

Hoofdstuk 5

Estate Planning

door

Mr. J.Beers¹

- 5.1 Inleiding**
- 5.2 Het wettelijk erfrecht**
- 5.3 De wettelijke verdeling**
- 5.4 De wilsrechten**
- 5.5 Onterving en legitieme portie**
- 5.6 Rechtsmiddelen legitimaris**
- 5.7 Inbreng van schenking in de nalatenschap**
- 5.8 Invloed huwelijk op nalatenschap**
- 5.9 Wijziging huwelijksvoorwaarden voordelig**
- 5.10 Finaal verrekenbeding in de huwelijksvoorwaarden**
- 5.11 Belang maken testament**
- 5.12 Testamenten ter verzorging langstlevende ouder**
- 5.13 Vergelijking vruchtgebruiktestament en langstlevende testament**
- 5.14 Combinatietestamenten**
- 5.15 Defiscalisering onder de Wet IB 2001**
- 5.16 Vererving van ondernemingsvermogen**
- 5.17 De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet**
- 5.18 Voortzettingseis bij toepassing faciliteit**
- 5.19 Toepassing faciliteit bij BV's**
- 5.20 Toepassing faciliteit bij TBS-panden**
- 5.21 Toepassing faciliteit na verdeling nalatenschap**
- 5.22 Beslissingsfactoren bij de testamentkeuze**

¹ Copyright FSDC/mr. J. Beers

5.1 Inleiding

De verschuldigde erfbelasting kan het familiekapitaal behoorlijk opslokken. Het tarief voor de schenk- en erfbelasting is progressief opgebouwd. Tussen ouders en kinderen loopt het tarief op van 10% tot 20%. Bij grote nalatenschappen moet dus meer dan een kwart worden afgestaan aan de fiscus!

‘Estate Planning’ houdt in dat men nu reeds maatregelen treft die ten goede komen aan de toekomstige erfgenamen. Het hoeft hierbij niet alleen te gaan om ‘besparing’ van erfbelasting. Vaak maakt de estate planning onderdeel uit van een algehele financiële planning. De erflater in spe beoogt over het algemeen niet alleen te doen aan ‘nalatenschapsplanning’, maar ook aan vermogens- en inkomensplanning. Hij wil vooral dat zijn vermogen in stand blijft - en groeit - en bij zijn overlijden op soepele wijze overgaat naar de volgende generatie.

In dit hoofdstuk staat het testament centraal. Het testament is een belangrijk instrument voor de ‘nalatenschapsplanning’. Door tijdig te anticiperen op de situatie die bij het overlijden ontstaat kunnen belangrijke besparingen aan erfbelasting worden gerealiseerd. Bedacht moet worden dat het maken van een testament slechts één van de te nemen maatregelen is in het kader van de estate planning. Vaak is het fiscaal voordelig als tijdens het leven reeds maatregelen worden getroffen. Door tijdens het leven schenkingsprogramma’s aan de kinderen op te zetten, kan de progressieve werking van de erfbelasting vaak aanzienlijk worden gematigd. Bij ondernemers (eenmanszaak, vennootschap onder firma of BV) zal een tijdige overdracht aan de kinderen noodzakelijk zijn in verband met de continuïteit van de onderneming. De belastingbesparing die door de overdracht wordt gerealiseerd speelt hierbij echter ook een belangrijke rol.

5.2 Het wettelijk erfrecht

Wanneer iemand overlijdt en niets heeft geregeld bij testament, vererft zijn vermogen volgens het wettelijk erfrecht. Het erfrecht is gebaseerd op de bloedverwantschap tussen de overledene/erflater en de erfgenamen.

In totaal kunnen vier groepen (bloed)verwanten worden onderscheiden:

1. de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot (of geregistreerde partner) en de kinderen van de erflater;
2. de ouders, broers en zusters;
3. de grootouders van erflater;
4. de overgrootouders van erflater.

Tussen de verschillende groepen bestaat een rangorde. Personen die behoren tot een bepaalde groep erven pas als er geen personen uit de vorige groep meer in leven zijn. Binnen een bepaalde groep erft iedereen in principe voor gelijke delen.

Indien een persoon in een groep is vóóroverleden (dus eerder dan de erflater) treedt plaatsvervulling op. Plaatsvervulling betekent dat de afstammelingen van de vóóroverleden persoon 'staaksgewijs' tot de nalatenschap van de erflater worden geroepen. Dit wil zeggen dat zij tezamen het erfdeel verkrijgen van degene wiens plaats zij vervullen. Iemand die verder verwant is dan de zesde graad kan volgens de wet niet bij wijze van plaatsvervulling erven (tenzij in het testament hiervoor een afwijkende regeling is getroffen).

Voorbeeld

Rob overlijdt in 2016 met achterlating van zijn echtgenote en zijn twee kinderen Anouk en Rita. De echtgenote en de kinderen hebben ieder recht op een gelijk deel van de nalatenschap. Ieder krijgt dus 1/3 deel. Stel dat Anouk eerder is overleden dan Rob. In dat geval erven haar kinderen (de kleinkinderen dus) gezamenlijk 'de staak' (1/3 deel) die zou toekomen aan Anouk. Zou Anouk bij haar overlijden geen nakomelingen hebben, dan treedt geen plaatsvervulling op. De nalatenschap komt in dat geval geheel aan haar zuster Rita toe.

NB. Indien Rob een ruimere plaatsvervulling zou wensen, dient hij dit in zijn testament nader te regelen.

Op de hoofdregel dat iedereen 'voor gelijke delen' erft bestaan twee

uitzonderingen (art 4:11 B.W.):

- als de ouders in groep 2 volgens de wet erven geldt per ouder een minimumerfdeel van $\frac{1}{4}$;
- het erfdeel van een halfzuster of halfbroer bedraagt bij de wettelijke vererving de helft van het erfdeel van een andere zuster, broer of ouder.

Plaatsvervulling geschiedt niet alleen voor een vóóroverleden persoon maar ook voor personen die onterfd zijn, die onwaardig zijn te erven en die hebben verwerpen. Vanuit het oogpunt van successieplanning kan het verwerpen van de nalatenschap voordelig uitpakken. Door het verwerpen van de nalatenschap kan een generatie worden overgeslagen ('generation skipping').

Voorbeeld

Opa overlijdt in 2016 (zonder testament) met achterlating van zijn zoon Bernard als enig erfgenaam. Omdat hij vermogend genoeg is, besluit Bernard te verwerpen ten gunste van zijn zoon Ben. Hierdoor vererft de nalatenschap van opa slechts *één keer*, namelijk rechtstreeks naar Ben. Zou Bernard de nalatenschap hebben aanvaard, dan vererft deze eerst naar hem. Bij zijn overlijden erft zijn zoon Ben de nalatenschap. Hierdoor is twee keer erfbelasting verschuldigd over (hetgeen resteert van) de nalatenschap van opa.

NB. Ondanks dat Ben bij de verwerping in de plaatstreedt van zijn vader, blijft voor de erfbelasting het hoge tarief voor kleinkinderen gelden (tariefgroep I + opslag 80%, zie art. 24 SW).

Plaatsvervulling treedt in beginsel alleen op bij de wettelijke vererving. Indien een testament is opgesteld zullen de regels van plaatsvervulling expliciet van toepassing verklaard moeten worden

5.3 De wettelijke verdeling

De positie van de langstlevende echtgenoot is bij de wettelijke vererving sterker dan de kinderen. In de wet is geregeld dat als iemand komt te overlijden met achterlating van een echtgenoot en één of meer kinderen, zijn nalatenschap van rechtswege wordt verdeeld (zogenoemde wettelijke verdeling). De overblijvende echtgenoot krijgt per overlijdensdatum alle goederen van de nalatenschap toegedeeld

en is verplicht alle schulden van de nalatenschap voor zijn rekening te nemen.

Aangezien de langstlevende echtgenoot alle goederen volledige eigendom krijgt, mag hij/zij hierover volledig beschikken. De kinderen kunnen hier niets tegen ondernemen. Zij verkrijgen bij de wettelijke verdeling slechts een niet-opeisbare geldvordering op de langstlevende ouder ter grootte van de waarde van hun erfdeel. Zij hebben dus – anders dan onder het oude erfrecht – geen recht meer op goederen van de nalatenschap. De vordering van de kinderen is in principe alleen opeisbaar bij het overlijden van de ouder, bij diens faillissement en bij hertrouwen (zie hierna bij de ‘wilsrechten’). De geldvordering van het kind wordt vanaf het openvallen van de nalatenschap jaarlijks verhoogd met de wettelijke rente voorzover deze hoger is dan 6% (inflatiecorrectie). Is de wettelijke lager dan 6%, dan wordt er dus geen rente vergoed op de vordering van de kinderen.

Voorbeeld

Piet laat bij zijn overlijden in 2016 zijn echtgenote Marie en twee kinderen na. Zijn nalatenschap bedraagt € 1.500.000. Piet had geen testament. Op moment van overlijden bedraagt de wettelijke rente 9%.

Op grond van de wettelijke verdeling krijgen de twee kinderen ieder een niet-opeisbare onderbedelingsvordering op Marie van € 500.000. Hierover wordt een enkelvoudige rente van 3% (9% - 6%) per jaar bijgeschreven.

Wanneer de langstlevende ouder, de wettelijke verdeling niet wenst, kan hij deze binnen drie maanden na het overlijden ongedaan maken door een notariële verklaring in te schrijven in het boedelregister. Hierdoor ontstaat uiteindelijk weer een onverdeelde boedel.

Verder is mogelijk om in het testament af te wijken van de wettelijke verdeling of deze zelfs geheel buiten toepassing te laten (zie paragraaf 5.11).

5.4 De wilsrechten

Het gevolg van de wettelijke verdeling is dat de kinderen slechts een niet-opeisbare vordering op hun ouder krijgen. Deze vordering kan waardeloos worden doordat de langstlevende ouder het vermogen

wegschenkt e.d. Deze problemen kunnen worden voorkomen door in het testament hiervoor een regeling te treffen (bijvoorbeeld dat de langstlevende zekerheid moet stellen).

In geval van hertrouwen van de langstlevende ouder voorziet de wet zelf in een regeling. Om te voorkomen dat hun erfdelers door het hertrouwen bij de 'stieffamilie' terechtkomen, hebben de kinderen bepaalde 'wilsrechten'. Op grond hiervan kunnen zij hun onderbedelingsvordering opeisen door overdracht van bepaalde goederen uit de nalatenschap van de eerder overleden ouder. Soortgelijke wilsrechten kunnen de kinderen uitoefenen met betrekking tot de nalatenschap van de hertrouwde ouder als deze komt te overlijden.

De kinderen kunnen hun wilsrechten in de volgende vier gevallen uitoefenen:

- a. de langstlevende ouder doet aangifte van het voornemen om te hertrouwen;
- b. de langstlevende ouder overlijdt, terwijl de kinderen bij het hertrouwen van de ouder geen gebruik hebben gemaakt van hun wilsrechten;
- c. de hertrouwde langstlevende ouder overlijdt vóór de tweede echtgenoot (de stiefouder), terwijl op grond van de wettelijke verdeling zijn eigen nalatenschap wordt toegedeeld aan de stiefouder;
- d. de stiefouder overlijdt, terwijl de kinderen in geval c geen gebruik hebben gemaakt van hun wilsrechten.

De langstlevende ouder of stiefouder blijft in geval a en c recht houden op het vruchtgebruik van de goederen, tenzij hij hiervan afziet. In de overige gevallen hebben de kinderen het recht om overdracht van de goederen in vol eigendom te verlangen. De wilsrechten kunnen bij testament worden opgeheven, beperkt of uitgebreid.

Voorbeeld

Piet laat bij zijn overlijden in 2016 zijn echtgenote Marie en twee kinderen na. Zijn nalatenschap bedraagt € 1.500.000. Piet had geen testament. Op grond van de wettelijke verdeling krijgt Marie de gehele nalatenschap. De kinderen krijgen een vordering op hun moeder Marie van € 500.000.

Marie doet na tien jaar aangifte doet om te gaan hertrouwen. Stel dat de vordering van de kinderen jaarlijks is aangegroeid met 3% rente (zie paragraaf 5.3). Per kind bedraagt de vordering dan € 650.000 (= € 500.000 + 10 x 3% x € 500.000). Op grond van hun wilsrechten kunnen de kinderen voor dit bedrag de (blote) eigendom opeisen van de goederen die afkomstig zijn uit de nalatenschap van Piet. Marie be-

houdt het recht van vruchtgebruik op deze goederen, tenzij zij hiervan afziet. Bij het overlijden van Marie eindigt het vruchtgebruik en verkrijgen de kinderen de volle eigendom van de gekozen goederen. Indien de kinderen bij het hertrouwen geen gebruikmaken van hun wilsrechten, krijgen zij bij het overlijden van Marie een 'tweede kans'. Zij hebben dan namelijk het recht om hun vordering te laten 'uitbetalen' in de vorm van (de volle eigendom van) goederen uit Piets nalatenschap. Wanneer bij het overlijden van Marie op haar eigen nalatenschap de wettelijke verdeling van toepassing is (de stiefvader krijgt dus alle goederen toegedeeld), kunnen de kinderen eveneens wilsrechten uitoefenen. De kinderen kunnen te allen tijde van hun stiefvader eisen dat deze ter betaling van hun onderbedelingsvordering de (blote) eigendom van bepaalde goederen uit de nalatenschap van Marie overdraagt. Maken de kinderen geen gebruik van dit recht, dan kunnen zij bij het overlijden van de stiefvader eisen dat hun vordering wordt betaald in de vorm van de overdracht van de eigendom van de goederen die afkomstig zijn uit de nalatenschap van Marie.

Hetgeen de kinderen door de uitoefening van hun wilsrechten verkrijgen, wordt niet aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht. Er is dus geen erfbelasting verschuldigd. Wanneer de waarde van de overgedragen goederen méér bedraagt dan de waarde van de vordering van de kinderen (inclusief rente), kan wel sprake zijn van een belastbare schenking.

Ingeval een onroerende zaak wordt overgedragen, geldt voor de overdrachtsbelasting een vrijstelling (art. 15, lid 1 onderdeel x WBR).

5.5 Onterving en legitieme portie

Bij testament kan van de wettelijke verdeling worden afgeweken. De wettelijke erfgenamen kunnen in het testament zelfs geheel worden 'onterfd'. Een belangrijke uitzondering hierop vormt echter de positie van de kinderen. Deze hebben - mits zij hierop een beroep doen! - altijd recht op hun zogenaamde *legitieme portie*.

Voorbeeld

John overlijdt in 2016 met achterlating van zijn echtgenote en zijn zoon Bert. In zijn testament heeft hij bepaald dat zijn echtgenote enig erfgenaam is. Bert neemt met deze onterving geen genoegen en beroept zich op zijn legitieme portie. Zijn legitieme bedraagt de helft van het erfdeel volgens de wet. Aangezien er twee erfgenamen zijn (moeder en 1 kind), bedraagt de legitieme portie dus $1/2 \times 1/2 = 1/4$ deel van de nalatenschap.

Het kind heeft als een beroep op de legitieme portie wordt gedaan alleen nog recht op een vordering in geld (dus niet meer in 'goederen' van de nalatenschap). Het kind is na een beroep op de legitieme portie geen erfgenaam, maar schuldeiser. De vordering van het kind is pas na zes maanden na overlijden van erflater opeisbaar. Indien de wettelijke verdeling van toepassing is, dan volgt uit de wet dat de legitieme portie van het kind pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende ouder (of bij haar faillissement).

5.6 Rechtsmiddelen legitimaris

Door tijdens zijn leven omvangrijke schenkingen te doen zou een ouder de legitieme portie van zijn kinderen eenvoudigweg kunnen frustreren. Bij overlijden kan de nalatenschap hierdoor immers nagenoeg nihil bedragen. Om dit te voorkomen worden schenkingen die tijdens het leven zijn gedaan voor de berekening van de legitieme portie opgeteld bij het saldo van de nalatenschap. Blijkt dat de legitieme van het kind is geschonden, dan heeft het kind - in chronologische volgorde - de mogelijkheid de volgende acties in te stellen:

- inkorten op overige testamentaire makingen (naar evenredigheid van ieders verkrijging);
- ongedaan maken - inkorten - van tijdens leven gedane schenkingen (te beginnen met de meest recente schenkingen).

Voorbeeld

De nalatenschap van Marc (ongehuwd) bedraagt in 2016 € 230.000. In zijn testament heeft hij zijn vriendin Marit een legaat van € 200.000 toegekend. Het resterende vermogen ad € 30.000 gaat naar zijn dochter Monique (op grond van de wet zijn enig erfgenaam).

Marc heeft tijdens zijn leven de volgende schenkingen gedaan: in 2012 € 95.000 aan zijn ex-vriendin Joke en € 65.000 aan Greenpeace. In 2013 heeft hij € 95.000 geschonken aan zijn beste vriend Alex. Begin 2014 heeft hij zijn trouwe huishoudster Shirley € 15.000 geschonken. Alle schenkingen zijn vrijgesteld van inbreng in de nalatenschap.

Monique neemt geen genoegen met haar verkrijging van € 30.000 en doet een beroep op haar legitieme portie. De legitieme portie van Monique bedraagt $\frac{1}{2} \times (\text{€ } 230.000 + \text{de schenkingen van in totaal € } 270.000) = \text{€ } 250.000$. Zij heeft reeds € 30.000 gekregen. Het tekort van €220.000 kan zij binnenhalen door eerst het legaat van € 200.000 ongedaan te maken. Vervolgens kan Monique € 15.000 inkorten op de

schenking aan Shirley en € 5.000 op de schenking aan Alex. De overige schenkingen blijven buiten schot.

In beginsel worden alleen schenkingen jonger dan 5 jaar in aanmerking genomen. Deze beperking geldt echter niet voor schenkingen aan andere legitiemarissen (de overige kinderen).

5.7 Inbreng van schenkingen in de nalatenschap

Om te voorkomen dat de ene erfgenaam boven de andere wordt bevoordeeld, dienen tijdens het leven van de erflater ontvangen schenkingen vaak in de nalatenschap te worden 'ingebracht'. De ontvangen schenkingen worden verrekend met het erfdeel van de begiftigde, zodat iedereen per saldo evenveel heeft gekregen. In het nieuwe erfrecht geldt voor iedere erfgenaam dat hij/zij slechts verplicht tot inbreng is indien dit expliciet door de erflater is bepaald. De verplichting kan worden opgelegd bij de schenking of in het testament.

Voorbeeld

Hans komt te overlijden in 2016. Bij het overlijden zijn de kinderen Bert en Caroline enige erfgenamen. De nalatenschap bedraagt € 200.000. Hans heeft in 2015 aan Bert € 20.000 en aan Caroline € 30.000 geschonken. In zijn testament heeft Hans bepaald dat Bert en Caroline de schenkingen moeten inbrengen in zijn nalatenschap. Rekening houdend met de schenkingen bedraagt de fictief te verdelen nalatenschap € 250.000. Ieder kind heeft het recht op de helft hiervan (€ 125.000). Bij de verdeling van de nalatenschap worden de eerder ontvangen schenkingen verrekend. Bert krijgt € 105.000 (= € 125.000 -/- € 20.000) en Caroline € 95.000 (€ 125.000 -/- 30.000).

Bij de inbreng van schenkingen hoeft iemand nooit meer in te brengen dan het bedrag van zijn erfdeel. De achterliggende gedachte hiervan is dat de erfgenaam anders simpelweg de nalatenschap verwerpt (en dus geen inbrengverplichting meer heeft).

De verplichting tot inbreng moet niet worden verward met het 'inkorten' (aantasten) van schenkingen. Tot inbreng van schenkingen is een erfgenaam verplicht of vrijgesteld. Inkorten van schenkingen komt eerst in beeld als een erfgenaam een beroep doet op zijn legitieme portie. Bij schending van de legitieme portie kunnen alle schenkingen worden ingekort. Dit geldt zelfs voor schenkingen waarbij de erfgenaam is vrijgesteld van inbreng van de schenking.

Overgangsrecht

Tot 1 januari 2003 waren de (klein)kinderen *verplicht* om ontvangen schenkingen in te brengen in de nalatenschap van hun (groot)ouder, tenzij deze uitdrukkelijk de inbreng had uitgesloten. Andere erfgenamen waren slechts verplicht tot inbreng indien de erflater dit expliciet had bepaald bij de schenking of in zijn testament had opgenomen. Op grond van het overgangsrecht blijven voor ‘oude schenkingen’ (van vóór 1 januari 2003) de regels van het oude regime gelden.

5.8 Invloed huwelijk op nalatenschap

In de praktijk hoort men vaak de uitspraak dat de langstlevende echtgenoot (statistisch gezien meestal de vrouw) ‘de helft plus een kindsdeel *erft*’. Dit is niet correct. Als men in gemeenschap van goederen is gehuwd, heeft de overblijvende echtgenote krachtens huwelijksvermogensrecht recht op de helft van het gemeenschappelijke vermogen. Dit is haar eigen vermogen en valt niet in de nalatenschap van haar echtgenoot. De andere helft van het gemeenschappelijke vermogen vormt – na verdeling – doorgaans de nalatenschap. Hierin is de overblijvende echtgenote gelijk gerechtigd met de kinderen (tenzij een afwijkend testament is gemaakt). Economisch gezien heeft de echtgenote dus recht op ‘de helft plus een kindsdeel’. Juridisch werkt dit anders uit. Alleen het deel dat zij erft uit de nalatenschap is onderworpen aan erfbelasting.

Wanneer iemand op huwelijksvoorwaarden getrouwd is het ‘succesieplaatje’ uiteraard anders. Als iemand op grond van de huwelijksvoorwaarden ‘buiten gemeenschap van goederen’ is getrouwd, is er in beginsel geen gemeenschappelijk vermogen en zal de nalatenschap gelijk zijn aan het privé-vermogen van de overleden echtgenoot.

5.9 Wijziging huwelijksvoorwaarden voordelig

Vanuit het oogpunt van besparing van erfbelasting kan het soms zinvol zijn de huwelijksvoorwaarden op te heffen en over te gaan naar de gemeenschap van goederen. Over het deel dat bij het overlijden krachtens huwelijksvermogensrecht wordt verkregen, is immers geen erfbelasting verschuldigd!

Voorbeeld

Joop (68 jaar) is met uitsluiting van iedere gemeenschap gehuwd met Els (66 jaar). Het echtpaar heeft geen kinderen. Het vermogen van Joop bedraagt € 2,5 mln. Els bezit de echtelijke woning ter waarde van € 500.000. Als Joop als eerste zou komen te overlijden, erft Els zijn gehele vermogen van € 2,5 mln. De erfbelasting loopt op van 10%-20%. Zou het echtpaar vóór het overlijden van Joop hebben besloten de huwelijksvoorwaarden op te heffen, dan ontstaat een algehele gemeenschap van goederen. Bij het overlijden van Joop werkt dit gunstig uit. Door de gemeenschap van goederen is Els gerechtigd tot de helft van het totale huwelijksvermogen ($1/2 \times € 3\text{mln.}$). De nalatenschap bestaat uit de andere helft. Door de wijziging van de huwelijksvoorwaarden betaalt Els slechts over € 1,5 mln. erfbelasting. Rekeninghoudend met haar partnervrijstelling (€ 636.180) bedraagt de belaste verkrijging voor Els € 863.820.

Let op: bij de wijziging van de huwelijksvoorwaarden moet men wel een reële inschatting kunnen maken wie naar verwachting als eerste komt te overlijden. Als in ons voorbeeld de vrouw als eerste overlijdt, erft de man de helft van zijn 'eigen vermogen'. De overgang naar de gemeenschap van goederen werkt dan nadelig uit.

Een ander nadeel is dat overgang naar een algehele gemeenschap van goederen niet alleen leidt tot een gelijke verdeling van het totale huwelijksvermogen bij overlijden, maar ook bij een eventuele echtscheiding.

5.10 Finaal verrekenbeding in de huwelijksvoorwaarden

Een overstap naar een algehele gemeenschap van goederen leidt niet alleen tot een gelijke verdeling van het totale huwelijksvermogen bij overlijden, maar ook bij een eventuele echtscheiding. Wil men dat de gelijke verdeling van het totale vermogen alleen geldt bij overlijden, dan kan dit worden bereikt door in de huwelijksvoorwaarden (uitsluiting iedere gemeenschap) een zogenaamd wederkerig finaal verrekenbeding op te nemen. Een dergelijk beding houdt in dat bij ontbinding van het huwelijk door het overlijden van één van beide partners wordt afgerekend *alsof* zij in algehele gemeenschap van goederen waren gehuwd.

Het nadeel van het finaal verrekenbeding is dat het ook werkt bij het overlijden van de minstvermogende. De vermogende echtgenoot erft in dat geval de helft van zijn 'eigen vermogen'. Partijen zullen de ri-

sico's van dit mogelijk nadelig gevolg zelf moeten afwegen. Overigens moet het finaal verrekenbeding door de notaris goed worden geredigeerd. Van belang is onder andere dat het beding niet facultatief is, maar verplicht en 'wederkerig' werkt (ongeacht wie als eerste overlijdt). Als dit niet het geval is, dan is het op grond van het verrekenbeding verkregen vermogen belast met erfbelasting.²

Voorbeeld

Eric is zeer vermogend. Hij bezit o.a. een effectenportefeuille van € 3 mln. en een eigen woning van € 1 mln. Hij is buiten gemeenschap van goederen getrouwd met Els. Els bezit zelf geen vermogen. Wanneer een finaal verrekenbeding in de huwelijksvoorwaarden wordt opgenomen, werkt dit gunstig uit als Eric als eerste overlijdt. Els krijgt in dat geval op grond van het finaal verrekenbeding een vordering op de nalatenschap van € 2 mln. (1/2 x gezamenlijk vermogen van € 4 mln.). Deze vordering is ontstaan op grond van de huwelijksvoorwaarden en voor haar niet onderworpen aan erfbelasting. De nalatenschap bestaat uit de overige € 2 mln.

Zonder het finaal verrekenbeding zou Eric's nalatenschap € 4 mln. bedragen. Per saldo krijgt Els dus door wijziging van de huwelijksvoorwaarden € 2 mln. belastingvrij in handen.

N.B. Als Els als eerste zou overlijden werkt het finaal verrekenbeding nadelig voor Eric. In dat geval bestaat de nalatenschap van Els uit € 2 mln. (haar vordering op grond van de huwelijksvoorwaarden). Eric dient over dit bedrag – in feite zijn 'eigen vermogen' - erfbelasting te betalen.

5.11 Belang maken testament

Wanneer een gehuwde erflater (met kinderen) zonder testament komt te overlijden, is de wettelijke verdeling van toepassing. De langstlevende ouder krijgt van rechtswege de beschikking over alle goederen van de nalatenschap. De erfdelen van de kinderen zijn in principe alleen opeisbaar bij het overlijden van de ouder en bij diens faillissement.

De noodzaak om ter bescherming van de positie van de langstlevende echtgenoot een testament op te maken lijkt minder aanwezig in het nieuwe erfrecht. In de praktijk zal een testament vaak nog noodzake-

² De verkrijging valt alsdan onder de fictiebepaling van art. 11 lid 3of lid 4 SW.

lijk blijken te zijn, omdat:

- een goed doordacht testament naast het regelen van de positie van de langstlevende, ook kan leiden tot aanzienlijke besparing aan erfbelasting;
- het wenselijk kan zijn dat een bepaald goed rechtstreeks bij (één van) de kinderen terechtkomt (bijvoorbeeld het bedrijf);
- het wenselijk kan zijn dat de nagelaten goederen niet in de huwelijksgemeenschap van de kinderen komen te vallen (dit worden gerealiseerd door een ‘uitsluitingsclausule’ op te nemen).

Het is mogelijk in een testament de wettelijke verdeling van toepassing te verklaren en hier vervolgens op bepaalde punten van af te wijken. Zo is het mogelijk om een ander rentepercentage of andere opeisbaarheidgronden voor de schuld aan de kinderen op te nemen. Verder kunnen de erfdelen van de langstlevende ouder of de kinderen worden gewijzigd. Wanneer op deze punten wordt afgeweken in het testament blijven de regels van de wettelijke verdeling gelden.

5.12 Testamenten ter verzorging langstlevende ouder

De meest voorkomende testamenten zijn:

- het langstlevende testament;
- het vruchtgebruiktestament;
- testament met keuzelegaat;
- combinatietestament (zie paragraaf 5.14).

Langstlevende testament

De overblijvende echtgenoot krijgt bij dit testament de beschikking over alle goederen van de nalatenschap. Dit wordt gerealiseerd door alle goederen in het testament bij voorbaat toe te delen aan de langstlevende ouder (conform de ‘wettelijke verdeling’). De erfdelen van de kinderen worden rentedragend schuldig gebleven. Zowel de schuld aan de kinderen als de hierover verschuldigde rente is pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende ouder. Vaak wordt hier nog aan toegevoegd dat de rente en schuld ook opeisbaar is bij het hertrouwen of faillissement e.d. van de langstlevende ouder.

Het effect van een langstlevende testament is dat bij het overlijden van de langstlevende ouder zijn/haar nalatenschap wordt verminderd met de schuld (*inclusief rente*) aan de kinderen. Afhankelijk van het aantal 'overlevingsjaren' en het gehanteerde rentepercentage in het testament kan dit leiden tot een aanzienlijke besparing aan erfbelasting bij het overlijden van de langstlevende.

N.B. Het langstlevende testament kan worden gerealiseerd door de wettelijke verdeling van toepassing te verklaren (zie paragraaf 5.11) of door een testament met een keuzelefaat.

Renteclausule (maximale rente 6%)

Het is mogelijk om in het testament te bepalen dat de rente pas bij overlijden van erflater wordt vastgesteld (renteclausule). Wanneer de rente binnen de aangiftetermijn is vastgesteld, wordt hiermee voor de erfbelasting rekening gehouden (art. 1 lid 3 SW). Wordt de rente na de aangiftetermijn vastgesteld, dan kan sprake zijn van een belastbare schenking.

Voorbeeld

De nalatenschap van Piet bedraagt € 750.000. Piet heeft een langstlevende testament op grond waarvan zijn echtgenote Marie de nalatenschap krijgt toebedeeld en zijn twee kinderen een onderbedelingsvordering van € 250.000. In het testament is bepaald dat de vordering geen rente draagt, tenzij de erfgenamen anders overeenkomen (renteclausule). Indien binnen de aangiftetermijn (in beginsel 8 maanden) een enkelvoudige rente van 10% per jaar wordt afgesproken, wordt deze afspraak gevolgd voor de erfbelasting. Zou pas na de aangiftetermijn een rente zijn afgesproken, dan is sprake van een schenking van moeder aan de kinderen.

NB. Wanneer de wettelijke verdeling geldt, is het mogelijk om zonder renteclausule een afwijkende rente af te spreken binnen de aangiftetermijn (art. 4:13 BW).

Om een einde te maken aan de mogelijkheid om de heffing van erfbelasting te ontlopen door middel van hoge rentepercentages over erfrechtelijke vorderingen, is in art. 9 SW bepaald dat de nalatenschap niet verder kan worden verkleind dan met 6% samengestelde per jaar. Blijkt bij het 'tweede overlijden' dat een hogere rente (enkelvoudige of samengestelde) is bijgeschreven op de schuld, dan wordt het bovenmatige deel van de rente (fictief) als een erfrechtelijke verkrijging aangemerkt.

Voorbeeld (vervolg)

Stel: na 8 jaar overlijdt Marie. De kinderen kunnen dan op grond van het testament hun vordering van € 250.000 vermeerderd met 10% enkelvoudige rente over 8 jaar (€ 200.000) in mindering brengen op de nalatenschap van Marie. Op grond van art. 9 SW mag de nalatenschap slechts worden verkleind met 6% samengestelde rente over 8 jaar (€ 148.462). De bovenmatige rente van € 51.538 (= € 200.000 -/ - € 148.462) wordt daarom fictief aangemerkt als een erfrechtelijke verkrijging bij de kinderen.

NB. Stel dat de afgesproken rente 8% samengestelde zou bedragen (€ 212.732). In dat geval wordt de verkrijging van de kinderen verhoogd met bovenmatige rente van € 64.270 (€ 212.732 -/ - € 148.462).

Voldoet de overblijvende echtgenoot al tijdens zijn/haar leven de rente aan de kinderen, dan wordt het bovenmatige gedeelte hiervan aangemerkt als een schenking (art. 9 lid 2 SW).

Testament met keuzelegaat

Om mogelijke problemen bij de verdeling van de boedel te voorkomen wordt ook wel gekozen voor een testament met een keuzelegaat. De langstlevende heeft hierbij het recht naar keuze een aantal zaken uit de nalatenschap in volle eigendom over te nemen. De tegenwaarde hiervan dient te worden ingebracht in de nalatenschap. Meestal geschiedt de inbreng door een bedrag (rentedragend) schuldig te erkennen aan de nalatenschap.

Het testament met een keuzelegaat heeft vooral ten doel de langstlevende zo flexibel mogelijk te laten zijn. Fiscaal is dit testament vaak onvoordelig. Eén van de nadelen van het uitoefenen van het legaat is dat de zogenoemde defiscalisering voor de inkomstenbelasting niet van toepassing op de vordering van de kinderen op de langstlevende echtgenoot. Er is namelijk geen sprake van een ‘verdeling’ van de nalatenschap (zie paragraaf 5.15)

Vruchtgebruiktestament

Bij dit testament krijgt de langstlevende ouder als vruchtgebruiker het recht op de ‘vruchten’ (inkomsten) van de nalatenschap. De kinderen krijgen de (bloot)eigendom. Bij het overlijden van de langstlevende partner vervalt het vruchtgebruik. De blote eigendom van de kinderen groeit op dat moment ‘automatisch’ aan tot volle eigendom. Zowel over deze aangroei als over de eventuele waardeestijging van het ver-

mogen waarop het vruchtgebruik rust, zijn de kinderen geen erfbelasting verschuldigd.

Voorbeeld

De nalatenschap van Piet bedraagt € 750.000. Op grond van zijn testament krijgt zijn echtgenote Marie (60 jaar) het vruchtgebruik van zijn nalatenschap. Zijn twee kinderen krijgen de blote eigendom van de nalatenschap. De waarde van het vruchtgebruik bedraagt $10 \times 6\% = 60\%$. De blote eigendom bedraagt 40%. De verkrijging van Marie bedraagt € 450.000 (per saldo niet belast door de werking van de partnervrijstelling van € 636.180). De kinderen worden (ieder voor helft) belast voor de blote eigendom van € 300.000.

Bij het overlijden van Marie vervalt het vruchtgebruik. De 'aangroei' naar volle eigendom is niet belast bij de kinderen. Per saldo krijgen zij bij overlijden van Marie dus belastingvrij de beschikking over het 'vruchtgebruikvermogen'.

Op grond van art. 35g SW kan (rentedragend) uitstel van betaling worden verkregen voor de erfbelasting die is verschuldigd over de blote eigendom van een eigen woning. Voor deze betalingsfaciliteit is vereist dat het resterende deel van de erfrechtelijke verkrijging ontoereikend is om de door de verkrijger in totaal verschuldigde erfbelasting te voldoen. Verder moet de verkrijger zelf ook in privé niet voldoende eigen middelen hebben om de verschuldigde belasting te betalen. Deze regeling geldt ook als de onderbedelingsvordering van de kinderen bij een langstlevende testament kan worden toegerekend aan de eigen woning.

5.13 Vergelijking vruchtgebruiktestament en langstlevende testament

De meest voorkomende testaments zijn – zoals gezegd - het zogenaamde langstlevende testament en het vruchtgebruiktestament. Afhankelijk van de leeftijd van de erflater en de overlevingsjaren van de langstlevende ouder, kunnen beide testaments voordelig uitpakken. Aan de hand van een voorbeeld wordt dit toegelicht.

Voorbeeld

Arie (60 jaar) overlijdt met achterlating van zijn echtgenote Els (55 jaar) en 2 kinderen. Arie is buiten gemeenschap van goederen getrouwd. Zijn nalatenschap bedraagt € 3 mln. Els heeft geen vermogen.

1. Langstlevende testament

Als een langstlevende testament (conform ‘wettelijke verdeling’) zou zijn opgesteld, erven Els en de kinderen ieder 1/3 deel van de nalatenschap. Op grond van het testament krijgt Els echter de beschikking over de gehele nalatenschap en mag zij het erfdeel van de kinderen van € 2 mln. - inclusief rente - schuldig blijven tot haar overlijden.

Wanneer Els na 15 jaar zou komen te overlijden, kunnen de kinderen de schuld wegen overbedeling op hun moeder ad € 2 mln. plus de rente hierover (stel: 6% per jaar) opeisen. Inclusief de rente over 15 jaar bedraagt de schuld dan € 3,8 mln. Deze schuld komt in mindering op de nalatenschap van Els. Stel dat het vermogen van Els uitsluitend bestaat uit Arie’s nalatenschap. Dit vermogen heeft na 15 jaar een waarde van € 4,5 mln.. Per saldo bedraagt de nalatenschap van Els:

Vermogen Els, stel	€	4.500.000
Af: schuld aan kinderen	- €	<u>3.800.000</u>
Nalatenschap	€	700.000

2. Vruchtgebruiktestament

Wanneer Arie zou hebben gekozen voor een vruchtgebruiktestament krijgt Els bij zijn overlijden het recht op de vruchten (inkomsten) van de nalatenschap van € 3 mln. De kinderen krijgen de met vruchtgebruik belaste (blote) eigendom. Zowel de verkrijging van het vruchtgebruik als van de bloot eigendom zijn met erfbelasting belast. Rekeninghoudend met de tabellen in art. 5 Uitv. Besluit SW en de leeftijd van Els (55 jaar) bedraagt de verkrijging voor Els € 1.980.000 (factor 11 x 6% x € 3.000.000). De blote eigendom van de kinderen heeft een waarde van € 1.020.000. Stel dat Els wederom na 15 jaar zou komen te overlijden. Door haar overlijden vervalt het vruchtgebruik van de nalatenschap van Arie. De kinderen zijn hierover geen erfbelasting verschuldigd. De ‘aangroei’ naar volle eigendom is niet belast. Per saldo krijgen zij belastingvrij de beschikking over het ‘vruchtgebruikvermogen’ (na waardeaan groei: € 4,5 mln.). Het vruchtgebruiktestament is hierdoor bij het overlijden van Els ‘goedkoper’ dan het langstlevende testament.

In zijn algemeenheid kan moeilijk worden aangegeven welk testament de voorkeur verdient. De gevolgen voor de erfbelasting van beide testamenten zal in de praktijk afhangen van de volgende factoren:

- de omvang en de te verwachte waarde stijging van het te vererven vermogen (bij het eerste en tweede overlijden);
- het ‘eigen’ vermogen van de langstlevende echtgenoot
- de leeftijd van de echtelieden;
- het aantal jaren dat tussen het overlijden van beide partners zit;
- het aantal erfgenamen/kinderen.

Het voordeel van het vruchtgebruiktestament is dat het vermogen

waarop het vruchtgebruik is gevestigd bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot niet nogmaals vererft naar de kinderen. De aangroei naar ‘volle’ eigendom is immers niet onderworpen aan erfbelasting.

Bij het langstlevende testament vererft de nalatenschap in beginsel twee keer. De kinderen kunnen hier echter hun overbedelingsvordering (inclusief rente) in mindering kunnen brengen op de nalatenschap. Wanneer een hoge rente is verschuldigd op de vorderingen aan de kinderen, kan de ‘oprenting’ bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot leiden tot aanzienlijke besparing aan erfbelasting. Nadeel is echter dat het aantal ‘overlevingsjaren’ van de langstlevende moeilijk te voorspellen is.

Bij de testamentskeuze dient ook rekening te worden met het privé vermogen van de langstlevende echtgenoot. Als de overblijvende echtgenoot zelf ook vermogen heeft zal dit bij haar/zijn overlijden doorgaans vererven naar de kinderen.

Bij het vruchtgebruiktestament vererft dit deel bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot altijd naar de kinderen (hierop rust immers geen vruchtgebruik). Bij het langstlevende testament geldt hetzelfde. Afhankelijk van het aantal ‘overlevingsjaren’ van de overblijvende echtgenoot en het gehanteerde rentepercentage, is het echter mogelijk dat hier de overbedelingsschuld zodanig is ‘aan-gegroeid’ met rente dat deze in mindering komt op het privé vermogen van de langstlevende echtgenoot. In dat geval is het langstlevende testament na twee verervingen voordeliger.

5.14 Combinatietestamenten

De moeilijkst in te schatten factor zal in de praktijk het aantal verwachte ‘overlevingsjaren’ zijn. Het zal van de feitelijke omstandigheden afhangen welk testament de voorkeur verdient. In de praktijk wordt vaak een zogenaamd *keuzetestament* opgesteld. Hierbij hoeven de erfgenamen pas op moment van overlijden te beslissen welk testament (langstlevende testament of vruchtgebruiktestament) zal worden toegepast.

Een variant hierop vormt het *combinatietestament*. Bij dit testament

wordt de hiervoor besproken testamentvormen met elkaar gecombineerd. De erfgenamen hoeven pas bij het overlijden van de ouder die als eerste is overleden een keuze te maken welk testament (of welk gedeelte hiervan) in werking zal treden. Het grote voordeel hiervan is dat de erfgenamen niet zijn gebonden aan een testamentvorm die nú (bij het opmaken) optimaal lijkt, maar op het moment van overlijden achterhaald is. Over het algemeen krijgen de erfgenamen een redelijke termijn om hun keuze te bepalen (bijv. binnen acht maanden na het overlijden). Desgewenst kan in deze periode overleg worden gepleegd met een adviseur.

Bij zeer vermogende echtelieden wordt het erfdeel van de langstlevende vaak om fiscale redenen geheel of gedeeltelijk beperkt.

De achterliggende gedachte hierbij is dat de langstlevende hetzij in privé al over voldoende vermogen beschikt of (bij gemeenschap van goederen) bij het overlijden de helft van het vermogen van erflater krijgt. Door het beperken van het erfdeel van de langstlevende ouder vererft dit gedeelte later niet nogmaals naar de kinderen. Afhankelijk van het testament kunnen ook nog andere voordelen worden behaald.

5.15 Defiscalisering onder de Wet IB 2001

Bij een testament met een wettelijke verdeling krijgt de langstlevende ouder alle goederen van de nalatenschap toegedeeld en krijgen de kinderen slechts een vordering wegens onderbedeling. De vordering van de kinderen is (inclusief de rente) pas opeisbaar bij het overlijden. Zonder nadere regeling zou de vordering van de kinderen voor de inkomstenbelasting in box 3 (vermogensrendementsheffing) worden belast. Dit zou tot liquiditeitsproblemen kunnen leiden; de kinderen genieten geen inkomsten, maar moeten wel belasting betalen over hun vordering.

Om deze problemen te voorkomen, geldt de zogenoemde 'defiscalisering'. De overbedelingsschulden en -vorderingen die bij de verdeling van de nalatenschap zijn ontstaan worden fiscaal genegeerd (gedefiscaliseerd). De kinderen zijn over hun overbedelingsvordering geen rendementsheffing in box 3 verschuldigd. Anderzijds wordt de schuld bij de ouder ook niet in aanmerking genomen. Het effect van

de defiscalisering is dat de ouder voor de inkomstenbelasting wordt belast voor de gehele nalatenschap. Voor de kinderen verloopt de verdeling van de nalatenschap voor de inkomstenbelasting neutraal.

Reikwijdte defiscalisering

De defiscalisering geldt niet alleen bij de ‘wettelijke verdeling’, maar geldt voor alle gevallen waarbij op grond van een testament een situatie ontstaat die materieel voldoende vergelijkbaar is met het wettelijk erfrecht. Daaronder vallen *niet opeisbare* geldvorderingen op de echtgenoot van een overleden ouder van de belastingplichtige:

- die voortvloeien uit de verdeling van de nalatenschap van die ouder;
- die voortvloeien uit een door die echtgenoot schuldig gebleven vergoeding voor een legaat tegen inbreng van de waarde aan die echtgenoot op grond van een uiterste wilsbeschikking van die ouder;
- die anderszins voortvloeien uit een uiterste wilsbeschikking van die ouder; of
- ter zake van een legitieme portie van een kind.

Voorbeeld

Arnout overlijdt in 2016 met achterlating van zijn echtgenote Nicky en 2 kinderen, Rob en Marco. Het echtpaar was op huwelijksvoorwaarden getrouwd. De nalatenschap bestaat onder meer uit een woning in Wassenaar ter waarde van € 800.000 (geen hypotheek). De kinderen zijn enig erfgenaam. Arnout heeft zijn echtgenote – gelet op haar eigen vermogen – onterft. Wel heeft hij haar in zijn testament de woning in Wassenaar gelegateerd tegen inbreng van de waarde. Nicky blijft de € 800.000 rentedragend schuldig aan de kinderen.

In deze situatie is in beginsel de defiscalisering van toepassing. Het gevolg is dat Nicky wordt belast voor het gehele vermogen. De kinderen hoeven geen vordering op te geven in box 3.

De defiscalisering geldt ook bij een partiële verdeling van de nalatenschap. Het is dus niet meer vereist dat alle goederen (en schulden) worden toegedeeld aan de langstlevende ouder. Verder geldt de defiscalisering ook voor niet-opeisbare geldvorderingen die een kind uit hoofde van een testament verkrijgt op de langstlevende ouder op andere wijze dan een verdeling of een legaat tegen inbreng. Hierdoor geldt de regeling ook in het geval waarbij de langstlevende enig erf-

genaam is en een kind een niet-opeisbaar bedrag krijgt gelegateerd.

Defiscalisering in vruchtgebruikssituaties

De defiscalisering geldt ook in vruchtgebruikssituaties. Hiervan is sprake indien bloot-eigendomsrecht in de zin van art. 4:19 of 4:21 BW is uitgeoefend of een ‘verzorgingsvruchtgebruiken’ als bedoeld in art. 4:29 en 4:30 BW is gevestigd ten behoeve van de langstlevende ouder. Daarnaast geldt de defiscalisering ook als op grond van een testament een vruchtgebruik is gevestigd ten behoeve van de langstlevende partner en de kinderen de bloot eigendom verkrijgen

Voorbeeld

Peter is in gemeenschap van goederen gehuwd met Sacha. Hij overlijdt met achterlating van zijn echtgenote Sacha en twee kinderen, Bas en Mady. Peter heeft zijn kinderen tot enige erfenamen benoemd. Het vruchtgebruik van zijn gehele nalatenschap heeft hij gelegateerd aan Sacha. Door defiscaliseringsregeling wordt Sacha belast voor de gehele nalatenschap. De kinderen worden niet belast voor de bloot eigendom.

Het gevolg van de defiscaliseringsregeling is dat de langstlevende ouder de volle eigendom moet aangeven van de bezittingen waarop het vruchtgebruik rust en dat de blote eigendom niet meer bij de kinderen in box 3 wordt belast. Indien de ouder bijvoorbeeld op grond van het testament het recht van vruchtgebruik van de eigen woning heeft, dient slechts de ouder in box 1 het eigenwoningforfait aan te geven. De kinderen worden niet belast voor de blote eigendom van de woning. De eigenwoningregeling geldt ook indien de ouder die het erfrechtelijk vruchtgebruik heeft, slechts de gewone ‘lasten en herstellingen’ draagt als bedoeld in art. 3:220 lid 1 BW. Oorspronkelijk was tijdens de parlementaire behandeling nog opgemerkt dat de vruchtgebruiker alle kosten en lasten van de woning moest dragen.

Voor de toepassing van de defiscalisering is vereist dat het vruchtgebruik daadwerkelijk juridisch wordt gevestigd. Tijdens de parlementaire behandeling is aangegeven dat indien het vruchtgebruiklegaat binnen 2 jaar na het overlijden wordt afgegeven, de defiscalisering direct na het openvallen van de nalatenschap van toepassing is (TK, 33004, nr 5, p 4). Indien de defiscalisering niet gewenst is, kunnen de erfenamen besluiten het vruchtgebruik juridisch niet te vestigen. In

dat geval wordt het vermogen in box 3 van de ouder verkleind, hetgeen aantrekkelijk kan zijn in verband met de vermogensinkomensbijtelling in het kader van de AWBZ.

Defiscalisering bij plaatsvervulling e.d.

De defiscalisering geldt niet alleen indien een (stief)kind een onderbedelingsvordering op zijn overblijvende ouder heeft verkregen bij de verdeling van de nalatenschap. De regeling geldt ook in de volgende gevallen (art. 5.4 lid 5 onder a en b Wet IB 2001):

- bij plaatsvervulling (bijv. indien de onderbedelingsvordering verft naar een kleinkind);
- voor situaties waarin de onderbedelingsvordering (of een recht van vruchtgebruik) van een kind krachtens huwelijksvermogensrecht of erfrecht is overgegaan naar zijn of haar echtgenoot.

Defiscalisering geldt ook bij partners

De defiscalisering geldt zowel voor echtgenoten als degenen die voor de erfbelasting als ‘partner’ worden aangemerkt (art. 5.4 lid 6 Wet IB 2001). Dit betekent dat de regeling ook van toepassing is indien ongehuwde samenwoners komen te overlijden met kinderen. Het begrip ‘partner’ voor de erfbelasting is omschreven in art. 1a SW.

NB. Bij samenwoners zal wel een testament moeten worden opgesteld. Immers, volgens de wet erven samenwonende partners niet van rechtswege van elkaar.

Geen defiscalisering bij het ik-opa-testament

Hoewel de defiscalisering is verruimd, geldt deze niet bij het ik-opa-testament. Op grond van deze testamentsvorm zijn de kinderen van de erflater de erfgenamen onder de last om aan hun kinderen (de kleinkinderen van de erflater) een bedrag schuldig te erkennen. Op de vordering en schuld die aldus ontstaat, is art. 5.4 Wet IB 2001 niet van toepassing (zie ook punt 2.3.6. van het – inmiddels ingetrokken – besluit van 31 oktober 2005, nr. CPP2005/1272M).

5.16 Vererven van ondernemingsvermogen

Een onderneming moet voor de Successiewet worden gewaardeerd op de waarde in het economisch verkeer op overlijdensdatum. Bij die waardering moet rekening worden gehouden met vermogensbestanddelen die een eenheid vormen. De onderneming moet met andere woorden op 'going-concernbasis' worden gewaardeerd. Dit is de waarde die aan de vermogensbestanddelen kan worden toegekend als de gehele onderneming wordt verkocht en voortgezet. Hierbij wordt rekening gehouden met de rentabiliteit van de onderneming. Uit de rechtspraak blijkt dat de going-concernwaarde zowel hoger als lager kan uitkomen dan de totale waarde van de losse vermogensbestanddelen in het economische verkeer (liquidatiewaarde). Wanneer de liquidatiewaarde hoger is dan de going-concernwaarde, bijvoorbeeld omdat sprake is van onderrentabiliteit, dan moet van deze hogere waarde worden uitgegaan (art. 21, lid 13 SW).

Goodwill wordt ook in aanmerking genomen voor de heffing van erfbelasting. Het gaat hierbij om voor overdracht vatbare goodwill (zakelijke goodwill). Persoonlijke goodwill is niet overdraagbaar en heeft voor de erfbelasting geen waarde.

Aandelen in een BV zullen - afhankelijk van het type onderneming - moeten worden gewaardeerd op een mix van de intrinsieke, rentabiliteits- en rendementswaarde.

Belastinglatenties

Bij overlijden wordt een IB-onderneming 'gestaakt' en zal voor de inkomstenbelasting afgerekend moeten worden over de meerwaarde in de onderneming (stille reserves, fiscale reserves en de goodwill). De verschuldigde inkomstenbelasting over deze overlijdenswinst (max. 52%) kan voor de erfbelasting als schuld van de nalatenschap worden afgetrokken indien wordt afgerekend. Als de erfgenamen de onderneming voortzetten en gebruikmaken van de 'doorschuiffaciliteit' (art. 3.58 Wet IB 2001) mag de 'latente' inkomstenbelasting worden afgetrokken van de erfenis. Deze belastinglatenties bedragen 20% van de stille reserves en 30% over de fiscale oudedagsreserve (art. 20 lid 5 e.v. SW).

Wanneer aandelen in een BV vererven zal rekening mogen worden gehouden met een belastinglatentie van 6,25%. Desgewenst kan ook

hier worden gekozen voor afrekening tegen het aanmerkelijk-belangtarief van 25%.

5.17 De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet

Bij schenking of vererving van ondernemingsvermogen kunnen de bedrijfsopvolgers een gedeeltelijke vrijstelling claimen voor het verschuldigde erf- of schenkbelasting. Daarnaast geldt een betalingsregeling voor de verschuldigde belasting over het (resterende) ondernemingsvermogen. De vrijstelling is van toepassing bij vererving of schenking van het volgende ‘ondernemings-vermogen’:

- de onderneming van een IB-ondernemer of medegerechtigde (bijvoorbeeld een commanditaire vennoot);
- aandelen in een BV die een materiële onderneming drijft en waarin de erflater of schenker een ‘aanmerkelijk belang’ (globaal: aandelenbezit van 5% of meer) heeft;
- onroerende zaken die bij de erflater of schenker onder de terbeschikkingstellingsregeling (art. 3.92 Wet IB 2001) vallen, mits deze dienstbaar zijn aan de onderneming van de BV.

Bij voortzetting van de onderneming door de erfgenamen of begiftigden geldt op verzoek een speciale vrijstelling voor de schenk- en erfbelasting. Deze vrijstelling bedraagt (zie art. 35b SW):

- 100% als de waarde van de onderneming lager is dan € 1.060.298;
- 83% van de waarde van de onderneming boven € 1.060.298.

Een onderneming moet normaliter worden gewaardeerd op de going-concernwaarde of op de liquidatiewaarde als deze hoger is (art. 21 lid 13 SW; zie tevens paragraaf 5.16). Indien de liquidatiewaarde van de onderneming hoger is dan de going-concernwaarde, dan is dit surplus eveneens vrijgesteld.

De vrijstellingsfaciliteit houdt in dat op verzoek bij (ten minste 5 jaar) voortzetting van de onderneming door de verkrijgers een gedeelte van

het ondernemingsvermogen niet wordt belast. Voor de schenk- of erfbelasting die is verschuldigd over het (eventueel) resterende belastbare ondernemingsvermogen, kan rentedragend uitstel worden verkregen gedurende 10 jaar (art. 35b lid 2 en art. 25 lid 12 Invord. Wet). De bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt slechts toegepast als hiervoor bij de aangifte een schriftelijk verzoek is gedaan (art. 35b lid 7 SW).

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit geldt per objectieve onderneming. Dit is een onderneming die zich hoofdzakelijk bezighoudt met ondernemingsactiviteiten. Een onderneming waarvan de activiteiten alleen bestaan uit beleggen valt niet onder de bedrijfsopvolgingsregeling (art. 35c SW). Bij meerdere verkrijgers moet de vrijstelling van € 1.060.298 (+ 83% van het meerdere) naar evenredigheid moet worden toegepast.

Voorbeeld

Bob en Jacco erven van hun vader een IB-onderneming (going-concernwaarde 1,4 mln. en liquidatiewaarde 1,6 mln.). Hoe werkt de faciliteit indien zij de onderneming gezamenlijk voortzetten?

- het verschil tussen de liquidatie- en going-concernwaarde € 200.000 (= € 1.600.000 -/- € 1.400.000) is volledig vrijgesteld;
- per broer geldt voor de going-concernwaarde een vrijstelling van € 530.149 + (83% x € 169.851) = € 671.253;
- voor de resterende belaste verkrijging ad € 28.874 (= 17% x € 169.851) kan (rentedragend) uitstel van betaling worden verkregen.

5.18 Voortzettingseis bij toepassing faciliteit

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt verleend onder de voorwaarde dat de onderneming ten minste vijf jaar wordt voortgezet door de verkrijger(s). Bij voortijdige staking van de onderneming of bij verkoop van de aandelen e.d., wordt teruggekomen op de vrijstelling en is alsnog schenk- of erfbelasting verschuldigd (art. 35b lid 6 SW).

Bij schenking van ondernemingsvermogen is voor toepassing van de faciliteit vereist dat de schenker ten minste 5 jaren de onderneming heeft gedreven (c.q. medegerechtigde was) of de aanmerkelijkbelang aandelen in zijn bezit heeft gehad. Een soortgelijke eis geldt met betrekking ter beschikking gestelde onroerende zaken aan de BV/NV

(zie art. 35d SW en paragraaf 5.20).

Bij vererving moet de erflater gedurende één jaar tot het overlijden eigenaar van het kwalificerende ondernemingsvermogen zijn geweest.

De faciliteit kan ook worden toegepast indien een aandeel in vennootschap onder firma (vof) of maatschap wordt verkregen. Bij de verkrijging van een aandeel in een commanditaire vennootschap (CV), is de faciliteit slechts van toepassing als de verkregen medege-rechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de erflater of schenker gedreven onderneming. Vereist is bovendien dat de medegerechtigdheid wordt verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot was (art. 35c lid 2 SW). Op grond van deze beperking geldt de faciliteit dus slechts bij een gefaseerde bedrijfs-overdracht. Indien bijvoorbeeld vader eerst commanditaire vennoot wordt en zijn zoon/bedrijfsopvolger beherend vennoot, terwijl later het CV-aandeel vererft of wordt geschonken aan de zoon, zal de rege-ling van toepassing zijn.

Voorbeeld

Alex heeft samen met zijn vader Gert een VOF. In het kader van de beoogde be-drijfsopvolging, wordt Gert eerst commanditair vennoot. Bij het overlijden van Gert is de faciliteit van toepassing op zijn CV-aandeel indien deze wordt verkregen door Alex. Zou het CV-aandeel vererven naar Els, de zus van Alex, dan geldt de faciliteit niet (zij is immers geen beherend vennoot).

5.19 Toepassing faciliteit bij BV's

De BV/NV mag geen beleggingsvennootschap zijn. Voor de bepaling van de waarde van de aandelen wordt alleen het 'echte' onderne-mingsvermogen meegenomen. Wanneer het vermogen van een BV voor een gedeelte bestaat uit beleggingen die niet dienstbaar zijn aan de feitelijke bedrijfsuitoefening, moet een splitsing worden gemaakt. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit geldt in dat geval voor het onderne-mingsvermogen. Daarnaast mag de faciliteit tot maximaal 5% van het totale ondernemingsvermogen worden toegepast op de waarde van het beleggingsvermogen (art. 35c lid 1, 2e SW). Het resterende be-leggingsvermogen is belast.

Voorbeeld

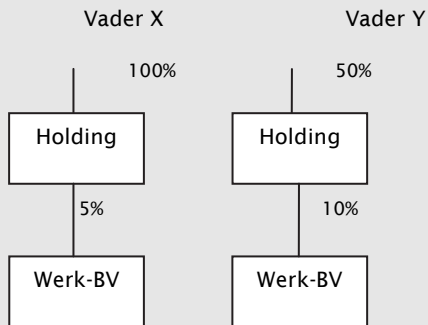
De aandelen van BV hebben een waarde van € 1000.000. Hiervan is € 700.000 ondernemings- en € 300.000 beleggingsvermogen. De faciliteit geldt in dat geval voor € 700.000 + (5% x € 700.000) = € 735.000

NB. Indien het beleggingsvermogen is gefinancierd met een lening mag de schuld hierop in mindering worden gebracht. Dit betekent dat de faciliteit in dat geval zou gelden voor € 1000.000!

De regeling is bij een holding slechts van toepassing indien deze zelfstandig een onderneming drijft, dan wel indien de onderneming van een dochter-bv kan worden toegerekend aan de holding. Indien via een holding een indirect belang van 5% of meer in een werk-BV wordt gehouden, worden de bezittingen en schulden van deze BV toegerekend aan de holding (art. 35c lid 5 sub a SW). Door deze toerekening kan een holding die zelf geen onderneming drijft, toch in aanmerking komen voor de faciliteit als 'geconsolideerd' gezien wél een onderneming wordt gedreven.

Er geldt louter een kwantitatief criterium voor de toerekening van de aandelen van een werk-BV aan de holding. Het is dus niet vereist dat de holding 'het beleid' bepaalt in de werk-BV.

Voorbeeld



In beide situaties worden de bezittingen en schulden van de werk-BV toegerekend aan de holdings. Immers, het indirecte belang is in beide gevallen 5% in de werk-BV. Zou het indirecte belang minder dan 5% bedragen, dan mag deze consolidatie in beginsel niet plaatsvinden. Een uitzondering geldt echter voor de situatie dat het belang door vererving e.d. is 'verwaterd' en ten minste 0,5% bedraagt (zie art. 35c lid 5 sub b SW).

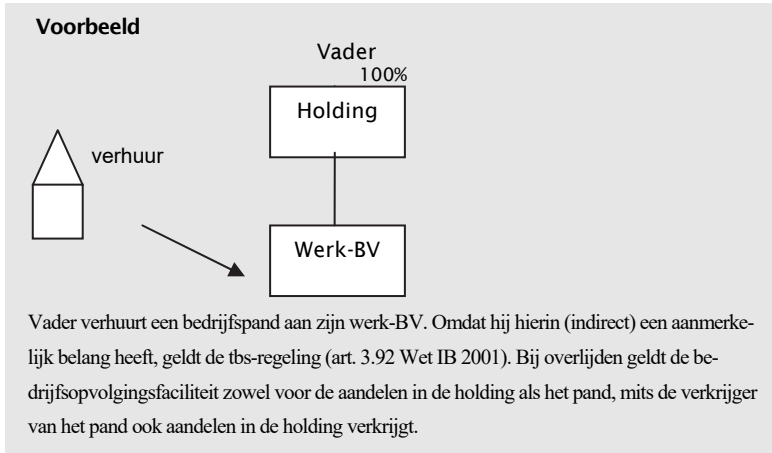
Indien het (indirecte) belang in een werk-BV is ‘verwaterd’ door vererving, schenking of overgang krachtens huwelijksvermogensrecht, mag ook bij kleiner belang dan 5% worden geconsolideerd. Vereist is wel dat het indirecte belang ten minste 0,5% is (art. 35c lid 5 sub b SW).

5.20 Toepassing faciliteit bij TBS-panden

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan ook worden toegepast op een onroerende zaak die bij de erflater/schenker onder de tbs-regeling van art. 3.92 Wet IB 2001 valt.³ Vereist is wel dat de onroerende zaak dienstbaar is aan de materiële onderneming van de BV (art. 35c SW). Wanneer de BV geen onderneming drijft, geldt de faciliteit dus niet voor de verkregen onroerende zaak. Voor toepassing van de faciliteit is vereist dat de verkrijger van het pand ook aandelen in de BV verkrijgt.⁴ De faciliteit wordt dus niet verleend als de aandelen in de BV worden verkregen door het kind/bedrijfsopvolger, terwijl het bedrijfspand wordt verkregen door een ander kind.

³ De regeling geldt alleen voor panden die onder de tbs-regeling vallen van art. 3.92 Wet IB 2001. Panden die aan een eenmanszaak terbeschikking worden gesteld (art. 3.91 Wet IB 2001) kwalificeren niet voor de regeling.

⁴ De aandelen hoeven bij de verkrijger geen a.b. te vormen. Echter, wanneer geen a.b. wordt verkregen moet bij de erflater voor de tbs-regeling worden afgerekend. De faciliteit van art. 3.62/3.95 Wet IB 2001 biedt geen soelaas, omdat hiervoor het pand bij de erfgenaam onder de tbs-regeling moet vallen.



5.21 Toepassing faciliteit na verdeling nalatenschap

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan ook worden toegepast als de voortzetter pas bij de verdeling van de nalatenschap het ondernemingsvermogen verkrijgt. Vereist is wel dat de verdeling van de boedel in dat geval binnen twee jaar na het overlijden plaatsvindt (art. 35f SW).

Bij de nalatenschapsplanning moet er rekening mee worden gehouden dat de vrijstellingsfaciliteit slechts kan worden geclaimd door de erfgenamen die de onderneming voortzetten. De erfgenaam die bij de verdeling een onderbedelingsvordering heeft gekregen kan slechts rentedragend uitstel van betaling krijgen voor de verschuldigde erfbelasting voor zover die vordering kan worden toegerekend aan ondernemingsvermogen van een medeverkrijger (art. 25 lid 13 Invord. Wet).

Voorbeeld

Bas en Rob zijn enige erfgenamen van hun vader. De nalatenschap bestaat uit een woning van € 600.000 en een onderneming (going-concern- en liquidatiewaarde € 1.800.000). Bas wil graag de onderneming voortzetten, Rob heeft geen interesse. Bij de verdeling van de nalatenschap (totaal € 2,4 mln) krijgt Bas de onderneming toegeëld. Rob krijgt de woning van € 600.000 en een onderbedelingsvordering op Bas van € 600.000.

Beide broers worden in beginsel belast voor € 1,2 mln. Voor Bas geldt een vrijstel-

ling van € 1.675.781 (€ 1.069.298 + 83% x € 730.702). Bij de berekening hoeft hij geen rekening te worden gehouden met de schuld aan Rob (art. 35b lid 4 SW). Per saldo is Bas dus geen belasting verschuldigd over zijn verkrijging.

Rob kan rentedragend uitstel van betaling gedurende 10 jaar krijgen voor de belasting over zijn onderbedelingsvordering van € 600.000 (deze kan immers worden toegerekend aan de onderneming). Over zijn resterende verkrijging is hij direct erfbelasting verschuldigd.

NB . Omdat het uitstel van betaling onder meer wordt ingetrokken bij staking van de onderneming, zal bij de opeisbaarheidsgronden van de onderbedelingsvordering van Rob hiermee rekening moeten worden gehouden.

5.22 Beslissingsfactoren bij de testamentkeuze

De vraag welk testament in de praktijk de voorkeur verdient, hangt af van een aantal factoren. Van belang is allereerst vast te stellen met welk *doel* het testament wordt opgesteld.

Staat de verzorging van de langstlevende partner centraal? Of is het vermogen van de langstlevende echtgenoot van een dusdanige grote omvang, dat ook de successieplanning mede op de voorgrond kan staan? Aan de hand van de volgende vragen kan een eerste aanzet tot een testamentkeuze worden gedaan:

- wat is de samenstelling en grootte van het te vererven vermogen?
- zijn er tijdens leven reeds maatregelen getroffen om erfbelasting te besparen?
- wat is het huwelijksgoederenregime: gemeenschap van goederen of zijn er huwelijksvoorwaarden?
- ingeval van huwelijksvoorwaarden: moeten deze intact blijven? Overgang naar de algehele gemeenschap kan soms tot grote besparingen aan erfbelasting leiden.
- wie zijn de potentiële erfgenamen? De kinderen en/of de langstlevende ouder?
- wat is de leeftijd van de erflater en de potentiële erfgenamen?
- wil de erflater in spe ook anderen in zijn testament betrekken? Wil de erflater nog bepaalde legaten doen?
- ingeval er ondernemingsvermogen vererft: is er een opvolgingsplan e.d.?
- zo ja, wordt bij vererving van het ondernemingsvermogen reke-

ning gehouden met bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de erf- en schenkbelasting?

- heeft de overblijvende ouder voldoende eigen vermogen - mede gelet op zijn/haar (eventuele) deel op grond van de huwelijksgemeenschap - om van te leven?
- zo ja, kan het erfdeel van de overblijvende ouder - om fiscale redenen - mogelijk worden verkleind?
- zijn er kleinkinderen? Zo ja, moeten deze in het testament worden betrokken?
- moeten er nog speciale clausules in het testament worden opgenomen (bijv. uitsluitingsclausule, regeling omtrent bewind etc.)?
- zijn de effecten van de Wet IB 2001 doorgerekend?

Het spreekt voor zich, dat bovenstaande vragen slechts een indicatie geven voor de te volgen marsroute. Het antwoord op de vragen kan een aardig beeld geven en mogelijk als een soort 'checklist' fungeren bij de testamentkeuze. Over het algemeen staat hiermee de testamentkeuze nog niet definitief vast. Om een volledig beeld te krijgen dienen alle aspecten in ogenschouw te worden genomen. Wat is de samenstelling van het vermogen? Wie erft er bij de eerste vererving? En wie bij de tweede vererving? Om optimaal te kunnen adviseren, zal in de praktijk vaak een cijfermatige doorrekening van de diverse testamentvarianten moeten plaatsvinden. Pas na vergelijking van de uitkomsten van de testamentvarianten kan een evenwichtige keuze worden gemaakt.