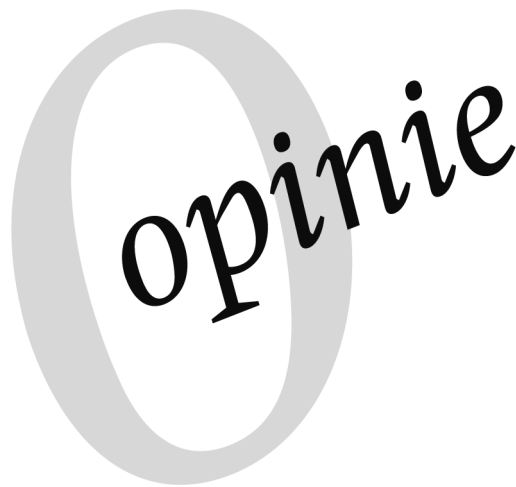


prof.mr.dr. B.M.E.M.
Schols*

Voorkom ruzie bij de kist, een klein vervolg



*T*oon mij uw testament en ik zeg u wie u bent

De mens is langer dood dan levend. Dit realiseren wij ons weer als we constateren dat 2019 niet alleen het jaar is van Rembrandt, maar ook van Leonardo da Vinci. De eerste meester is 350 jaar dood en de tweede alleskunner maar liefst 500 jaar, terwijl zij desondanks nog nadrukkelijk in onze maatschappij voortleven. Niet overal is overigens bekend dat de voorvaders van Leonardo notarissen waren, deskundigen op het gebied van het 'schenken en erven' derhalve, het onderwerp van deze *Opinie*. Een rechtsgebied waarin de ontwikkelingen nog steeds in hoog tempo doorgaan, niet zelden door allerlei fiscale prikkels. In deze bijdrage een beknopte stand van zaken.

Zo werd bijvoorbeeld in 2019 duidelijk dat we doktersassistenten goed in de gaten moeten houden op fiscaal-erfrechtelijk gebied. Van de tandartsassistenten wisten we al dat ze nog weleens opduiken in het testament van de oude tandarts. Nu was het de beurt aan een doktersassistente. Een mooie fiscale oefening 'neppartner'. Zij kwam via een geregistreerd partnerschap en een uiterste wil, inhoudende haar enigerfgenaamschap, van de medische wereld in de erfrechtelijke wereld terecht, oftewel bij het vermogen van de 85-jarige patiënt. Nog sterker, ze had er zelfs een proforma-echtscheiding met haar 'echte' man voor over. Dat de liefde van de man door de maag ging, was al bekend, maar deze vorm van in de watten leggen gaat toch wel weer een stapje verder. Het kan verkeren. Het geregistreerd partnerschap was louter aangegaan om erfbelasting te besparen, en wel op advies van de notaris, aldus de hulpverleenster. Ze had getwijfeld, maar wilde de patiënt bij nader inzien toch niet teleurstellen. Van het testament wist ze in eerste instantie niets af. Dat was haar overkomen, want de patiënt heeft 'deze constructie ook opgezet omdat zij hem, zoals hij het zelf zei, na vele jaren van verdriet, eenzaamheid en pijn twee prachtige jaren heeft gegeven'. Op zich mogen 'stervelingen' in de liefde de fiscaal gunstigste weg volgen, ook op het sterfbed, maar in casu heeft men, of beter gezegd de doktersassistente, het wel heel bont gemaakt. Zij werd dan ook ontslagen in Rechtbank Zeeland-West-Brabant 17 januari 2019, nr. 7238861, ECLI:NL:RB-ZWB:2019:192. De assistente zelf was zich van geen kwaad

bewust, onbegrijpelijk, aldus de kantonrechter, en had het woord 'mantelzorg' blijkbaar heel ruim opgevat.

We werden dit jaar ook geconfronteerd met het fenomeen 'jubelkind gezocht', oftewel het kruislings schenken. Zo haalde deze 'techniek' *De Telegraaf* onder de noemer 'Rijke ouders omzeilen belasting met truc' op 8 februari 2019 en konden wij op 9 februari daarna in de weekendcolumn van Youp op de achterpagina van de *NRC* lezen: 'Ik vroeg mijn beschaafde vriend waarom hij mij eigenlijk wilde spreken. Simpele vraag: of ik zijn zoon een tonnetje wilde schenken. Dan kreeg mijn dochter dat bedrag van hem. Dat was een nieuwe louche belastingtruc voor oude graaikakkers. (...)'. En inderdaad: meteen na het weekend werden er op maandag 11 februari al Kamervragen (2019Z02543) aan de staatssecretaris gesteld over het kruislings jubelen naar aanleiding van de betreffende advertentie in *Arts en Auto*. Een greep uit de vragen: 'Is bekend of notarissen actief aan dergelijke fiscale constructies meewerken? Zo ja, wat vindt u hiervan?', 'Welke stappen worden gezet om dergelijke constructies tegen te gaan?', 'Vindt u dat notarissen de plicht hebben om mensen te wijzen op het dubieuze karakter van een dergelijke constructie?' Een hele mond vol naar aanleiding van een kleine advertentie, maar vooral ook veel politieke ophef over iets wat niet werkt. Denk aan een samenstel van rechtshandelingen en derdenbedingen. Bij de komst van de jubelton in 2014 is dan ook al aangekondigd dat dergelijke constructies bestreden zullen worden. Op 19 februari van dit jaar liet de KNB dan ook weten dat uit de wetgeschiedenis duidelijk blijkt dat de wetgever de vrijstelling eigen woning niet heeft bedoeld voor kruislingse eigenwoningenschenken. Het bestuur van de KNB ziet in de wetgeschiedenis voldoende grond, mede uit het oogpunt van rechtszekerheid, om hieraan als notaris geen medewerking te verlenen. We weten overigens allemaal hoe het met Buckler is afgelopen toen Youp zich ermee ging bemoeien. Een column is immers politiek altijd sterker dan een fiscaal-wetenschappelijke beschouwing, zij het dat het een het ander niet per definitie uitsluit.

Tijd voor een klein erfrechtelijk rondje langs de erfrechtelijke beroemdheden indachtig het maatschappelijke fenomeen 'vergeten vriendin, vergeten testament', oftewel 'Who the ... is Alice?'

* Prof.mr.dr. B.M.E.M. Schols is hoogleraar notarieel belastingrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en vennoot bij ScholsBurgerhartSchols Estate planning.

Het gerucht gaat dat er toch nog een testament is gevonden in de nalatenschap van Aretha Franklin, en wel tussen de kussens van het bankstel.¹ Dan toch liever het Nederlandse systeem: netjes opbergen in de kluis van de notaris. Dat de oude vriendin ook weleens bewust niet vergeten wordt, bleek uit het feit dat Freddie Mercury zijn 'love of my live' ondanks het feit dat de relatie verbroken was toch uitdrukkelijk in zijn testament had opgenomen. Over beroemdheden gesproken, het was in Nederland onlangs even schrikken. Ik dacht altijd dat de erfbelasting, de meest sociale belasting, er juist voor de rijken was. Niets is echter minder waar. We konden immers lezen in het Onderzoek naar het uitnodigingenbeleid voor het doen van aangifte erfbelasting van 18 september 2019 dat de erfgenamen van vele miljoeners (abusievelijk) het bericht kregen dat ze geen aangifte hoeven te doen. Piketty zal not amused zijn. Ook Sander Schimmelpennick, hoofdredacteur van *Quote*, is van mening dat er meer erfbelasting betaald kan worden: 'Er zijn steeds meer mensen die vermogens erven en vervolgens niets meer doen. Die gaan eeuwig op vakantie van geld waar ze veel te weinig belasting over betaald hebben.'²

Op 26 juni 2019 is er een interessant rapport van de Algemene Rekenkamer verschenen over forfaits: 'Forfaits in het belastingstelsel'. Ook de Successiewet bedient zich van forfaits, bijvoorbeeld over de levensverwachting. Denk aan de waardering in de Successiewet van genotsrechten met het percentage van 6%. In de inkomstenbelasting daarentegen is het forfaitaire percentage gedifferentieerd en is er een verschil in gevolgen tussen de leeftijd van mannen en vrouwen. Ik begreep dat men in de speelgoedwinkels al niet meer mag vragen: is het voor een jongetje of een meisje? Loopt de fiscus achter?

Over genotsrechten gesproken ... 2019 is hard op weg om het jaar van art. 10 SW 1956 te worden. Een extra aandachtspunt voor de fiscalist. Er zijn tot nu toe maar liefst vier uitspraken verschenen over de moeder aller ficties uit 1897, waarover hierna meer. In de wereld van de estate planning hoort men ook al de eerste discussies over het schenken op papier, 'the Dutch Gift'. Gaan we terug in de tijd? Werken we vanwege de grote vrijstellingen op spaartegoeden en de beperkte aftrek van schulden dadelijk alleen nog maar met 'cash'? Ook in verband met de cybercrime krijgt men steeds vaker dit advies. We hebben nog even de tijd om na te denken. Een (kandidaat-)notaris kreeg van de tuchtrechter te horen dat hij op het sterfbed in gebreke was gebleven door geen aandacht te besteden aan het huwelijksgoederenregime van de overledene. Ook de fiscalist zal mijns inziens kennis dienen te nemen van de betreffende uitspraak van de Kamer voor het Notariaat Amsterdam van 27 november 2018, ECLI:NLTNORAMS:2018:25, waarin we kunnen lezen: 'De kamer is van oordeel dat het wel op de weg van de kandidaat-notaris had gelegen om klagster en haar echtgenoot te wijzen op de voor klagster te verwachten hoge heffing aan erfbelasting, als gevolg van het verrekenbeding, indien de echtgenoot van klagster als eerste zou komen te overlijden, hetgeen, gelet op de terminale fase waarin klagsters ernstig zieke echtgenoot verkeerde, het meest in de rede lag.' Het huwelijksvermogensrecht wordt steeds

belangrijker en vooral ook op het sterfbed. Zeker nu er geen rechterlijke goedkeuring meer is vereist om de huwelijksvoorwaarden te wijzigen, waardoor de echtelieden ook 'tussen hemel en aarde' snel kunnen schakelen.

De opa's en oma's zijn lekker op dreef met de interessante kleinkindvrijstelling voor de erfbelasting. Een enkeling schiet echter door, ook wel de 'Tattoo-opa' genoemd. Het ging slechts om een heel kleine schenkingsvrijstelling. Het kleinkind kreeg onder meer te horen dat als hij lachgas zou gebruiken, aan 'comazuipen' zou doen, of zich zou laten versieren met tattoo's, het bewind dan levenslang zou zijn. Rechtbank Gelderland 4 januari 2019, nr. 7351095, ECLI:NL:RBMNE:2019:22 was er snel klaar mee: 'De schenkingsovereenkomst zal overigens door verzoekers zijn ingegeven vanuit de beste bedoelingen, maar de voorwaarden neigen naar een financieel dwangmiddel om aan de kleinkinderen tot (bijna) in lengte van dagen op vele gebieden een levensstijl op te leggen zoals verzoekers die voorstaan. Het komt de kantonrechter voor dat er pedagogisch andere middelen zijn om (klein)kinderen de juist geachte levensstijl mee te geven.'

Ik sluit af met het aangekondigde rechtspraakoverzichtje voor levensgenieters over art. 10 SW 1956. Een beetje snoepen uit het jampotje heeft als gevolg dat de hele pot, of erger: het hele huisje bij wijze van fictie in je nalatenschap zit. Dit mag met recht zwarte magie van de 'al wat' genoemd worden. Genotsvoorkomend bezig zijn is dan ook nog steeds het fiscale adagium. Oftewel: jaarlijks daadwerkelijk 6% rente (of huur) betalen. In een setting met een verrekenbeding in huwelijksvoorwaarden werd door Hof Den Haag 9 juli 2019, nr. 17/00878, *NTFR* 2019/2474 ook art. 10 SW 1956 toegepast, mede omdat het niet een verplicht wederkerig verrekenbeding was, aangezien er eerst een verzoek tot verrekening moest worden gedaan. Fiscale hyperventilatie kan zich in het kader van art. 10 SW 1956 voordoen als de testamentaire rente door een moeder die 'over tijd is' wordt vastgesteld (en daardoor het ventileren in de zin van art. 1, lid 3, SW 1956 niet lukt). De renteschuld is dan bij het overlijden van de langstlevende de facto art. 10 SW 1956 niet aftrekbaar. Indien de rente wordt geprikt nadat de aangiftetermijn (plus uitstel) is verstreken, wordt de handeling immers geacht een rechtshandeling van de langstlevende te zijn op grond van art. 1, lid 4, SW 1956 (Rechtbank Den Haag 8 maart 2019, nr. 18/4375, *NTFR* 2019/2187), en daarmee is de fictie van art. 10 SW 1956 een feit. Op het sterfbed komen de fiscale prikkels in de regel vanzelf, zo ook in Hof Den Haag 26 april 2019, nr. 18/00490, ECLI:NL:GHDHA:2019:992, waarin een pand nog snel werd overgedragen aan een kind (zonder civielrechtelijke vestiging van een vruchtgebruik), maar waarbij de moeder, die na de transactie feitelijk in het huis was blijven wonen, 'vergat' een genotsvoorkomende vergoeding te betalen van 6% van de WOZ-waarde.³ Voor de kleine man ligt de lat veel te hoog en de grote man lacht zich in het kader van de mogelijkheden tot vermogensoverheveling (ieder jaar 6% van de WOZ-waarde!) 'dood'. En last but not least verscheen ook nog de conclusie van de advocaat-generaal inzake de ik-opa-testamenten en art. 10 SW 1956. In mijn *Opinie* van

1 Als vervolg op het erfrechtelijke verhaaltje 'Aretha Franklin en de brandweerman' in: Bernard Schols en Heidi Klijsen, *Voorom ruzie bij de kist, 101 spraakmakende erfrechtelijke kwesties en fiscale tips*, Uitgeverij AnderZ, derde druk, p. 47.

2 'Het wordt weer belangrijk waar je wieg staat', *EenVandaag*, Geld en Werk, Erik van Prooijen, 15 augustus 2019.

3 Het nog steeds in de lucht houden van deze fictieve fiscale lat als zakelijke normrente doet mij vaak denken aan de paradoxale woorden van Godfried Bomans in 'Genieten in een gekkenhuis', *EW*, p. 7: 'Ik dacht, ik ben terechtgekomen in een gekkenhuis van heel hoog niveau met uiterst begaafde patiënten.'

vorig jaar, 'Erfrechtelijke bloemen voor de belastingadviseur', *NtFR* 2018/2233, zaten we nog op het niveau van Rechtbank Den Haag 19 juni 2018, nrs. 17/5666, 17/5667 en 17/5670, *NtFR* 2018/2250, waarin voor de toepassing van art. 10, lid 1, SW 1956 van een legaat een last werd gemaakt. De omgekeerde erfrechtelijke wereld! De vrije ruimte van art. 10, lid 9, SW 1956 zou dan een dode letter zijn geworden. Gelukkig heeft A-G IJzerman op 22 mei 2019 (nr. 18/03218, *NtFR* 2019/2001) weer de civielrechtelijke erfrechtelijke orde hersteld in het notariële belastingrecht. Een

legaat is weer een legaat en een testamentaire last is weer een last, afgezien van overgangsrechtelijke vraagstukken. Opa en oma hebben voorlopig hun erfrechtelijke budget van art. 10, lid 9, SW 1956 weer terug. Het wachten is nu op de Hoge Raad.

Wat er ook allemaal van zij, het houdt nooit op met dat schenken en erven. Altijd spannend en altijd fiscaal! En speciaal voor de Bourgondiërs, vergeet in ieder geval niet: 'Een beetje genot is ook genot!'