

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip Review

Afl. 2006-38

18 oktober 2006

Wordt er gedwaald over de inhoud van artikel 1 lid 2 en lid 5 SW 1956 (ventieltechniek)? Fiscale dwaling voorkomt schenking (brief Belastingdienst 4 juli 2006)

Het houdt de gemoederen bezig. Is het wijzigen van de rente op overbedelingsvorderingen na het overlijden van erflater door langstlevende en kinderen een schenking, of wordt de overeengekomen rente meegenomen voor de aangifte van successierecht bij het eerste overlijden? In *EstateTip Review* 2004-1 werd het standpunt van het specialistenteam verkondigd dat een *ouderlijke boedelverdeling* in beginsel 'inhoudelijk overeenkomst' als bedoeld in lid 5 van artikel 1 SW 1956. Dit is ons inziens ook goed verdedigbaar en sluit aan bij de mededelingen die gedaan zijn in het kader van de totstandkoming van artikel 5.4 IB 2001 (defiscalisatie). In de voorloper van deze bepaling werd namelijk ook de frase 'inhoudelijk overeenkomen met de wettelijke verdeling' gebezigd en werd de standaard ouderlijke boedelverdeling daaronder begrepen door de staatsecretaris (V-N BP21/18.4, p. 4088 e.v.).

Toch ging destijds de ventieltechniek bij de betreffende ouderlijke boedelverdeling niet op. Waarom niet? Omdat in de betreffende renteclausule geen 'tenzij' was opgenomen. Een later overeengekomen rente vloeit dan niet meer voort uit de uiterste wilsbeschikking, of anders gezegd: vormt niet de *wil van de erflater*. In de woorden van het specialistenteam in oktober 2003:

'Indien het testament daarover niets anders bepaalde, (...) gold het in het testament genoemde percentage op grond van het erfrecht dus als onherroepelijk vaststaand.'

Wordt de renteovereenkomst niet gevolgd voor de heffing van successierecht dan zou heffing van *schenkingsrecht* aan de orde kunnen zijn. Door mevrouw mr. W.A. van der Sluis, notaris te Eemnes, werden wij gewezen op een geval, waarin een ouderlijke boedelverdeling aan de orde was met een door erflater vastgestelde rente, *zonder* dat sprake was van een 'tenzijtje' achter de renteclausule. Eenzelfde casus derhalve als speelde in *EstateTip Review* 2004-1. Men wenste de rente te wijzigen. De inspecteur (Utrecht-Gooi/kantoor Utrecht, 24 mei 2006) aan het woord:

‘De erfgenamen hebben de vrijheid om civielrechtelijk de afwikkeling van een nalatenschap bij nadere overeenkomst te regelen. Het is echter niet vanzelfsprekend dat fiscaalrechtelijk een dergelijke overeenkomst wordt gevolgd. Fiscaalrechtelijk is doorslaggevend de wil van erflater zoals deze wordt weergegeven door middel van de bepalingen van het testament.’

Heldere taal, waarmee wij ons kunnen verenigen. Uit dit citaat zou men kunnen afleiden dat als het testament/erflater maar de opening geeft, wijzigingen ‘nadien’ – binnen het testamentaire kader – gevolgd worden. Het al dan niet ‘inhoudelijk overeenkomen met de wettelijke verdeling’ zou dan zelfs irrelevant zijn. Uit maatschappelijk oogpunt is dit uitgangspunt op zich gewenst. Waarom kunnen ‘samenlevers’ of erfgenamen met een langstlevende-regeling houdende een keuzelegaat tegen inbreng niet ventileren als het testament een opening geeft met een ‘tenzijtje’? De inspecteur lijkt echter niet de bedoeling te hebben zo ver te willen gaan. Hij vervolgt zijn verhaal en sluit aan bij de tekst van artikel 1 lid 2 SW 1956 – we zitten dus nog in de sfeer van de wettelijke verdeling – en merkt op met betrekking tot artikel 4:13 lid 4 BW:

‘De wettekst verwijst niet naar de mogelijkheid van de erfgenamen om af te wijken van de testamentaire rente (...). Er is geen reden om de wil van de erflater omtrent de rentevergoeding te negeren.’

De wettekst van artikel 4:13 lid 4 BW biedt echter, zo lijkt de inspecteur over het hoofd te zien, bovenop de algemene contractsvrijheid, als extraatje voor de erfgenamen, de expliciete mogelijkheid om met een *erfrechtelijke titel* een andere rente overeen te komen. De ‘tenzij’ is er bij de wettelijke verdeling ons inziens altijd. Men ziet hier waarschijnlijk de heldere parlementaire geschiedenis over het hoofd. Wij nemen de betreffende passages volledigheidshalve op, zodat u zelf kunt oordelen. Wellicht kunnen de teksten dienst doen in een van uw dossiers. Het betreft respectievelijk de Vijfde Nota van Wijziging, Kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 21, p. 15 en de Toelichting V-N 2000/38.2, p. 3401.

‘De erflater, maar ook de echtgenoot en het kind tezamen bij overeenkomst, kunnen wel een andere aanpassingsmaatstaf bepalen, of van aanpassing van de geldsom geheel afzien. *Ook als de erflater bij uiterste wilsbeschikking van de wettelijke maatstaf is afgeweken, kunnen de echtgenoot en het kind de maatstaf (nogmaals) aanpassen.*’ [Cursivering van ons, SBS]

Wat kunnen wij toevoegen aan deze door ons gecursiveerde tekst, die opgenomen is bij de bespreking van lid 4 van artikel 4:13 BW? In de fiscale toelichting lezen wij nog het volgende:

‘Uit een oogpunt van doelmatigheid geldt dit alleen voor een rentevergoeding die binnen de voor het successierecht geldende aangiftetermijn is overeengekomen.

Een na deze termijn overeengekomen dan wel *herziene* rentevergoeding leidt niet tot herrekening van het successierecht.’ [Cursivering van ons, SBS]

De (door ons gecursiveerde) term *herziene* rentevergoeding ligt er toch niet om?

Tevens viel ons op dat ook de Raad van State sprak van het binnen de aangiftetermijn afspreken van 'een (afwijkend) rentepercentage' (V-N 2000/38.2, p. 3406).

Hoe het ook zij, het is voor de praktijk van belang om discussies te voorkomen en in *wettelijke verdelingen die in een testament zijn opgenomen* achter de renteclausule uitdrukkelijk op te nemen: '..., *tenzij mijn erfgenamen anders overeenkomen, zoals ook geldt in artikel 4:13 Burgerlijk Wetboek.*'

Terug naar de thans aan de orde zijnde ouderlijke boedelverdeling. De inspecteur merkt op dat indien sprake is van een inhoudelijk overeenkomende uiterste wilsbeschikking, een 'lid 5 geval', ook dan niet van een *testamentaire rente* kan worden afgeweken en bericht ons:

'Met deze bepaling [art. 1 lid 5 SW 1956; toelichting SBS] wordt onder andere bereikt dat art. 1 lid 2 Successiewet 1956 van overeenkomstige toepassing is als in de uiterste wilsbeschikking die overeenkomt met de wettelijke verdeling wordt verwezen naar de renteregeling van art. 4:13 lid 4 Burgerlijk Wetboek.'

We nemen *niet* aan dat met deze passage gezegd wordt dat de ouderlijke boedelverdeling met een 'tenzijtje' in de renteclausule, waarin *niet letterlijk* naar artikel 4:13 lid 4 BW *kan* zijn en is verwezen, niet kwalificeert voor de ventieltechniek. Wij verwijzen naar hetgeen hierboven is gezegd in de brief van het specialistenteam uit 2003. Ook uit het land begrijpen wij dat de ouderlijke boedelverdeling met 'tenzijtje' voor ventilering in aanmerking komt. Voor nieuwe testamenten – ook de niet-wettelijke verdelingen – is het verstandig om dan maar te verwijzen naar artikel 4:13 lid 4 BW.

In het onderhavige geval was sprake van een ouderlijke boedelverdeling met vastgestelde rente, zonder 'tenzijtje'. De erfgenamen hadden een overeenkomst gesloten, waarbij ze de rente (naar beneden) hadden aangepast, met als doel de grondslag voor de heffing van successierecht te beïnvloeden. Voor de aanslag van successierecht werd de nieuwe rente niet gevolgd, zo zult u begrijpen. Een en ander leidt dus ook niet tot een lagere heffing van successierecht. Maar er dreigt wel een schenkingsaanslag! Kan men de renteovereenkomst nog terugdraaien, of hangt de contractanten dan *wederom* een belaste schenking boven het hoofd?

Is het wellicht mogelijk een beroep te doen op *dwaling*? De inspecteur in een vervolgbrief van 4 juli 2006:

'Naar aanleiding van uw vraag of het mogelijk is om in de onderhavige situatie de akte van bekrachtiging [de rente-overeenkomst; toelichting SBS] op grond van dwaling te vernietigen, bericht ik u dat het hier mogelijk is gelet op de bijzondere omstandigheden. Voorwaarde is wel dat wordt aangesloten bij c.q. alsnog een keuze wordt gemaakt rekening houdende met de bepalingen van het testament.'

Het schenkingsgevaar is geweken! Hulde aan de inspecteur; hij beseft blijkbaar dat de materie niet helder is en men kan dwalen. De estate planner/boedelafwikkelaar kan de fiscale dwaling onder (bijzondere) omstandigheden 'inzetten' indien de *dwalende* erven met de rente hebben geschoven, zonder dat de ventieltechniek wordt gehonoreerd, en een *fiscale glijclausule* is vergeten.

Het is overigens eigenlijk te gek voor woorden dat er op dit punt geen duidelijkheid bestaat en er geen (ruimhartig) beleid wordt gemaakt. We moeten thans voorzichtig manoeuvreren. Waarom mogen fiscale partners niet ventileren en voldoet een keuzelefaat tegen inbreng niet? De wetgever heeft zich te zeer laten inspireren door het nieuwe versterferrecht, en niet voldoende oog gehad voor de testamentenpraktijk. De testeervrijheid wordt belemmerd. Waarom zou men niet mogen vertrouwen op de opmerkingen in zowel de civielrechtelijke als de fiscale parlementaire geschiedenis met betrekking tot artikel 4:13 lid 4 BW? De estate planner laat zich echter niet kisten en grijpt vooralsnog naar de *handmatige ventieltechniek*, zoals door ons geschetst in *EstateTip Review 2006-3*.



ScholsBurgerhartSchols



Boom Juridische uitgevers

www.scholsburgerhartschols.nl

www.bju.nl

© 2006 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

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