

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/192413>

Please be advised that this information was generated on 2019-01-24 and may be subject to change.

Boom juridisch
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
E info@bjv.nl
I www.boomjuridisch.nl

EstateTip

Review

Afl. 2018-12

28 maart 2018

Alle flexstress definitief voorbij. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:199

2018 begon al goed, bijvoorbeeld doordat de fiscus zich, in Hof Arnhem-Leeuwarden 9 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:199, met betrekking tot de fiscale status van een renteclausule in een *'quasi-wettelijke verdeling'* (QVV) bediende van de navolgende stelling, zulks met het oog op het geschil of tot de verkrijging van belanghebbende terecht een fictief vruchtgebruik is gerekend:

'Verder is de rechtsregel van het arrest van 2 januari 1903 niet van toepassing aangezien er geen sprake is van een *zuiver contractuele verdeling* door de erfgenamen, maar *een verdeling die zijn grondslag vindt in het testament.*' (Curs. BS)

En onder het kopje (in vet 4) beoordeling van het geschil, onder het subkopje *'Fictief vruchtgebruik?'* is te lezen:

'4.7 Vast staat dat belanghebbende *op grond van het testament* de nalatenschap heeft verdeeld als ware er een wettelijke verdeling als bedoeld in art. 4:13 van het BW. Dientengevolge hebben de zonen een geldvordering op belanghebbende verkregen.' (Curs. BS)

En wat te denken van deze frase van het hof:

'4.8 [...] In het onderhavige geval is, nu in het testament de testamentaire last – van de verdeling als ware er een wettelijke regeling – het uitgangspunt is en alleen binnen twee jaar na het overlijden ongedaan kan worden gemaakt dan wel kan worden laten vervallen, daarvan naar het oordeel van het Hof sprake.'

Duidelijke taal. Hoe anders is dit in bepaalde kringen ooit geweest. Sinds de fiscale brief van de Rotterdamse inspecteur van 21 november 2013, *Notamail* 2013, nr. 313, waarin de 'QVV' voor de ventieltechniek erkend werd, zijn we deze erfrechtelijke 'flexstress' gelukkig vergeten. Overigens werd de Belastingdienst door het hof in zijn uitspraak de dato 9 januari 2018 inzake het *testamentair* 'inhoudelijk overeenkomen' van de quasi-wettelijke verdeling met de wettelijke verdeling (uiteraard) in het gelijk gesteld.

Weet u nog hoe staatssecretaris De Jager het fiscaal gemunt had op het flexibel testen? Maar het zij hem met het verstrijken der jaren met terugwerkende kracht vergeven. In die tijd van de modernisering der Successiewetgeving beschikte hij immers nog niet over het prachtige proefschrift van Nathalie Bauduin uit Maastricht, diss.

Radboud Nijmegen (2014) over 'Wilsdelegatie in het erfrecht'. Ongeoorloofde delegatie werd met Zuidelijke flexibiliteit omgebogen tot geoorloofde delegatie.

Naar aanleiding van het juweeltje van Hof Arnhem-Leeuwarden van 9 januari van dit jaar over de fiscale testamentaire wil heb ik nog eens gebladerd door de oude parlementaire geschiedenis over de modernisering van de Successiewetgeving aan de vooravond van 2010. De spanning uit die tijd was meteen weer voelbaar. Enkele passages voor de vuist weg, B.M.E.M. Schols, 'Jagen op de executeur of De Jager en de executeur', *Lustrumuitgave van het Genootschap van Estate Planners (GEP)*, p. 28-30:

De Staatssecretaris:

'Ik noem ook de aanpak van ongewenste methoden om belasting te ontwijken via onder andere de APV's en keuzetestamenten. Bij deze laatste is geen sprake van de laatste wil; daarin wordt gezegd: kies maar, erfgenamen. *Het is zelfs zo dat wordt gezegd: executeur testamentair, kies maar wie mijn erfgenamen zijn en verdeel maar op de fiscaal meest gunstige manier.* Dit soort testamenten was erg in opkomst.' (Curs. BS)

De heer Omtzigt (CDA):

'Ik was nog vergeten om de staatssecretaris te bedanken voor een goede technische briefing waar wij als Kamer veel aan hebben gehad. Zeker de eerste presentatie en de informatie die daarbij werd gegeven, waren excellent. Ik heb een vraag over het voorbeeld dat de staatssecretaris net gaf. *Komt het echt voor dat de executeur-testamentair kan kiezen wie de begunstigde is? Is dat ook wettelijk toegestaan?*' (Curs. BS)

Remkes (VVD) haakte er als volgt op in:

'Voorzitter. Collega Omtzigt maakte daarnet ook een opmerking hierover, maar ik zou het op prijs stellen als de staatssecretaris hierop ingaat in de brief die morgenochtend nog zal worden geschreven. Er mogen geen misverstanden bestaan over de vraag of een executeur kan bepalen wie wat erft. Mij lijkt dat helemaal niet mogelijk, omdat dat volgens mij – zeg ik als niet-jurist – een ongeoorloofde wilsbeschikking zou zijn. Hierover mogen geen verhalen de ronde blijven doen.'

Staatssecretaris De Jager:

'[...] Dan nog even de vraag over het testament. Voor alle duidelijkheid: ik heb gezegd dat er *keuzetestamenten* zijn waarbij heel veel keuzes door de *testamentair executeur* worden gemaakt. Ik heb zelf een testament gezien dat mij door de Belastingdienst als voorbeeld is aangereikt. De keuzevrijheid daarvan was extreem. De Belastingdienst heeft zich ook wel eens de vraag gesteld of er civielrechtelijk nog sprake was van een laatstewilbeschikking. Die vraag biedt echter onvoldoende gronden voor de Belastingdienst om zo'n testament aan te vechten. Je kunt inderdaad de vraag stellen of dit civielrechtelijk wel kan. Het testament bevatte een extreme mate van keuzevrijheid. Dit had duidelijk mede tot doel om de meest optimale fiscale benadering te kiezen bij de toepassing van het testament. Het antwoord op de vraag of dit dan het geval is, is dus ja. Of er in civielrechtelijke termen dan nog sprake is van een laatstewilbeschikking mag inderdaad betwijfeld worden. Toch is die conclusie waarschijnlijk onvoldoende voor de Belastingdienst om dit te bestrijden. *Dus is er een wetswijziging nodig* om dit soort dingen beter te kunnen bestrijden en duidelijk te stellen dat dit niet zo maar kan.' (Curs. BS)

Na een nachtje slapen antwoordde De Jager per brief als volgt:

‘Naar aanleiding van de gesignaleerde ontwikkeling dat in testamenten steeds meer keuzemogelijkheden voor de erfgenamen en legatarissen worden opgenomen, komt de vraag op of er bij testamenten met zeer vergaande keuzemogelijkheden nog wel sprake is van de uitvoering van de wil van de erflater. De vraag wanneer er nog wel en wanneer er geen sprake meer is van de uitvoering van de wil van de erflater is evenwel een vraag van *civielrechtelijke aard*. Een grens valt hier moeilijk te bepalen. Ook in de literatuur bestaat hierover discussie. Hoe groter de keuzevrijheid van de erfgenamen en legatarissen, hoe minder er sprake is van de uitvoering van de wil van de erflater. Ik zie de gesignaleerde tendens met lede ogen aan. Echter bij de toepassing van de Successiewet geldt als algemeen uitgangspunt dat zo veel mogelijk wordt aangesloten bij hetgeen civielrechtelijk geldt. Het is evenwel niet aan mij als staatssecretaris van Financiën om te bepalen wat civielrechtelijk nog wel als uiterste wil van de erflater geldt en wat niet meer.’ (Curs. BS)

Laten we dan samen maar constateren dat met Hof Arnhem-Leeuwarden 9 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:199, weer een periode goed afgesloten is. We zullen niet meer achteruit kijken, maar, zoals een goed estate planner betaamt: vooruit(!), maar ook fiscaal zo veel mogelijk aansluiten bij wat civielrechtelijk geldt. Estate planners doen het flexibel.

Tot volgende week!

Prof. mr. dr. Bernard M.E.M. Schols
Radboud Universiteit Nijmegen
ScholsBurgerhartSchols Estate Planning



ScholsBurgerhartSchols

Boomjuridisch

www.scholsburgerhartschols.nl www.boomjuridisch.nl

© 2018 Boom juridisch | ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.