

Van jubelgenot tot fiscale hyperventilatie

Prof. mr. dr. B. M.E.M. Schols

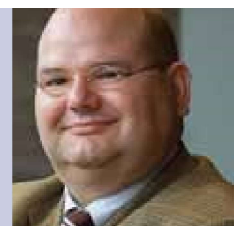
Het in de negentiende eeuw door de fiscale wetgever gecreëerde fiscale monstroom dat nog steeds, te pas en te onpas, ingezet kan worden tegen estate planning is gebaseerd op de klassieke gedachte 'genot vererft niet'. De 'al wat'- fictie van artikel 10 SW is aan de ene kant heftig en onverbiddelijk, maar aan de andere kant door de moderne 'genotsvoorkomende' estate planner ook wel eenvoudig te ontgaan. Bernard Schols bespreekt interessante recente rechtspraak op het gebied van de moeder aller fiscale ficties.

Het turbotestamentarrest blijft ons achtervolgen?

Wie dacht dat er al rust gekomen was in de wereld van de estate plannende opa's en oma's kwam zomer 2018 bedrogen uit. Het testamentair benutten van de populaire kleinkindvrijstelling was voor de oudjes net een nationale sport aan het worden toen op 19 juni 2018 Rechtbank Den Haag¹ besliste dat het vrijgestelde erfrechtelijke budget in de zin van artikel 10, lid 9, SW 1956 in casu niet van toepassing was op het 'ik opa-testament', althans op een variant daarop. Als dit waar zou zijn, zou artikel 10, lid 9, SW 1956 tot een dode letter verworden zijn. Dit mag en kan niet gebeuren. Gelukkig is er sprongcassatie aangetekend. Het erfrechtelijk begrippenapparaat 'legaat en last' lijkt door elkaar te worden gehaald. Last werd al eerder legaat en nu werd een legaat zelfs een last. Mooier dan collega

Nicole Gubbels kan ik het dan ook niet meer zeggen:² 'Gelet op deze civielrechtelijke duiding, de tekst van artikel 10, lid 9 SW 1956 en de duidelijke bedoeling van de wetgever, zou het mij verbazen als deze uitspraak voor het Hof standhoudt.' We wachten met alle opa's en oma's in spanning af en houden ons vast aan de klassieke erfrechtelijke gedachte 'testamentair genot vererft niet'. Of met de fiscale fictie van artikel 10, lid 9, SW 1956 in de hand: alleen belast voor zover opa of oma hun (erfrechtelijk) boekje te buiten gaan. Of nog anders en onbescheidener gezegd: Als Tilburg en Nijmegen het eens zijn is het heersende leer.³ Zeker als het om toepassing van artikel 10 SW 1956 in de erfrechtelijke sferen gaat. Bij het eerste overlijden, het overlijden van de 'opa's en oma's' kunnen de kleinkindvrijstellingen gewoon gebruikt worden, want het venijn zit hem in het tweede overlijden, het overlijden van de kinderen. Wordt hun genot van het aan de

Bernard Schols is hoogleraar bij het Centrum voor Notarieel Recht Radboud Universiteit Nijmegen en venoot bij ScholsBurgerhartSchols Estate planning



kleinkinderen ‘gelegateerde’ alsdan afgestraft? Is de erfrechtelijke schuld van de kinderen aan hun kinderen, de kleinkinderen niet meer fiscaal aftrekbaar? Wie immers meer uitdeelt dan hij zelf heeft is turbo-testamentachtig bezig.⁴ En hoe luidde het spreekwoord ook al weer? Wie erfrechtelijk het onderste uit de kan wil, krijgt... Het onderdeel doen alsof erfrecht erfrecht is, is overigens het meest pittige dan wel het meest verwarrende onderdeel van de in artikel 10 SW 1956 opgenomen fictie.

Er is nog meer recente rechtspraak op het gebied van artikel 10 SW, en ook weer uit Den Haag, Hof Den Haag 26 april 2019⁵. Het ging als volgt.

Een ‘beetje genot is ook genot’, zelfs op het sterfbed

Aan het eind van zijn leven is de mens, indachtig de fiscale oerprikkels, geneigd om zijn vermogen zoveel mogelijk over te hevelen naar de volgende generatie, niet alleen op papier maar ook in het echt, bijvoorbeeld in de vorm van baksteen. Zo ook de navolgende samenwonende moeder en dochter. Ongetwijfeld werd in dezen ook de geestelijke druk nog wat opgevoerd door het maatschappelijk fenomeen ‘jubelton’. Wie wil deze eenmalige kans nu niet benutten. Mensen hebben er veel voor over, zo nu en dan zelfs een jongere partner. Opvallend vaker dan voorheen valt: ‘Trouw niet voor je veertig bent’. Even – voorafgaande aan de overdracht – wat cijfers: in december 2014 werd door moeder haar woning aan de inwonende dochter verkocht en geleverd voor een koopsom van € 155.000, terwijl de WOZ-waarde € 204.000 was. Binnen een paar maanden na de overdracht overleed moeder. Inderdaad binnen de beruchte 180 dagen, ons fiscale sterfbed. Saillant detail was dat er formeel geen recht van vruchtgebruik gevestigd was in de notariële akte van levering. Was moeder nog slechts op voortgezet ‘bezoek’ of was er toch een soort van vruchtgebruik overeengekomen. Uit het taxatierapport leek men af te kunnen leiden dat er wel iets van een genot van vruchtgebruik was: ‘[...] na overdracht van de woning zal de verkoopster de woning tezamen met opdrachtgeefster blijven bewonen.’ Of nog concreter bij de

nadere mededelingen in het rapport: ‘Uitgaande van een recht van vruchtgebruik van de moeder van de opdrachtgeefster is het object per waardepeildatum getaxeed op: € 110.000.’

De beruchte rechtshandeling in de zin van artikel 10 SW 1956 heeft in de verdachte familieclub plaatsgevonden, dat is het probleem niet, maar was er ook echt wel een genot van een vruchtgebruik voor moeder? Ook daar is aan voldaan, aldus Hof Den Haag op 26 april 2019: ‘Ingevolge artikel 10, derde lid SW wordt voor de toepassing van dit artikel de erflater geacht een genot van een vruchtgebruik te hebben gehad van de in het eerste lid bedoelde goederen indien hij tegenover het genot dat

Men heeft veel over voor
de fiscale jubelton, soms zelfs een
jongere partner

hij van de goederen heeft aan degene ten laste van wie dat genot komt niet jaarlijks daadwerkelijk een bedrag betaalt dat ten minste gelijk is aan het percentage als bedoeld in artikel 21, veertiende lid, SW van de waarde van de goederen in onbezwaarde staat.’

Wat men nu net had willen voorkomen gebeurde: de ‘al wat’ van artikel 10 SW trad in werking en het pand van de dochter werd als fiscale fantasie teruggeplaatst in de nalatenschap van moeder en werd derhalve vervolgens bij wijze van fictie door de dochter krachtens erfrecht verkregen, de zogeheten reconstructiegedachte. Het blijft apart, je bent al eigenaar van het pand en de fiscus constateert dat je je eigen pand nogmaals via vererving verkregen hebt. Dit noemen we ‘zwarte humor.’ In de speelse, maar niet minder beladen woorden van het Hof: ‘[...] een beetje genot is ook genot’. Genotsvoorkomend bezig zijn betekent nu eenmaal jaarlijks daadwerkelijk een huur betalen van 6% van de WOZ-waarde. Pas op: deze waarde kan tijdens de rit nog wijzigen! Dus steeds aanpassen die huur.



Aan het eind van zijn leven is de mens geneigd om zijn vermogen zoveel mogelijk over te hevelen naar de volgende generatie.

Moeder had geen enkele vergoeding betaald zodat er voor de heffing van erfbelasting geen houden meer aan was. Had moeder wel – over de korte tijd die ze nog had – de vereiste huur betaald dan was ze deze fictief-erf-rechtelijke dans ontsprongen. Gekker kunnen we het niet meer maken? Een fiscale paradox? Het pand van de dochter werd door de werking van de moeder aller fiscale ficties tegen de WOZ-waarde van €204.000 met erfbelasting belast, artikel 21 lid 5 SW 1956.

Nog even terug naar de jubelton. De dochter is de koopsom schuldig gebleven en deze schuld werd omgezet in een geldlening. U raadt het al: 'Bij akte van schenking van 17 december 2014 is de geldlening kwijtgescholden waarbij voor €100.000 een

beroep is gedaan op de tijdelijke verruiming van de vrijstelling van schenkbelasting in verband met de eigen woningschuld. Over het resterende bedrag is €5.500 aan schenkbelasting voldaan.'

Voor de goede orde, zoals bekend, valt op grond van artikel 12 lid 3 SW 1956 de verhoogde schenkingsvrijstelling en daarmee dus ook de jubelton niet onder de '180-dagen-regel'. In casu werd echter een en ander overruled door de mega-fictie van artikel 10 SW. Want er is meer.

'Gevoelsmatig' zou men in de schuldig erkende koopsom nog wel een aftrekpost kunnen zien als zijnde opgeofferd in de zin van artikel 7 SW. Neen hoor, de fictie is kil en hard, ook al is de aanleiding fiscaal genot:

‘Het vorenoverwogene brengt mee dat belanghebbende op grond van artikel 10 eerste lid, SW wordt geacht de woning krachtens erfrecht door overlijden te hebben verkregen.’

En dan komt het, een arrest door de Hoge Raad gewezen op de ‘tiende van de tiende’, over artikel 10 SW 1956 gesproken...:

‘Daarop kan niet in mindering komen de prijs waarvoor de moeder de woning aan belanghebbende heeft verkocht, nu die prijs is omgezet in een lening die is kwijtscholden. Alsdan is namelijk geen sprake van een door belanghebbende opgeofferde waarde als bedoeld in artikel 7, eerste lid, SW.⁶ Aan toepassing van artikel 12 SW wordt niet toegekomen.’

Duidelijk, het hele pand is door erfrechtelijke magie belast met erfbelasting. Het beroep van de inspecteur was gegrond, waardoor we aan het slot van de uitspraak nog op een verzachtend leermomentje getraakteerd werden:

‘Voor dat geval is tussen partijen niet in geschil dat de aanslag nog verminderd moet worden met de oprenting over de schenkbelasting, de overdrachtsbelasting en de oprenting over de overdrachtsbelasting [...]’

Is de reconstructiegedachte alleen een fiscaal hersenpinsel? Soortgelijke magie komen wij ook tegen in het civielrechtelijke artikel 4:66 lid 2 BW. Of nog anders gezegd: de erfrechtelijke sport om al dan niet de legitieme te ontgaan, lijkt inderdaad verdacht veel op de fiscale sport de erfbelasting te ontgaan, zo is bij de doorgewinterde estate planners bekend.

‘Giften waarbij de erflater zich het genot van het geschonkene gedurende zijn leven heeft voorbehouden, en andere giften van een voordeel bestemd om pas na zijn overlijden ten volle te worden genoten, worden geschat naar de waarde onmiddellijk na zijn overlijden. [...]. (Curs. BS)

We kennen dus ook civielrechtelijke fictie die op artikel 10 SW 1956 lijkt.

Ter afsluiting naar een andere, een derde uitspraak over artikel 10 SW 1956, die ook weer uit Den Haag komt,

Rechtbank Den Haag 8 maart 2019. De Haagse magistraten hebben het blijkbaar niet zo op genot, zelfs niet op een beetje?

Ventileren of hyperventileren?

De ‘kracht van de komma’ oftewel de ventieltechniek is een van de meest geliefde testamentaire technieken in de wereld van de estate planning, maar er is ook een wat minder bekende, andere kant aan dit erfrechtelijke verhaal. Dat deze fiscale dark side nog wel eens over het hoofd gezien wordt en ventileren kan uitdraaien op fiscaal hyperventileren, bleek uit Rechtbank Den Haag 8 maart 2019.⁷ Aangezien het een bijzondere casus met

De Haagse magistraten hebben het kennelijk niet zo op genot, zelfs niet op een beetje

allerlei zijpaden betreft, volsta ik met de grote lijn, toegespitst op de gevolgen van de erfrechtelijke ‘rente-overeenkomst(en)’.

Vader overleed in 1991 en heeft bij een horizontale ouderlijke boedelverdeling over zijn nalatenschap beschikt. Moeder overleed jaren later in 2012. In het testament van vader was een rente over de overbedelingsvordering opgenomen van zes procent (6%) enkelvoudig. In een nadere, in een notariële akte de dato november 1992, vastgelegde overeenkomst werd een rente afgesproken van negen (9%) enkelvoudig. In 2004 wordt een nieuwe onderhandse overeenkomst gesloten waarin wordt overeengekomen dat over de reeds aangegroeide rente over de vordering en over de toekomstige rente een samengestelde rente verschuldigd zal zijn.

Naar aanleiding van het overlijden van moeder (het zogeheten tweede overlijden) wordt een aangifte erfbelasting gedaan waarin, zoals gebruikelijk, de erfrechtelijke schuld aan het kind als aftrekpost wordt opgeno-

men. Het kind had een vordering op moeder ter zake van het overlijden van vader van €229.605.

De rechtsvraag: is artikel 10 SW 1956 van toepassing in de nalatenschap van moeder? Jazeker, stelt de fiscus. Kortom, spannend. U kent het verhaal, er is sprake van een 'rechtshandeling en enig genot' en de beruchte fiscale genotsfictie treedt in werking. De 'al wat' van artikel 10 SW 1956 wordt als fiscale 'strafsanctie' in stelling gebracht en de erfrechtelijke spelvreugde is voorbij oftewel de civielrechtelijke oprenting wordt fiscaal als aftrekpost genegeerd. Zo eenvoudig is het en bij monde van de fiscale vrouwe Justitia, in casu in de gedaante van de Rechtbank Den Haag, klinkt het als volgt:

De wetgever vindt de aangifte het 'natuurlijke moment' voor overleg over rente-aanpassing

'19. Ook de rente die is opgebouwd op grond van de onderhandse akte tussen eiser en de moeder van oktober 2004, zoals vermeld onder 5, is naar het oordeel van de rechtbank geen verkrijging krachtens erfrecht. Hierbij overweegt de rechtbank het volgende. De nadere bepaling met betrekking tot de rente in de notariële akte van 4 november 1992 dient gelet op hetgeen is overwogen onder 17 te worden aangemerkt als een *schenking van de moeder aan eiser*. Nu de onderhandse akte van oktober 2004 een aanpassing betreft van de notariële akte van 4 november 1992 dient de daarin opgenomen bepaling ten aanzien van de rente eveneens te worden aangemerkt als een *schenking*.' (Curs. BS)

Daar waar in de rente-overeenkomst(en) een schenking is te traceren, is ook een rechtshandeling van moeder te constateren in de zin van artikel 10 SW 1956. Als moeder niet jaarlijks daadwerkelijk zes (6%) rente vergoedt over de erfrechtelijke vordering is er ook sprake van het vereiste genot. Anders gezegd: heeft moeder niet genotsvoorkomend gehandeld.

Wie benieuwd is wat de rechtbank 'onder 17' heeft opgenomen neemt nog de navolgende frase tot zich:

'17. De rechtbank is van oordeel dat het betoog van eiser faalt. Uit de onder 3 vermelde notariële akte van 4 november 1992 volgt niet dat sprake is van tegenover elkaar staande verplichtingen tussen eiser en de moeder zoals eiser ter zitting heeft gesteld. Tegenover de nader, van het testament van de vader afwijkende, opeisbaarheidsgrond van de vordering en de afwijkende rentevergoeding, is geen door eiser geleverde tegenprestatie overeengekomen. De door eiser ingenomen stelling dat alles wat in deze akte is opgenomen uit het erfrecht voortvloeit gelet op het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 2010⁸ volgt de rechtbank evenmin nu in onderhavige zaak *niet binnen de aangiftetermijn een overkomst is gesloten met betrekking tot de rentevergoeding over de vordering*.' (Curs. BS)

In gewone mensentaal: moeder is over tijd! Het staat en valt bij de toepassing van artikel 10 SW 1956 nu eenmaal met de rechtshandeling. Heeft vader bij wijze van fictie in zijn uiterste wil de rechtshandeling verricht dan is er niets aan de hand. Heeft moeder daarentegen de rechtshandeling (*schenking!*) verricht, dan treedt de reconstructiegedachte van artikel 10 SW 1956 in werking. Zie indachtig de erfrechtelijke termijn van de ventieltechniek het samenspel tussen het huidige artikel 1 lid 3 en artikel 1 lid 4 SW 1956. Maar nog duidelijker is de parlementaire geschiedenis over het ventileren en artikel 10 SW 1956 of zo men in casu wil: het hyperventileren.

Eerst nog een opmerking over de termijn. In artikel 1 lid 3 SW wordt het erfrechtelijke beginsel 'erflater spreekt' beperkt en wel tot de aangiftetermijn. Voor de goede orde: plus uitstel⁹:

'Die termijn belooft op grond van artikel 45 van de wet tenminste acht maanden. Indien er evenwel uitstel voor het doen van aangifte wordt gevraagd en verkregen, verlengt dit uitstel tevens de termijn van artikel 1, derde lid.'

De wetgever is overigens van mening dat de aangifte het 'natuurlijke moment' vormt om te overleggen over de aanpassing van de rente.¹⁰ Tot dat moment mag men (intern) ook meerdere keren de rente wijzigen.¹¹

In de parlementaire geschiedenis¹² wordt het navolgende belangrijke successierechtelijk verband gelegd tussen de twee mogelijke tijdspaden van rentevaststelling bij het eerste overlijden naar fictie bij het tweede overlijden, een verborgen erfrechtelijk gangenstelsel:

‘In het systeem van de wet wordt een dergelijke rentevaststelling echter voor de erfbelasting gevolgd, als dit een rentevaststelling betreft als bedoeld in artikel 1, derde lid, SW. In een dergelijk geval wordt de rentevaststelling *als het ware* aan de erflater (in casu de eerststervende partner) *toegerekend* (zie ook Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 34). Bij het overlijden van de langstlevende zal op de voet van die

Bij de schenkingsvraag speelt de aangiftetermijn weer een belangrijke rol

gedachte toepassing van artikel 10 op de rente achterwege blijven. [...]. Mocht de rente boven de 6% samengesteld uitgaan, dan kan artikel 9 SW uiteraard wel van toepassing zijn bij het overlijden van de langstlevende.’ (Curs. BS)

Nog duidelijker is de successierechtelijke parabel van de twee broers in de boomgaard¹³:

‘Stel dat twee broers eigenaar zijn van een boomgaard en zij verdelen die zo, dat de één de gehele boomgaard krijgt toegedeeld en de ander een geldsom, waarbij ter zake van deze geldsom wordt afgesproken dat deze pas opeisbaar is bij het overlijden van de overbedeelde broer. Indien de broers afspreken dat de overbedeelde broer aan de onderbedeelde broer een zakelijke rente van 6% zal vergoeden, vormt deze rente geen schenking. Het is immers gebruikelijk dat de overbedeelde partij over de onderbedelingsvordering een zakelijke rente vergoedt, indien de schuld niet direct wordt voldaan. Er is dan geen sprake van een schenking, zodat ook in het geval dat de rente eveneens pas opeisbaar is

bij het overlijden van de overbedeelde broer, artikel 10 SW niet aan de orde komt.’

Het is de eventuele constatering dat sprake is van een schenking, die ons op het pad van artikel 10 SW brengt. Er komt nog meer uit de boomgaard:

‘Mochten de broers evenwel een rentepercentage afspreken, stel 11 %, waarbij deels wel een schenking aanwezig is, dan zal wanneer de rente niet jaarlijks daadwerkelijk wordt betaald, artikel 10 SW wel van toepassing zijn voor dat deel van de rente dat tot een schenking leidde. Uiteraard strekt ook dan de schenkbelasting vermeerderd met rente in mindering op de ter zake verschuldigde erfbelasting.’

Heldere parlementaire geschiedenis die nodig is om de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 8 maart 2019 technisch goed te kunnen verwerken. Is er wel of geen sprake van een schenking? Daar draait het in casu, in de onderhavige erfrechtelijke sferen, om bij de toepassing van artikel 10 SW 1956. En bij die schenkingsvraag speelt de aangiftetermijn weer een belangrijke rol, artikel 1 lid 4 SW 1956. Maar nog concreter: wie heeft de rechtshandeling verricht? ‘Vader’ of ‘moeder’?

Oftewel met in het achterhoofd de aangiftetermijn voor de erfbelasting: ‘Was moeder over tijd...?’

Literatuur

- 1 Rechtbank Den Haag 19 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8080, Notamail 2018 nr. 178
- 2 Nicole Gubbels, ‘Zogenoemde ik-oma-making kwalificeert als lastbevoordeling; fictieve verkrijging’, NLF 2018/1744.
- 3 Deze publicatie is gecomponeerd met mijn bijdrage voor EstateTipReview 2019–22 en Advotip 2019–11, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, alsmede met een gedeelte uit mijn bijdrage aan de Notamailbundel 2018 Den Haag: Sdu Uitgevers.
- 4 Hoge Raad 19 juni 2009, ECLI:NL:2009:BG:6455, BNB 2009/224 (Turbotestamentarrest).
- 5 Gerechtshof Den Haag 26 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:992.
- 6 Vgl. Hoge Raad 10 oktober 2014, nr. 13/04777, ECLI:NL:HR:2014:2921, BNB 2014/252)
- 7 Rechtbank Den Haag 8 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2844
- 8 Hoge Raad 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5593.
- 9 EK, 31 930, D, p. 2.
- 10 TK 31 930, nr. 13, p. 17.
- 11 TK 31 930, nr. 10, p. 13.
- 12 EK 31 930, D, p. 11–12.
- 13 EK 31 930, F, p. 7.