wel (testamenteer) ‘inhoudelijk overeen komen’ hiermee. Althans ten tijde van de aftrap in 2003. Ik beschrijf het vertrekpunt.

### 2 Een niet-dwingende erfrechtelijke cultuur

De belangrijkste reden van de grote fiscale creativiteit de afgelopen tien jaar was het terugbrengen van de als erfgenaam optredende legitimaris tot verbintenisrechtelijk schadevergoedingsgerechtigde. En dat niet alleen: de schadevergoeding hoeft tot het overlijden van de langstlevende niet te worden uitgekeerd. De kinderen konden niet meer als stoorzender optreden bij het maken van de fiscale keuzes. Het ongestoorde voortleven van de langstlevende was immers de nieuwe norm geworden (art. 4:82 BW). Elk langstlevendentestament kon – civielrechtelijk gezien – probleemloos worden gemaakt. En het liet zich raden dat de hierdoor ontstane

\* Prof. dr. B.M.E.M. Schols is hoogleraar aan het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en tevens verbonden aan ScholsBurgerhartSchols Estate Planning te Nijmegen.

ruimte fiscaal benut zou worden. In jargon ontwikkelde zich dan ook al snel de terminologie van het ‘eerste’ en het ‘tweede’ overlijden. Het benutten van de fiscale ruimte werd vaak gezocht in de ventieltechniek, oftewel het na het overlijden van de erflater strategisch vaststellen van de erfrechtelijke rente. Het klassieke gebruik beperkte zich veelal tot het tweede overlijden, oftewel de oprenting. De nieuwe niet door legitimarissen verstoorte toepassing maakte ook gebruik van het *verlagen* van de rente. Het prikken van een lage of zelfs nihilrente betekende veel fictief vruchtgebruik, hetgeen betekende veel verkrijging voor de langstlevende, hetgeen weer betekende vrijstellingverhogend vermogen.

*Conclusie II:* civielrechtelijk zijn er nagenoeg geen beperkingen voor de keuze van het langstlevendentestament (art. 4:82 BW), fiscaal daarentegen was in beginsel het ‘*inhoudelijk overeenkomen*’ met de wettelijke verdeling gewenst.

In zoverre zijn alle testamentaire mogelijkheden van het nieuwe erfrecht in de eerste jaren na 2003 nog niet helemaal tot hun recht gekomen en was er fiscaal nog een lange weg te gaan, de weg van het *niet meer* inhoudelijk te hoeven overeenkomen.

### 3 De ventieltechniek

Het denken over de erfrechtelijke renteclausules en daarmee de ontwikkeling van het leerstuk van de geoorloofde delegatie werd onder meer geïnspireerd door het nieuwe artikel 4:13 lid 4 BW en is het vertrekpunt in 2003 voor het ontwikkelen van het flexibele renteleerstuk de wettelijke verdeling geweest:

‘De in lid 3 bedoelde geldsom wordt, *tenzij de erflater, dan wel de echtgenoot en het kind tezamen, anders hebben bepaald*, vermeerderd met een percentage dat overeenkomt met dat van de wettelijke rente, voor zover dit percentage hoger is dan zes, berekend per jaar vanaf de dag waarop de nalatenschap is opengevallen, bij welke berekening telkens uitsluitend de hoofdsom in aanmerking wordt genomen.’ (curs. BS)

Achteraf – na het overlijden – kon de omvang van de erfrechtelijke verkrijging nog door de verkrijger worden beïnvloed. En werd dit dan ook fiscaal nog gevolgd? Het doek valt successierechtelijk toch bij het overlijden? In artikel 1 lid 3 sub b SW 1956 lezen we over (inderdaad) de wettelijke verdeling:

- ‘De verkrijging ten gevolge van de vaststelling van een rentevergoeding op grond van: (...)
- een overeenkomst als bedoeld in artikel 13, vierde lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, wordt voor de toepassing van deze wet geacht alleen krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen indien deze binnen de met inachtneming

van artikel 45 vastgestelde aangiftetermijn is vastgesteld of overeengekomen.’

De vele discussies die er in de (vooral Tilburgse versus Nijmeegse) wetenschap en de rechtspraak zijn gevoerd (en die ik hier niet zal overdoen), hebben gemaakt dat we in 2010, althans op het gebied van de ventieltechniek, de wettelijke verdeling en het ‘inhoudelijk overeenkomen met’ konden verlaten. In artikel 1 lid 3 sub a SW 1956 is de nieuwe norm voor het ventieldenken:

‘De verkrijging ten gevolge van de vaststelling van een rentevergoeding op grond van:

- een *uiterste wilsbeschikking* ten aanzien van vorderingen en schulden die zijn ontstaan krachtens erfrecht (...) wordt voor de toepassing van deze wet geacht alleen krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen indien deze binnen de met inachtneming van artikel 45 vastgestelde aangiftetermijn is vastgesteld of overeengekomen.’ (curs. BS)

*Conclusie III:* sinds de modernisering van de SW 1956 in 2010 is de wettelijke-verdeling(achtige) geen must meer voor de ventieltechniek. Met elke uiterste wil (met een tenzijte achter de renteclausule) kan men ventileren.

### 4 De inhoudelijk overeenkomende quasiwettelijke verdeling

Wie teruggaat naar 2003 begrijpt dat in de wetenschappelijke laboratoria gezocht is naar een testamentaire variant die enerzijds flexibel is, maar anderzijds om fiscale redenen overeenkomt met de wettelijke verdeling.<sup>1</sup> Zoals in de vorige paragraaf gezien, was dit voor de erfbelasting (lees: ventieltechniek) vanaf 2010 geen must meer. Voor de defiscalisatie in de inkomstenbelasting (lees: het defiscaliseren van de niet-opeisbare erfrechtelijke vorderingen) speelde het ‘inhoudelijk overeenkomen met’ op dat moment nog een grote rol.

Wie zoekt die vindt, en wel de *quasiwettelijke verdeling*, die in beginsel als volgt opgebouwd wordt:

- Het uitsluiten van de wettelijke verdeling.
- Met het oog op de overgang van de nalatenschap naar de volgende generatie (en de grootst mogelijke flexibiliteit) kreeg moeder een zo klein mogelijk erfdeel (1/100<sup>e</sup>) en de kinderen een zo groot mogelijk erfdeel (99/100<sup>e</sup>).
- De langstlevende (of een derde) kreeg in de uiterste wil als executeur-afwikkelingsbewindvoerder de bevoegdheid (art. 4:171 BW), in beginsel versterkt

1. B.M.E.M. Schols, De quasi-wettelijke verdeling als Teilungsanordnung I en II, WPNR (2004) 6571 en 6572.

met een testamentaire last (art. 4:130 BW), om de (onverdeelde) nalatenschap, bijvoorbeeld binnen een periode van twee jaar na het overlijden, te verdelen *à la* de wettelijke verdeling. De flexibiliteit kon verder worden gezocht in het feit dat de testamentaire last opgelegd werd onder de ontbindende voorwaarde dat de langstlevende de last naast zich neer zou leggen. Let wel: de last had wel degelijk realiteit, aangezien de kinderen als erfgenamen afhankelijk waren van een handeling van de langstlevende. Weekte de langstlevende de testamentaire last niet los, dan waren de overige erfgenamen wel degelijk aan de last gebonden.

- d. Uiteraard worden – in ‘deel B’ van de combi – met het oog op de eventuele ongedaanmaking van de testamentaire last, ten behoeve van de langstlevende keuzelegaten (volle eigendom tegen inbreng van de waarde en recht van vruchtgebruik) opgenomen.

In ieder geval was, afgezien van alle keuzemogelijkheden, waaronder begrepen de ventieltechniek (en het afvullegaat), de mogelijkheid van het inhoudelijk overeenkomen met de wettelijke verdeling via de quasiwettelijke verdeling binnen handbereik. Over de actuele stand van zaken van dit keuzetestament hierna meer. Eerst een andere belangrijke fiscaal-erfrechtelijke ontwikkeling in het afgelopen decennium.

*Conclusie IV:* de ingrediënten om op flexibele wijze een wettelijke verdeling na te bootsen zijn in het nieuwe erfrecht zonder meer voorhanden. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de afwikkelingsbewindvoerder speelt daarbij een belangrijke rol.

## 5 Op de fiscale ‘Radar’ verscheen het enig erfgenaamschap met tweetrappert

Bij alle fiscale gebeurtenissen veroorzaakt door de nieuwe erfrechtelijke mogelijkheden per 2003 mag het zogeheten Radartestament niet ontbreken. Toen de camera-ploeg de Nijmeegse Radboud Universiteit binnenstapte, konden wij (de ‘gebroeders Schols’) niet bevroeden wat een interview allemaal teweeg kon brengen in de erfrechtelijke wereld. We schrijven dan maart 2010. Zo was op [parool.nl](http://parool.nl) op 8 maart 2010 te lezen, met als kop ‘Nederlanders wijzigen massaal hun testament’:

‘Ouders lopen de deur plat bij notariskantoren om het testament te veranderen. Ze willen zo een belastingaanslag van de fiscus over het kindsdeel ontlopen. (...)

Bij notariskantoren in het hele land heeft de hele week de telefoon niet stilgestaan. De agenda’s staan inmiddels vol met duizenden afspraken om alsnog

een testament op te maken of het bestaande testament te herzien.

In Radar kwam een weduwnaar aan het woord die kort na de dood van zijn vrouw een aanslag van duizenden euro’s van de fiscus op de deurmat vond voor successierechten over de kindsdelen. Op zich geen vreemde situatie, maar omdat sinds januari 2003 wettelijk is geregeld dat de hele nalatenschap naar de langstlevende partner gaat, hebben veel mensen niet in de gaten dat er over de vorderingen die de kinderen hebben (het kindsdeel) al wel belasting door de overblijvende ouder moet worden betaald.’

Deze fiscale ontwikkeling dient te worden gezien in het licht van de hierboven aangestipte civielrechtelijke ontwikkeling inhoudende het terugdringen van de rechten van de legitimaris (schadevergoeding en niet-opeisbaarheid). Wel kan worden gesteld dat het relatief lang geduurd heeft tot deze basale fiscale mogelijkheden (van 2003 tot 2010) massaal ontdekt en toegepast zijn. De kern van het Radartestament is dat de partnervrijstelling van afgerond € 600.000 optimaal benut wordt (door de ‘kleine’ erfrechtelijke man) met een enig erfgenaamschap ten behoeve van de langstlevende. Bij het tweede overlijden is de fiscale klap dan wel extra groot, aangezien het vermogen van de langstlevende alsdan in één keer vererft, zonder aftrek van erfrechtelijke schulden ontstaan door het ‘eerste’ overlijden. De progressie doet haar werk. Deze klap kan enigszins worden verzacht door het gebruik van de *tweetrappert* techniek van artikel 4:141 BW. De langstlevende verkrijgt onder ontbindende voorwaarde en de kinderen verkrijgen onder opschortende voorwaarde van overleven. Een emotioneel voordeel is dat de kinderen niet ontfermd zijn. Over de verkrijging onder opschortende voorwaarde hoeft op grond van artikel 21 lid 2 SW 1956 nog geen erfbelasting te worden betaald. Deze hoeft op grond van artikel 21 lid 4 SW 1956 eerst te worden betaald als de langstlevende overlijdt, oftewel de voorwaarde vervuld wordt en het genot van de kinderen aanvangt. In de (fiscale) volksmond: ‘twee keer’ de kindvrijstelling en ‘twee keer’ de eerste schijf (10 procent). Eén keer van vader en één keer van moeder (oftewel twee keer één keer). De progressiedruk (en daarmee de fiscale verzachting bij het tweede overlijden) is een feit. In de regel zal een langlopende oprenting van de erfrechtelijke vordering (6 procent samengesteld) bij een tweede overlijden ongetwijfeld een groter fiscaal voordeel opleveren. Maar inderdaad, dan dient in de eerste nalatenschap wel door de langstlevende over de erfrechtelijke vorderingen van de kinderen erfbelasting betaald te worden. Dit doet in ieder geval pijn als het geld in de bakstenen zit. Het is dan ook niet vreemd dat in dezen nog wel eens uit de mond van de langstlevende te horen is: ‘Na mij de zondvloed.’ Laat het tweede overlijden maar duurer zijn, bij het eerste houd ik het geld successierechtelijk zo veel mogelijk in de knip, voor bijvoorbeeld een nieuwe wasmachine of het betalen van het collegegeld van de kinderen. Wat ervan zij, het Radartestament staat fiscaal op de landkaart.

De Radargedachte van het testamentair ‘afvullen’ van de langstlevende om bij het eerste overlijden optimaal van de grote partnervrijstelling gebruik te maken, was reeds in de quasiwettelijke verdeling verwerkt, maar dan niet in de vorm van een enig erfgenaamschap ten behoeve van de langstlevende, maar in de vorm van een legaat. Inderdaad: het afvullegaat.

Wie alle denkbare combinaties wil maken in een keuze-testament, combineerde na ‘Radar’ het afvullegaat met een tweetrapslegaat.

*Conclusie V:* onder de koosnaam ‘Jabulani’ (tweetrapper op het afvullegaat) is de Radarfilosofie ook ingebouwd in het keuzetestament.

## 6 Uitvoering van de uiterste wil en artikel 10 SW 1956?

Indien bij de aanvaarding en uitvoering van het keuzetestament ten laste van het vermogen van de genietende (toekomstige) erflater *rechtshandelingen* worden verricht, komen we op het beruchte terrein van artikel 10 SW 1956, oftewel HR 19 juni 2009, BNB 2009/224 (het Turbotestament-arrest). Indien deze fictie van toepassing zou zijn, is dit bij het tweede overlijden een estate-planningsramp. Het bij het eerste overlijden door de kinderen verkregen vermogen zou immers (bij wijze van fictie) nog een keer komen te vererven. We moeten er maar niet aan denken. Gelukkig is er uiteindelijk in artikel 10 lid 5 en 6 SW 1956 een ontheffing gekomen voor alle verdelingachtigen (in volle eigendom) en alle keuzelegaattestamenten (in volle eigendom). Vruchtgebruiklegaten om niet zijn cadeautjes van de overledene en worden derhalve niet ten laste van het vermogen van de langstlevende verkregen. Het is verstandig om bij combinatietestamenten met kleine erfdelen voor de langstlevende te werken. Indien de quasiwettelijke verdeling ‘ongedaan’ zou worden gemaakt, zou maximaal het kleine erfdeel onder de klem van de fictie komen.

Artikel 10 SW 1956 is derhalve voor het langstlevenden-testament te bezweren. De laatste stap die wij moeten zetten – indachtig het fiscaal gewenste inhoudelijke overeenkomen – is het sjabloon van de *defiscalisatie*.

*Conclusie VI:* de turboaanval op het keuzetestament is in artikel 10 lid 5 en 6 SW 1956 door de wetgever onschadelijk gemaakt.

## 7 Artikel 5.4 Wet IB 2001 nieuw: defiscalisatie voor ‘iedereen’?

De fiscus had het keuzetestament nog aardig in de grip. Wilde men immers voor de inkomstenbelasting ‘defisca-

liseren’, hetgeen in de praktijk in de regel als prettig ervaren werd, dan moest – al was het maar achteraf bij de afwikkeling van de nalatenschap – bij het patroon van de wettelijke verdeling aangesloten worden. Deze tijden zijn echter (sinds 1 januari 2012) voorbij. ‘Alle’ erfrechtelijke varianten staan thans op de menukaart van de defiscalisatie voor box 3 van de inkomstenbelasting. Kijkt u gerust maar even in het nieuwe artikel 5.4 Wet IB 2001 rond, een hele lap tekst. Pak hem er maar bij. Er is genoeg van uw erfrechtelijke gading, genoeg te kiezen. Van keuzelegaat tegen inbreng van de waarde, enig erfgenaamschap met niet-opeisbare legaten (‘anderszins’) en vruchtgebruiktestament tot tweetrapstestament (lid 7), alle varianten zijn per 1 januari 2012 gedefiscaliseerd, althans in het gezinserfrecht (groep 1). In zoverre volstaat thans als eenvoudig langstlevende-keuzetestament: het keuzelegaat-volle eigendom-vruchtgebruiktestament.

*Conclusie VII:* met de komst van het nieuwe artikel 5.4 Wet IB 2001 per 1 januari 2012 is de wettelijke-verdelingachtige geen must meer voor defiscalisatie van het langstlevendentestament.

## 8 De fiscale keuzetestamentbrief

En toen verstuurde na tien jaar nieuw erfrecht een inspecteur op 6 juni 2013, V-N 2013/40.14, een brief met de mededeling dat de quasiwettelijke verdeling niet gevolgd werd voor de heffing van erfbelasting. Wist de inspecteur niet dat de fiscale oorlog rond keuzetestamenten al lang voorbij was? Had niemand hem dat verteld? In de parlementaire geschiedenis kunnen we toch uitdrukkelijk lezen, Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. D, p. 22:

‘Indien het testament, en dus ook die waarin een zogenoemde quasi-wettelijke verdeling is opgenomen, de civielrechtelijke toets kan doorstaan, zijn de vorderingen ontstaan krachtens erfrecht. Hierop is dan *uiteraard* artikel 1, derde lid, van de Successiewet 1956 van toepassing.’ (curs. BS)

Voor vragen over het aanleggen van de civielrechtelijke toets ten aanzien van de afwikkelingsbewindvoerder verwijs ik u naar de bijdrage van Dirk-Jan Maasland aan dit themanummer. Anders gezegd: de afwikkelingsbewindvoerder staat civielrechtelijk als een huis.

En wat de betreffende fiscale brief betreft wil ik u het volgende nieuwsbericht, dat van de zijde van de Vereniging van Estate Planners in het Notariaat geplaatst werd als laatste regels op de laatste bladzijde van het novembernummer van Fiscaal Tijdschrift Vermogen, uiteraard niet onthouden:

‘Naschrift: EPN heeft naar aanleiding van de door prof. Schols besproken brief telefonisch overleg

gehad met het Ministerie van Financiën. Het Ministerie heeft aangegeven dat de brief geen beleidsbesluit is en evenmin het standpunt van de Belastingdienst verwoordt.’

Mooi. De rust keert weder.

*Conclusie VIII:* de brief van 6 juni 2013 dient snel te worden vergeten.

En inderdaad: de inspecteur heeft inmiddels een nieuwe brief geschreven. De kop van notamail 2013/313 spreekt dan ook boekdelen: ‘Inspecteur corrigeert zich: artikel 1 lid 3 SW geldt wél bij quasi-wettelijke verdeling.’

## 9 Het is na tien jaar volbracht?

De fiscale perikelen rond de quasiwettelijke verdeling lopen nagenoeg synchroon met de beschrijving van de ontwikkeling van tien jaar (nieuw) erfrecht en fiscaliteit. In drie woorden: *ventileren*, *afvullen* en *defiscaliseren*. Zelfs de Radargekte is in de vorm van een *tweetrapsafvullegaat* in het raamwerk verwerkt.

Het is volbracht. De fiscale gedachte achter de *quasiwettelijke verdeling* heeft de eerste tien jaar erfrecht overleefd. Het is de fiscale wegbereider geweest naar het keuzelegaat volle eigendom tegen inbreng van de waarde gecombineerd met het legaat van vruchtgebruik. Kan de quasiwettelijke verdeling al naar het rusthuis voor erfrechtelijke relikwieën? Zeker niet.

122

Het denken en uitwerken van de keuzelegaten tegen inbreng van de waarde staan nog in de erfrechtelijke kinderschoenen. Het afwickelen van een verdelingachtige wordt als eenvoudiger ervaren als een legaat tegen inbreng van de waarde. Bij een verdelingachtige is ook eenvoudiger te regelen voor wiens rekening de schulden komen, en wie weet welke fiscale faciliteiten ooit nog aan een verdelingachtige gekoppeld zullen worden, die wellicht aan een legaat onthouden worden. En niet te vergeten: een model van een (quasi)wettelijke verdeling staat kant-en-klaar in de wet.

De geest van de ouderlijke boedelverdeling (OBV) waart na tien jaar nieuw erfrecht in de fiscale wereld binnenkort niet meer rond?<sup>2</sup> Het ‘*inhoudelijk overeenkomen met*’ is voorbij? Of toch niet? Zoals altijd geldt ook hier: de praktijk is sterker dan de leer. Over tien jaar weten we meer.

En voor nu: aanstaande vrijdag (22 november 2013) orakelt de Hoge Raad over de bedrijfsopvolgingsregeling in de SW 1956 en het gelijkheidsbeginsel: spannend!

Ook deze kwestie is inmiddels als een nachtkaaars uitgegaan oftewel er is géén sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel.

2. Uiteraard blijft de OBV via het overgangsrecht en alle OBV-plusoperaties (denk aan het toevoegen van executeurs, ventieltechnieken en afvullegaten) nog vele jaren bij ons.