

Het erfrecht geeft, het erfrecht neemt

KWEP 2022/18

De titel doet mij denken aan mijn eerste spreekbeurt op de middelbare school. Ik voel weer de spanning, zij het dat dit slechts een variant daarop is, want de echte titel was destijds 'de zee geeft, de zee neemt' over het verhaal van Sil de strandjutter. Of ging mijn eerste spreekbeurt toch over de Limburgse Bokkenrijders? Wat er ook van zij, estate planners weten als geen ander dat het 'geven en nemen' is in hun wonderde wereld. En vooral omdat het vaak om fiscaal-erfrechtelijke regelgeving gaat en daarop door de fiscus gebaseerde standpunten. Geeft het civielrechtelijke dan neemt het fiscale wel en omgekeerd.

Zo ontvingen we voor het zomerreces het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 juni 2022, *Stcrt.* 2022, 16195 over de toepassing van art. 21 lid 5 SW 1956 (in onderdeel 7). U weet nu hoe het schenkingsspelletje gespeeld moet worden. Kiezen we voor een verpakking van het cadeautje aan de kinderen op grond van de WOZ of op grond van de WEV? Schenk ik bakstenen of schenk ik geld? Vereenzelvigen kan eventueel ook door vrij snel, vrij veel (90%) van de koopsom kwijt te schelden.

Estate planners zijn inderdaad gelukkige mensen. Ik laat graag en regelmatig vallen dat de oerkracht van de duurzame estate planning wortelt in het civiele recht. Fiscale fictie is nog wel eens gekunsteld en snel uitgewerkt. We mogen immers slechts belasting heffen uit kracht ener wet. Ficties leggen we dan ook beperkt uit. Estate planners weten dat door fiscale fantasieregels de onderliggende civielrechtelijke waarheid aan het licht komt. Neem bijvoorbeeld de interessante successierechtelijke spelregel van art. 1 lid 9 SW 1956, een gift onder opschortende voorwaarde komt pas tot stand op het moment dat de voorwaarde vervuld wordt, een regel die recentelijk weer in het middelpunt van de belangstelling stond.

En dan heb ik het uiteraard over het fenomeen '*de repeterende gift*'. De A-G adviseerde onlangs, op 21 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:843 over de vraag of in 2013 bij vijf afzonderlijke notariële akten gedane *voorwaardelijke* schenkingen voor toekomstige jaren voor de schenkbelasting per jaar in aanmerking moeten worden genomen of als schenking van één periodieke uitkering in 2013. Het antwoord is bekend. Er is sprake van vijf afzonderlijke schenkingen en niet sprake van een in één keer geschonken stamrecht. Wie een kant en klaar modelletje zoekt raadpleegt overigens de opinie van de A-G, waarin hij meldt: 'Een zogenoemde 'repeterende schenking' wordt in

de praktijk vaak gebruikt om de jaarlijkse gang naar de notaris te besparen. Dit voordeel zou mogelijk teniet worden gedaan als het standpunt van de Belastingdienst juist zou zijn.' Maatschappelijk moet men zich uiteraard de vraag stellen hoe ver een mens in het vooruit wil schenken. Als men nog ooit tegen een nieuwe liefde aanloopt geldt immers nog altijd het oude estate planningsgezegde 'kleed je niet uit voor je naar bed gaat!' Nog even geduld en wachten op de Hoge Raad of toch niet? Het antwoord staat gewoon in de wet. Het is nog net geen onrechtmatige overheidsdaad om hierover te procederen. In de inleidende en leerzame woorden van de A-G over het vraagstuk of er al dan niet sprake is van een 'periodieke uitkering' merkt hij op: 'dat het uitgangspunt van toepassing van de Successiewet is gelegen in de onderliggende civielrechtelijke verhoudingen, behoudens wetsficties en dergelijke, maar daarvan is hier geen sprake.' En nog mooier: 'Door het voormelde uitgangspunt wordt de rechtszekerheid van de burger gediend.

Dat geldt bijgevolg ook voor degenen die een bepaalde civielrechtelijke vormgeving kiezen rekening houdend met de voorzienbare fiscale gevolgen.' Terug met deze wijze woorden naar (een ander) onderdeel '4. Quasi-wettelijke verdeling' van bovenstaand besluit van de Staatssecretaris van 15 juni 2022 waar mijns inziens volledig de civielrechtelijke plank wordt misgeslagen, want er wordt gesuggered of beter 'geventileerd' dat de (partieel uitgevoerde) QWV geen uiterste wilsbeschikking in de zin van art. 1 lid 3 SW 1956 zou zijn. Onnodig fiscaal klieren van overheidswege. Dit is geen erfrechtelijk geven, maar onterecht erfrechtelijk nemen. Gelukkig is ook de fiscale rechter in beginsel gebonden aan Boek 4 BW en staan er ter voorkoming van een grote 'testamentaire affaire' in een modern keuzetestament genoeg alternatieve geitenpaadjes, zoals afvullegaten en handmatige ventieltechnieken. Misschien kan ik beter van alternatieve olifantenpaadjes spreken. De fiscus neemt echter in het erfrecht niet altijd doch kan ook ruimhartig geven want uit het betreffende besluit blijkt ook dat je tegenwoordig zelfs met een ouderlijke boedelverdeling zonder 'komma-tenzij' mag ventileren.

Ik sluit af. Voor de mensen die denken 'het erfrecht neemt toch alleen maar', en vooral de fiscus, een geruststellende uitsmijter. Ik zou de mensen niet de kost willen geven die bij het uitblazen van de (of beter haar) laatste adem, uit volle borst en vooral heel vrolijk zingen: 'Tante is dood, nu gaan we erven!'

¹ Prof. mr. dr. Bernard M.E.M. Schols, als hoogleraar verbonden aan het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en vennoot bij ScholsBurgerhartSchols estate planning.