

Inhoudsopgave

1. Inleiding	1
2. De Schijf van Vijf	2
3. Estate planningstools	5
4. Keuzevraagstukken: meerdere wegen leiden naar Rome	8
5. Plan van behandeling	12

1. Inleiding

Wat is estate planning? Estate is het Engelse woord voor nalatenschap of boedel. Estate planning kan worden omschreven als het regelen van de overgang van vermogen van de ene generatie naar de volgende generatie én het beheer van dat vermogen rondom het overlijden. In goed Nederlands gaat het dus om nalatenschapsplanning. Estate planners zullen enerzijds dienen te beschikken over voldoende generalistische kennis van tal van civiel-juridische, financiële en fiscale aangelegenheden, terwijl anderzijds naar al die aangelegenheden door de bril van het overlijden – en dus specialistisch – wordt gekeken. Estate planning is zogezegd een generalistisch specialisme. Estate planners zullen van veel aangelegenheden in elk geval de *basics & fundamentals* moeten kennen. In voorkomend geval zal tevens een echte specialist geraadpleegd moeten worden. Te denken valt aan een specialist op het gebied van landgoederen (in verband met de Natuurschoonwet 1928 (NSW)) of de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) van de Successiewet 1956 in verband met het optimaal benutten van de fiscale vrijstellingen en tarieven.

Een estate planner kan zijn een financiële of vermogensplanner, private banker, accountant, belastingadviseur of notaris.¹ Een multidisciplinair samenwerkingsverband van estate planners is het Register Estate Planners (REP), dat ruim 300 actieve estate planners telt.² Daarnaast dient gewezen te worden op de Vereniging van Estate Planners in het notariaat (EPN).³ Op deze wijze kan het kaf (beunhazen en amateurs) van het koren (deskundige specialisten met ervaring op het terrein van estate planning) worden gescheiden.⁴

¹ In 'Estate planning: een markt met toekomst' (te downloaden via www.mr-online.nl) wordt een gevarieerd beeld gegeven van de beroepsgroep en de werkzaamheden van estate planners.

² Zie www.register-estate-planners.nl. Het register staat onder toezicht van de Stichting Register Estate Planners. In deze kringen wordt het Vakblad Estate Planning (Sdu Licent Academy) geraadpleegd. Het vakblad verschijnt zes keer per jaar. Het blad bevat ook de namenlijst van de Register Estate Planners in Nederland.

³ Zie www.epn-notariaat.nl.

⁴ Ik heb mezelf sinds ultimo 2022 laten registreren als register estate planner nadat ik de vereiste specialisatieopleidingen daarvoor heb gevolgd (en wel bij Sdu Licent Academy en Estate Planning Expert). Ik ben en blijf echter voor alles advocaat en procedeer over de afwikkeling van de meer complexe nalatenschappen. Gedegen kennis van de technieken van estate planning mag dan niet ontbreken.

Estate planners dienen - als gezegd - globaal kennis te hebben van verschillende rechtsgebieden, maar hun aandacht zal daarbij uitgaan naar bepaalde thema's. Op het terrein van het vennootschapsrecht zal de focus gericht kunnen zijn op bijvoorbeeld blokkeringsregelingen in de statuten van een B.V. of N.V., de benoeming van een bestuurder van een B.V. of N.V. bij overlijden van de DGA, de mogelijkheid om in een levenstestament een aandeelhoudersvolmacht op te nemen zodat de gevolmachtigde bepaalde vergaderrechten kan uitoefenen of een bestuursvolmacht en ten slotte certificering van aandelen (of ondernemingsvermogen). Ook bij schenkingen gaat het bijvoorbeeld om de mogelijkheid een herroepelijke schenking tot stand te brengen zodat de schenker grip houdt op hetgeen wordt geschonken of een papieren schenking om heffing van erfbelasting te beperken. Men heeft wel eens gekscherend beweerd dat estate planners in wezen financiële stervensbegeleiders zijn.

Met estate planning zijn grote financiële belangen gemoeid. Het spreekwoord luidt dat het laatste hemd geen zakken kent. Het is niet mogelijk om tijdens het leven vergaard vermogen mee te nemen naar 'het leven na de dood'. De onvermijdelijke vermogensovergang na overlijden naar echtgenoot, kinderen of derden leidt tot heffing van erfbelasting. Jaarlijks dragen de erf- en schenkbelasting ongeveer € 1,5 miljard bij aan de Rijksschatkist. Het is dan ook logisch dat constructies door estate planners worden ontworpen om deze financiële pijn zoveel als mogelijk te voorkomen of te verzachten.

Estate planning mag zich inmiddels in een grote aandacht van het publiek verheugen. Dat zal onder meer verband houden met de volgende factoren:

- de waardeontwikkeling van het (eigen) woningbezit;
- de waardeontwikkeling van beursgenoteerde ondernemingen in binnen- en buitenland (met gevolgen voor de ontwikkeling van de beurskoersen);
- de aankomende bedrijfsoverdrachten van de babyboomgeneratie;
- de grote flexibiliteit van Boek 4 BW, waarbij legitimarissen niet langer een ongewenste en niet te negeren stoorzender bij de boedelafwikkeling zijn;
- de grote keuzevrijheid die Boek 1 BW biedt bij het inrichten van het relatievermogensregime (met ook bijzondere rechtsfiguren als de breukdelengemeenschap en de beperkte gemeenschap van een bankrekening of een aantal onroerende zaken);
- de toenemende aandacht van de politiek en de media⁵ voor het corrigeren van vermogensongelijkheid in Nederland; en
- de toenemende aandacht van eenieder voor de gevolgen op het terrein van de erf- en schenkbelasting (met aandacht voor bijvoorbeeld de schenkingsfaciliteiten bij de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR), de giftenaftrek (ANBI), de 'jubelton' en de schenking van de woning).

2. De Schijf van Vijf

Bij estate planning gaat het om de volgende rechtsgebieden:

- huwelijksvermogensrecht (of beter gezegd: relatievermogensrecht);

⁵ Zie bijvoorbeeld de begin 2022 uitgezonden VPRO-serie 'Sander en de kloof' van Sander Schimmelpenninck. In deze zesdelige TV-serie wordt de in Nederland bestaande vermogens- en kansenongelijkheid haarscherp aan de kaak gesteld.

- schenkingsrecht;
- erfrecht (wettelijk en testamentair erfrecht);
- levensverzekerings- en pensioenrecht en sociale zekerheid; en
- internationaal privaatrecht en buitenlands recht.

Deze opsomming van rechtsgebieden – ook wel bekend als de ‘Schijf van Vijf’⁶ – is geplaatst in een logische volgorde. Met een stipnotering op één staat op deze schijf het *huwelijksvermogensrecht*, daaronder begrepen huwelijkse voorwaarden, partnerschapsvoorwaarden en samenlevingsovereenkomsten (tezamen ook wel relatievermogensrecht genoemd). Dat het huwelijksvermogensrecht bovenaan staat, houdt verband met de ijzeren wetmatigheid dat relatievermogensrecht nu eenmaal vóór erfrecht gaat. Het relatievermogensrecht is bepalend voor de omvang en de samenstelling van de nalatenschap. Zo kennen we niet alleen de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen (een goederenrechtelijke figuur), maar ook de uitsluiting van elke gemeenschap (koude uitsluiting) in huwelijkse voorwaarden. Veelal wordt de uitsluiting van elke gemeenschap van goederen gecombineerd met een finaal verrekenbeding, waarbij de (goederenrechtelijke) gemeenschap van goederen in economische zin wordt nagebootst (een verbintenisrechtelijke figuur). Ook samenlevingscontracten van informeel samenwonenden met bijvoorbeeld een verblijvingsbeding horen hier thuis.

Hoewel bij estate planning in eerste instantie aan testamenten zal worden gedacht, komt de *schenking* op de Schijf van Vijf na het huwelijksvermogensrecht eerst. De gedachte daarachter is dat de schenking bij leven en met ‘de warme hand’ gedaan kan worden, terwijl een bevoordeling bij testament na overlijden met ‘de koude hand’ geschiedt. Het is mogelijk om met een schenkingsprogramma of een jubelton de omvang van de met erfbelasting belaste nalatenschap tijdig te verkleinen. Immers, alles wat bij leven reeds aan een ander is overgedragen wordt bij overlijden niet opnieuw belast. Daar komt bij dat jaarlijks gebruik gemaakt kan worden van een schenkingsvrijstelling (art. 33 SW) en dat schenkingen ertoe kunnen leiden dat heffing in de hoogste schijf (met tarieven van 10%/20% voor de ‘nabijen’⁷ en 30%/40% voor de ‘overigen’) wordt voorkomen of beperkt.⁸

Met behulp van *testamenten* kan de erflater zijn vermogen over laten gaan op erfgenamen en legatarissen (en dat leidt tot rechtsopvolging onder algemene titel onderscheidenlijk bijzondere titel). Boek 4 BW kent een grote mate van testeervrijheid, waarbij de afstammelingen van de erflater (legitimarissen) met hun legitieme portie – in wezen niet meer dan een gefixeerde geldelijke aanspraak op de nalatenschap (vgl. art. 4:7 lid 1 onder g BW en art. 4:63 e.v. BW) – geen sta-in-de-weg van betekenis meer zijn voor een door de erflater gewenste overgang van zijn vermogen.⁹ Met behulp van maatwerk in testamenten kunnen de vrijstellingen – denk dan met name aan de vrijstelling voor de langstlevende van € 723.526 (2023) – en de tarieven van de Successiewet optimaal worden benut.

Levensverzekeringen behoren eveneens thuis op de Schijf van Vijf. Het financiële belang bij een levensverzekering is zelfs meer dan eens groter dan de omvang van de nalatenschap. Intussen wordt in de praktijk ten onrechte stiefmoederlijk aandacht besteed aan (de begunstiging onder) deze levensverzekeringen. Polissen van levensverzekering zijn in wezen aan te merken als een soort van mini-testamenten.

⁶ Zie bijvoorbeeld Schijf van Vijf, Inleiding estate planning, Licent Academy SDU.

⁷ Onder ‘nabijen’ worden verstaan: de echtgenoot/geregistreerde partner en de kinderen.

⁸ Zie hiervoor het onderdeel ‘Belastingheffing bij overlijden en schenking’.

⁹ Zie onder meer het onderdeel ‘Het testament’.

Bij de Schijf van Vijf behoort ten slotte ook een *internationale* component. Huwelijken kunnen een internationale samenstelling hebben, maar een Hollands stel kan ook vermogen in het buitenland bezitten of een buitenlands stel heeft vermogen in Nederland.¹⁰ Bij estate planning dient hiermee rekening te worden gehouden.

Fiscaliteit voert bij estate planning niet de boventoon

Estate planning is - ter vermindering van misverstanden - niet alleen gericht op het besparen van erfbelasting. Het gaat primair om de wensen van de cliënt (ofwel de aspirant-erflater dan wel -schenker) omtrent de overgang van zijn vermogen, bij leven of na zijn overlijden. Zijn de wensen van de cliënt duidelijk geformuleerd, dan kan de estate planner een plan van aanpak maken om die wensen civiel-juridisch en fiscaal zo gunstig mogelijk in vervulling te laten gaan. Denkbaar is dat in een enkel geval de heffing van erf- of schenkbelasting een psychologisch obstakel oplevert om uitvoering te geven aan bepaalde wensen. Zo kan de bemiddelde tante die altijd goed verzorgd is door haar neef een rolberoerte krijgen als ze van de estate planner verneemt dat het tarief voor deze 'overige' 40% is voor hetgeen meer dan € 138.642 (2023) wordt geschonken of nagelaten. Dat zou haar zomaar eens op andere ideeën kunnen brengen.

Bij de fiscale structurering van de overgang van het vermogen wordt niet alleen aandacht besteed aan de erf- en schenkbelasting, maar ook aan de overdrachtsbelasting en de inkomstenbelasting.

Estate planning is maatwerk

Cliënten zijn er in alle soorten en maten. De estate planner zal maatwerk moeten verrichten omdat de ene cliënt nu eenmaal niet de andere is. Te denken valt aan een cliënt:

- die gehuwd is of een geregistreerd partner heeft;
- die informeel samenwonend is;
- met (klein)kinderen;
- met een kind met verstandelijke beperkingen;
- met stiefkinderen;
- zonder kinderen;
- die ondernemer is;
- met een landgoed;
- met vermogen in het buitenland;
- met een kind dat onterfd moet worden;
- met een kind dat niet met geld kan omgaan; en
- met een ex-echtgenoot of ex-partner.

Al deze cliënten kunnen op hun wenken bediend worden met een arsenaal aan civiel-juridische en fiscale mogelijkheden en spitsvondigheden.

¹⁰ Zie hiervoor ook de onderdelen 'Grensoverschrijdende erfopvolging', 'In den vreemde gehuwd' en 'Internationale aspecten van erf- en schenkbelasting'.

3. Estate planningstools

Bij estate planning worden verschillende technieken gebruikt om de omvang en samenstelling van de nalatenschap om bepaalde redenen - fiscaal of anderszins - te beïnvloeden. Diezelfde technieken kunnen ook worden gebruikt om ongewenste aanspraken van legittimarissen op de nalatenschap te verkorten. Niet alle technieken hebben overigens fiscale implicaties. Van Mourik¹¹ - oud-hoogleraar notarieel recht en privaatrecht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen - heeft de werkzaamheden van een estate planner op zijn eigen, onnavolgbare wijze als volgt omschreven:

“De estate planner is vooral een juridische knutselaar. Hij combineert een grote variëteit aan juridische materialen (in het juridische jargon ‘tools’ geheten) voor de bouw van zijn constructie. Hij gedraagt zich als de keukenmeester die zijn pan vult met fijngesneden groenten, Parijse aardappeltjes en malse vleesbrokjes met als doel een gerecht te serveren dat de gast goed bekommt. Hij betreft ingrediënten uit winkels gespecialiseerd in huwelijksvermogensrecht, erfrecht, schenkings- en successiebelasting, overdrachtsbelasting en inkomstenbelasting. En omdat half Nederland inmiddels (ook) een huis in het buitenland heeft, wordt ook de markt van het internationaal privaatrecht door de estate planner druk bezocht. Wellicht dat de knutselaar ook nog met vrucht psychologisch getinte beschouwingen heeft gelezen over verkwisting en andere met geld verbonden verleidingen, over bedrijfsopvolging en over degelijk vermogensbeheer.”

Welke instrumenten behoren zoal tot de gereedschapskist van de estate planner?

Boedelmenging

Als gevolg van het huwelijk en de invoering van de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap tijdens het huwelijk vloeien - veelal ongelijke - vermogens van de echtgenoten ineen. Er vindt derhalve een vermogensverschuiving plaats. De Hoge Raad is van oordeel dat de boedelmenging die optreedt door de vorming van een wettelijke gemeenschap van goederen geen bevoordeling, en dus ook geen schenking oplevert (HR 17 maart 1971, NJ 1972/136). De daarvoor gegeven motivering is dat er geen sprake is van een *“op een bepaald ogenblik voltooide eenzijdige waardeverschuiving”*. Immers, zelfs op het sterfbed kan in theorie de minder vermogende nog de loterij winnen, waardoor de vermogensverhoudingen ineens heel anders komen te liggen.

Estate planners hebben deze techniek weten te optimaliseren door de introductie van de breukdelengemeenschap met ongelijke aandelen in de huwelijksgemeenschap en de beperkte huwelijksgemeenschap van bijvoorbeeld alleen een bankrekening of een beperkt aantal onroerende zaken.¹²

Verdeling

Met de verdeling van een nalatenschap kan een bepaalde wenselijk geachte toedeling van nalatenschapsgoederen plaatsvinden. Aangezien een verdeling veelal fiscaal gefaciliseerd wordt, moet het ijzer gesmeed worden wanneer het heet is. Zo is bijvoorbeeld de verdeling van onroerende zaken die behoren tot een nalatenschap of een huwelijksgemeenschap

¹¹ M.J.A. van Mourik, Estate Planning, NJB 2007, 258.

¹² Zie daarvoor uitgebreid het onderdeel ‘Relatievermogensrecht en erfrecht’.

waarin de verkrijger was gerechtigd als rechtsverkrijger onder algemene titel in Nederland vrij van overdrachtsbelasting (art. 3 lid 1 onder b Wet belastingen van rechtsverkeer).

Samenlevingscontract

Het sluiten van een notarieel samenlevingscontract biedt allerlei fiscale voordelen, zoals de partnervrijstelling voor de erfbelasting (art. 1a lid 1 onder c SW).¹³ Deze vrijstelling is groot € 723.526 (2023). Daarnaast behoort de partner tot de categorie 'nabijen' met schappelijke tarieven van 10%/20%, geldend voor zowel de erfbelasting als de schenkbelasting. Omdat politiek gescoord kan worden om deze faciliteiten ook zonder notariële kosten te kunnen benutten, is het mogelijk gemaakt dat informeel samenwonenden die gedurende een onafgebroken periode van ten minste vijf kalenderjaren staan ingeschreven op hetzelfde woonadres eveneens als erfrechtelijke partner kwalificeren (art. 1a lid 3 SW).¹⁴

Rente

Met behulp van een met betrekking tot erfrechtelijke vorderingen vastgestelde of overeen te komen rente is het mogelijk de waarde van een erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende ouder met één of meer kinderen op te blazen of leeg te laten lopen (de ventieltechniek). Om de effecten daarvan te vergroten, kan ook gewerkt worden met een aan de langstlevende toe te kennen minuscuul erfdeel. Daarmee wordt de verschuldigdheid van erfbelasting bij het eerste en tweede overlijden beïnvloed.¹⁵

Niet-opeisbaarheidsclausule

De erfrechtelijke vorderingen van erfgenamen bij de wettelijke verdeling (art. 4:13 lid 3 BW), legatarissen (art. 4:125 lid 1 BW) en legitimarissen (art. 4:81 lid 2 BW, art. 4:82 BW en art. 4:83 BW) zijn automatisch of kunnen bij uiterste wilsbeschikking (verder) niet-opeisbaar gesteld worden. Daarmee worden deze erfrechtelijke spelers effectief in de wachtkamer geplaatst totdat de langstlevende ouder gaat hemelen. Daarna kan de erfrechtelijke verkrijging - die dus lange tijd niet meer dan een 'papieren' verkrijging kan zijn - pas verzilverd worden.

Wijziging van de inkortingsvolgorde

De inkortingsvolgorde ziet op de volgorde waarin het legitimaire tekort van een legitimaris omgeslagen moet worden over de erfrechtelijke verkrijgingen, de erfstellingen en de legaten (in art. 4:87 BW omschreven als makingen). Het is mogelijk de inkortingsvolgorde te wijzigen, waardoor bepaalde voordelen ontstaan. Zo geldt dat de inkortingsvolgorde in die zin kan worden gewijzigd dat eerst ingekort moet worden bij de langstlevende echtgenoot¹⁶ of andere levensgezel en dat de erflater, door te bepalen dat de vordering van de legitimaris niet opeisbaar is (art. 4:82 BW), kan voorkomen dat aan de legitimaris

¹³ Zie daarvoor het onderdeel 'Belastingheffing bij overlijden en schenking'.

¹⁴ *Kamerstukken II*, 2009-2010, 31 390, nr. 46.

¹⁵ Zie daarvoor het onderdeel 'Estate planning. Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvullen afvulligaten'.

¹⁶ De geregistreerde partner wordt daaronder begrepen (art. 4:8 lid 1 BW).

tijdens het leven van de echtgenoot of andere levensgezel iets behoeft te worden uitgekeerd.

Emigratie en/of wisseling van nationaliteit

De Successiewet 1956 kent bepaalde aanknopingsfactoren voor de heffing van erf- en schenkbelasting, zoals de woonplaats in Nederland van de overledene dan wel de schenker en de Nederlandse nationaliteit.¹⁷ Door emigratie of verandering van nationaliteit is het soms mogelijk invloed uit te oefenen op de heffing van erf- en schenkbelasting. Emigratie levert overigens pas na 10 jaar voordelen op (art. 3 lid 1 SW).

Rechtskeuze

Het is mogelijk invloed uit te oefenen op de omvang en samenstelling van de huwelijksgemeenschap of andere vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk door een rechtskeuze uit te brengen.¹⁸ In dat geval worden de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk beheerst door het gekozen buitenlands recht. Het is eveneens mogelijk een rechtskeuze uit te brengen voor het op de vererving toepasselijke erfrecht.¹⁹ Aan het maken van deze rechtskeuzes zijn wel zekere beperkingen verbonden.

Voorwaarden

Aan rechtshandelingen - waartoe ook erfstellingen en legaten kunnen worden gerekend - kunnen (opschortende en/of ontbindende) voorwaarden worden verbonden. Met die voorwaarden kunnen niet alleen bepaalde civiel-juridische maar ook fiscale gevolgen gerealiseerd worden. Ik geef daarvan twee voorbeelden.

- Tweetrapsmaking

Stel dat de erflater in fiscaalvriendelijk Monaco woont en dat hij Nederland reeds 10 jaar metterwoon heeft verlaten (vgl. art. 3 lid 1 SW). De erflater kan dan vrij van Nederlandse erfbelasting zijn in Nederland wonende zoon testamentair bedenken met een erfstelling of een legaat. De erflater zou nu met een tweetrapsmaking kunnen bepalen dat als zijn zoon overlijdt (de eerste trap, een erfstelling onder ontbindende voorwaarde) het onverteerde gedeelte van zijn nalatenschap overgaat op zijn kleinzoon (de tweede trap, een erfstelling onder opschortende voorwaarde). Aangezien de kleinzoon in dat geval rechtstreeks van opa erft, is ook de kleinzoon geen erfbelasting verschuldigd over zijn erfrechtelijke verkrijging. Dat zou anders zijn als de kleinzoon bij gebreke van een tweetrapsmaking van zijn in Nederland wonende vader zou erven.

- Testament ten behoeve van een samengesteld gezin

Stel dat een man een testament wil maken om zijn echtgenote verzorgd achter te laten. Het betreft een huwelijk op latere leeftijd, waarbij de man en de vrouw elk kinderen hebben uit een eerdere relatie. Ze hebben geen gemeenschappelijke kinderen. In dit geval is het reëel

¹⁷ Zie daarvoor het onderdeel 'Belastingheffing bij overlijden en schenking'.

¹⁸ Zie daarvoor het onderdeel 'In den vreemde gehuwd'.

¹⁹ Zie daarvoor het onderdeel 'Grensoverschrijdende erfopvolging'.

om aan de orde te stellen of de vrouw ook als erfgenaam moet optreden als zij kort na de erflater zou overlijden of na enige tijd. Een 30-dagenclausule (waarbij de erfstelling vervalt als de vrouw binnen dertig dagen na de man overlijdt) of een tweetrapsmaking (waarbij de erfstelling eveneens vervalt na het overlijden van de vrouw en vervolgens een daarop aansluitende erfstelling met een opschortende voorwaarde in werking treedt) kan dan uitkomst bieden. Bespreking hiervan dient te geschieden omdat als de echtgenote korte tijd na de man zou overlijden de noodzaak goed verzorgd achter te blijven niet meer zou bestaan. Dan kunnen de kinderen van de man alsnog als erfgenamen aantreden.

4. Keuzevraagstukken: meerdere wegen leiden naar Rome

Bij estate planning moeten soms knopen doorgehakt worden. Te denken valt aan de volgende keuzevraagstukken.

Wordt gekozen voor herroepelijke of bindende regelingen?

Het nadeel van een uiterste wilsbeschikking – een erfstelling of een legaat – is dat deze te allen tijde eenzijdig herroepen kan worden door de erflater. Herroeping is nu eenmaal het aan een uiterste wilsbeschikking dwingendrechtelijk verbonden gevolg (art. 4:42 lid 2 BW).²⁰ Gelet hierop is het niet mogelijk om contractueel aan een ander een rechtens bindende toezegging te doen van een erfrechtelijke verkrijging. Overeenkomsten kunnen geen uiterste wilsbeschikking zijn. De definitie van een uiterste wilsbeschikking staat dat niet toe. Het maken van een uiterste wilsbeschikking is een solitaire aangelegenheid, een hoogstpersoonlijke zelfs (art. 4:42 lid 3 BW).²¹ Als sluitstuk van deze benadering van de uiterste wilsbeschikking wordt in art. 4:93 BW bepaald dat een uiterste wil die bij dezelfde akte doortwee of meer personen is gemaakt, nietig is. Op deze wijze wordt bereikt dat zelfs de indruk niet zou kunnen ontstaan dat de uiterste wilsbeschikking niet eenzijdig herroepen kan worden. Tevens voorkomt het verbod op wederkerige wilsbeschikkingen dat beïnvloeding van de erflater plaatsvindt.

In de rechtspraak is wel naar uitvalswegen gezocht voor de eenzijdigheid en herroepelijkheid van de uiterste wilsbeschikking. Het contractueel erfrecht is weliswaar door art. 4:42 BW in de ban gedaan, maar zogeheten quasi-contractueel erfrecht is daarvoor in de plaats gekomen. Het gaat dan om quasi-erfrecht met bindende elementen. Te denken valt hierbij aan rechtshandelingen die in hun feitelijke uitwerking op erfrecht lijken. Ik geef hiervan enkele voorbeelden:

- Ik schenk je mijn auto, af te halen bij mijn overlijden (schenking ter zake des doods);
- Wij spreken met elkaar af dat de woning/inboedel bij het overlijden van één van ons bij de ander verblijft (verblijvingsbeding tussen samenwonende partners); en
- Bij mijn overlijden dient de uitkering van de door mij gesloten levensverzekering aan X toe te komen (verzekeringsuitkering).

²⁰ Deze bepaling luidt: *“De erflater kan een uiterste wilsbeschikking steeds eenzijdig herroepen.”*

²¹ Deze bepaling luidt: *“Een uiterste wilsbeschikking kan alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater persoonlijk worden gemaakt en herroepen.”*

Het contractueel erfrecht neemt in Boek 4 BW een bijzondere plaats in met de wettelijke regeling van de quasi-legaten (art. 4:126 BW).²² Het zorgvuldig opgetrokken bouwwerk van Boek 4 BW met uitgewerkte regelingen voor (i) de rangorde tussen de verschillende schuldeisers van de nalatenschap (art. 4:7 BW) en (ii) de omvang van de legitieme portie (art. 4:63 e.v. BW) zou ernstig verstoord kunnen worden als het mogelijk is om onbelemmerd bij een overeenkomst ter zake des doods het erfrecht na te bootsen.

Wordt fiscaal voor het eerste overlijden of het tweede overlijden gekozen?

Het is mogelijk om - uitgaande van een casus van een echtpaar met één of meer kinderen - met behulp van bepaalde technieken invloed uit te oefenen op de erfbelastingdruk bij het eerste en het tweede overlijden.²³ Zo kan in een situatie waarin de vrijstelling voor de langstlevende nog niet helemaal opgevuld of benut zou worden (en wel omdat de initiële erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende geringer is dan € 723.526 (2023)), de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende alsnog vergroot worden. Als communicerend vat wordt de erfrechtelijke verkrijging van het kind daardoor verkleind (en dat vermindert de erfbelastingdruk voor het kind bij het eerste overlijden (met slechts een beperkte vrijstelling van € 22.918 (2023))). Het vergroten (of verkleinen) van de waarde van de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende gebeurt door het spelen met de rente die over de erfrechtelijke vorderingen van de kinderen die bij het eerste overlijden ontstaan (bijvoorbeeld in het kader van de wettelijke verdeling van de nalatenschap) verschuldigd is (de zogeheten 'ventieltechniek'). Als gevolg van een wijziging van de rente vindt een herwaardering plaats van deze erfrechtelijke vorderingen. Wordt de rente op een lager niveau vastgesteld dan 6% samengesteld, dan resulteert dat in een hogere erfrechtelijke verkrijging voor de langstlevende in verband met de bijtelling van een fictief vruchtgebruik. De langstlevende geniet immers van een renteloze schuld of een schuld met een lagere rente dan 6% samengesteld. Wordt de rente op een hoger niveau vastgesteld (waarbij 6% samengesteld als bovengrens geldt), dan leidt dat omgekeerd tot een lagere erfrechtelijke verkrijging voor de langstlevende. Is de rente over de erfrechtelijke vorderingen alreeds op 0% gesteld (en die rente kan in dit geval niet negatief worden), dan kan - als het testament daarin tenminste voorziet - gebruik gemaakt worden van een aanvullend legaat ten laste van het kind of de kinderen en ten gunste van de langstlevende (het zogeheten 'opvul- of afvullegaat'). Op deze wijze kan de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende vergroot worden, om aldus optimaal gebruik te kunnen maken van de partnervrijstelling.

Ook andere technieken zijn beschikbaar om de erfbelastingdruk te beïnvloeden bij het eerste en tweede overlijden (en ook te gebruiken buiten het verband van ouder-kindrelaties). Ik noem twee voorbeelden.

- Vruchtgebruik

Bij een vruchtgebruiktestament wordt zowel de bloot-eigendom als het vruchtgebruik bij het overlijden van de erflater belast (het eerste overlijden). De waarde van het vruchtgebruik wordt berekend volgens het Uitvoeringsbesluit Successiewet 1956 (Uitvoeringsbesluit SW). Volgens het Uitvoeringsbesluit SW bedraagt de jaarlijkse opbrengst van het vruchtgebruik

²² Zie het onderdeel 'In the twilight zone van het erfrecht: de quasi-legaten van art. 4:126 BW'.

²³ Zie ook de onderdelen 'Belastingheffing bij overlijden en schenking' en 'Estate planning. Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvul- en afvullegaten'.

6% (art. 21 lid 14 SW en art. 10 Uitvoeringsbesluit SW). Vervolgens moet deze jaarlijkse opbrengst vermenigvuldigd worden met een factor die behoort bij de leeftijd van de vruchtgebruiker (art. 5 Uitvoeringsbesluit SW). Verder geldt dat de waarde van hetgeen onder de last van een vruchtgebruik wordt verkregen, wordt gesteld op de waarde in onbezwaarde staat, verminderd met de waarde van die last (art. 21 lid 11 SW). Zo is de waarde van de bloot-eigendom het verschil tussen de volle eigendom en de waarde van het vruchtgebruik.

Het fiscaal interessante is nu dat bij het overlijden van de vruchtgebruiker (het tweede overlijden) de waardeangroei van de bloot-eigendom naar volle eigendom voor de heffing van erfbelasting onbelast is, omdat die waardeangroei geen verkrijging "*krachtens erfrecht*" oplevert (vgl. art. 1 lid 1 onder 1° SW). Ook de fictiebepaling van art. 10 SW is niet van toepassing, omdat deze bepaling ziet op het ontgaan van erfbelasting door het omzetten van (onder meer) vol eigendomsrecht in een genotsrecht door een rechtshandeling van de bloot-eigenaar en de vruchtgebruiker, welk genotsrecht bij het overlijden van de genotsgerechtigde eindigt. In dit geval wordt het in een testament gelegateerde vruchtgebruik evenwel krachtens erfrecht verkregen en vangt het recht van vruchtgebruik juist aan bij het overlijden van de erflater (het eerste overlijden).

Kortom, successierechtelijk levert een vruchtgebruiktestament bepaalde voordelen op, omdat de heffing van erfbelasting verdeeld wordt tussen de vruchtgebruiker en de bloot-eigenaar. De vruchtgebruiker hoeft slechts over de waarde van het vruchtgebruik erfbelasting te betalen en de bloot-eigenaar over de waarde van de bloot-eigendom, terwijl bij het overlijden van de vruchtgebruiker niet nogmaals erfbelasting betaald hoeft te worden.

- Tweetrapsmaking

Bij een tweetrapsmaking komt de nalatenschap van erflater of een legaat uit deze nalatenschap eerst toe aan A (bijvoorbeeld de langstlevende) en daarna (bijvoorbeeld na het overlijden van A of op een ander door de erflater bepaald moment) aan B (bijvoorbeeld het kind of de kinderen). Hier komen twee achtereenvolgende erfrechtelijke verkrijgers van dezelfde verkrijging (of wat daarvan nog resteert) in beeld.

Een voorbeeld van een tweetrapsmaking waarbij besparing van erfbelasting bij het eerste overlijden het leidmotief is, ziet op het langstlevende testament. Stel dat de erflater een echtgenote en een kind achterlaat, en niet over zijn nalatenschap testamentair heeft beschikt. De nalatenschap bedraagt € 650.000. De wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 e.v. BW) is in dit geval van toepassing. Dat betekent dat alle goederen van rechtswege toegedeeld worden aan de langstlevende echtgenoot (art. 4:13 lid 2 BW) en dat het kind met zijn geldvordering op de langstlevende wegens onderbedeling in de erfrechtelijke wachtkamer wordt geplaatst. Immers, de geldvordering van het kind op de langstlevende ter grootte van € 325.000 is vooralsnog niet-opeisbaar (art. 4:13 lid 3 BW). In dit geval valt de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende ruim binnen de partnervrijstelling van € 723.526 (2023). De geldvordering van het kind wordt - onder aftrek van de kindvrijstelling van € 22.918 - in de erfbelasting betrokken met 10% over de eerste schijf tot € 138.842 en 20% over het meerdere. Het precieze bedrag aan erfbelasting zal mede afhangen van de rente die over de geldvordering van het kind in rekening wordt gebracht.²⁴ De langstlevende zal de door het kind verschuldigde

²⁴ Zie daarvoor het onderdeel 'Estate planning. Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvullen afvullegaten'.

erfbelasting moeten betalen (welk bedrag mettertijd met de geldvordering kan worden verrekend) (art. 4:14 lid 1 BW). Dat het kind erfbelasting moet betalen over een niet-opeisbare geldvordering (en dus slechts een geldvordering 'op papier') op de langstlevende zal niet door eenieder begrepen worden. Maar dat is wel de bittere realiteit.

Met een tweetrapsmaking is het in dit geval mogelijk om de door het kind verschuldigde erfbelasting te vermijden, alsook om optimaler gebruik te maken van de partnervrijstelling van de langstlevende. Als het vermogen van de langstlevende bijvoorbeeld grotendeels bestaat uit 'stenen' (de woning) biedt de tweetrapsmaking de langstlevende bovendien de nodige financiële ademruimte. Met de tweetrapsmaking wordt de langstlevende tot erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) benoemd en het kind tot erfgenaam onder opschortende voorwaarde (de verwachter). Hierdoor heeft de langstlevende in beginsel de volledige zeggenschap over het tweetrapsvermogen. Het kind komt pas aan bod ná het vervullen van de voorwaarde. In de tussentijd heeft het kind in relatie tot de langstlevende slechts rechten als bloot-eigenaar, alsof de langstlevende vruchtgebruiker van het nagelaten vermogen is. De langstlevende krijgt veelal bij testament de bevoegdheid om op het tweetrapsvermogen in te teren. Uitsluitend de bezwaarde wordt voorafgaand aan de vervulling van de voorwaarde in de heffing van de erfbelasting betrokken (art. 21 lid 2 SW). Gelet op de grote partnervrijstelling kan de heffing van erfbelasting in dit geval bij het eerste overlijden worden voorkomen en wordt de erfbelasting op een gunstige wijze over beide nalatenschappen gespreid. Het kind wordt bij het eerste overlijden nog niet in de heffing van erfbelasting betrokken (art. 21 lid 4 SW). Bij het overlijden van de langstlevende wordt de erfrechtelijke verkrijging van het kind als verwachter belast in de relatie tot de eerste ouder, aangezien de verwachter bij een tweetrapsmaking rechtstreeks van de erflater (de insteller) verkrijgt. Het voordeel is dat heffing van erfbelasting bij het tweede overlijden wordt gedempt doordat het slechts toeziet op het onverteerde gedeelte van de nalatenschap. Het nadeel van een tweetrapsmaking is dat deze niet het voordeel heeft van uitholling van de nalatenschap van de langstlevende door oprenting (zoals bij andere eigendomsvarianten) of onbelaste waardeaan groei bij het kind (zoals bij het vruchtgebruiktestament).

Keuzemenu's

Soms is het mogelijk en ook wenselijk om keuzes in testamenten open te houden. Immers, het kan vele jaren na het opmaken van een testament duren voordat de nalatenschap van de erflater opent. Van Mourik²⁵ verwoordt het aldus:

"De estate planner realiseert zich als geen ander dat het leven vele ongewisheden in zich bergt. Het beleid ten aanzien van de belastingwetgeving is per definitie vol verrassingen, hetgeen nog niet zo lang geleden bleek toen, op voorspraak van niemand minder dan Johan Cruijff, plotseling 'goede-doelinstellingen' een volledige vrijstelling van schenkings- en successierecht ten deel viel. Maar ongewisheden schuilen ook in huwelijken en andere tweerelaties, in de betrekkingen tot en tussen kinderen en in het lichamelijke welbevinden van de mens en in de aandelenkoersen. De estate planner opereert derhalve in een moeras van onzekerheden maar laat zich daardoor niet uit het veld slaan. In zijn sterrenrestaurant overheerst het keuzemenu. Het moderne estate planningstestament houdt vele deuren open. Formeel maakt de erflater het testament maar daarin schetst hij vooral keuzemogelijkheden. Uiteindelijk bepalen de erfgenamen welke uiterste wilsbeschikkingen

²⁵ M.J.A. van Mourik, Estate Planning, NJB 2007, 258.

worden uitgevoerd. De positie van erfgenaam kan worden ingeruild voor die van legataris, renteloze vorderingen kunnen worden ingewisseld voor rentedragende vorderingen. Delegatie van uiterste wilsbeschikkingen noemt men dat."

Johan Cruijff had voor de TV-camera's gezegd "dat het van de gekke is dat als wij hun problemen van integratie, sport en zo voor ze oplossen, we daar belasting over moeten betalen".²⁶ De politiek werd door deze Bekende Nederlander met succes onder druk gezet.²⁷ Dit heeft er mede toe geleid dat de belastingheffing van 8% over schenkingen en erfenissen voor goede doelen werd afgeschaft door de toenmalige staatssecretaris van Financiën, Joop Wijn (CDA).

Zie voor de keuzemenu's verder de verschillende testamentsvormen in het onderdeel 'Het testament'. Aldaar wordt ook het combinatietestament besproken. Bij die testamentsvorm worden verschillende testamentsvormen gecombineerd. De erfgenamen hoeven pas een keuze te maken welk gedeelte van het testament in werking moet gaan treden als de eerste ouder overlijdt en de nalatenschap openvalt. Het grote voordeel hiervan is dat de erfgenamen bij overlijden kunnen bepalen welke testamentsvariant - gegeven de omvang en samenstelling van de nalatenschap, de geldende fiscale wetgeving, de gezondheid van de langstlevende en de wensen van de erfgenamen - optimaal is. Bij het maken van de keuze zijn de erfgenamen niet gebonden aan één type testament. Veelal wordt de wettelijke verdeling van de nalatenschap of de quasi-wettelijke verdeling gecombineerd met een aantal (keuze)legaten tegen inbreng van de waarde en een erfdeel ten behoeve van de langstlevende. Ook wordt een facultatief vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid aan de langstlevende gelegateerd, en tot slot een legaat zonder inbreng van de waarde.

5. Plan van behandeling

In de hiernavolgende onderdelen van deze website onder het kopje 'Successiewet & Estate Planning' komen de volgende onderwerpen aan bod.

Belastingheffing bij overlijden en schenking

Aangevangen wordt met een algemene inleiding op de Successiewet 1956, het onderdeel 'Belastingheffing bij overlijden en schenking'. Achtereenvolgens komen in dit onderdeel aan de orde de belastbare feiten voor de erfbelasting en de schenkbelasting, de waardering van de verkrijging, het tarief, de vrijstellingen en de fictiebepalingen.

²⁶ NRC Handelsblad van 21 oktober 2005 (De invloed van Cruijff).

²⁷ Ik heb één keer de eer gehad om voor Johan Cruijff als advocaat in een kort geding te mogen optreden ([ECLI:NL:RBAMS:2006:AY7784](https://ecli.nl/RBAMS:2006:AY7784)). De naam en het portret van Johan Cruijff werden nog steeds gebruikt voor het sportpark Mosa Trajectum in Spanje, terwijl zijn contractuele betrokkenheid daarbij inmiddels was beëindigd. Als advocaat van deze voetballegende heb ik met succes een verbod gevorderd om de naam en het portret nog langer in verband te brengen met het project. Van dat project was bovendien tot dat moment nog niets gerealiseerd. In Murcia heb ik gezien hoe Johan Cruijff goed gebekt aan de onderhandelingstafel zijn mannetje kon staan en zijn tegenstanders op zijn eigen wijze het zwijgen kon opleggen.

The Dutch gift: schenken op papier

Het onderdeel 'The Dutch gift: schenken op papier' gaat in op de mogelijkheid om op papier - en dus zonder dat geld over tafel gaat - schenkingen te doen (ofwel schuldigerkenningen uit vrijgevigheid), waardoor de toekomstige nalatenschap van de schenker wordt verkleind en heffing van erfbelasting wordt verminderd. Aan een papieren schenking zijn - op straffe van verval van de schenking - bepaalde wettelijke vormvoorschriften verbonden. Ook wordt verlangd dat over de papieren schenking jaarlijks een rente van ten minste 6% wordt voldaan, omdat anders het bedrag van de papieren schenking niet als aftrekpost in de nalatenschap wordt aanvaard en alsnog als een fictieve erfrechtelijke verkrijging in de heffing van erfbelasting wordt betrokken.

Nalaten en schenken aan kleinkinderen

In het onderdeel 'Nalaten en schenken aan kleinkinderen' wordt gezien welke mogelijkheden er zijn om kleinkinderen bij leven met een schenking of na overlijden met een kleinkindlegaat - fiscaal gefacilieerd - te verblijden met een bepaald geldbedrag.

Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvul- en afvullegaten

Het onderdeel 'Estate planning. Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvul- en afvullegaten' gaat in op de verschillende technieken om de erfbelastingdruk na het eerste overlijden te beïnvloeden, en wel met het doel een besparing van erfbelasting bij het eerste of het tweede overlijden mogelijk te maken. Met die technieken wordt beoogd optimaal gebruik te maken van de vrijstellingen en de tariefstructuur van de Successiewet 1956.

Internationale aspecten van erf- en schenkbelasting

In een internationale setting is dubbele erfbelasting veelal niet te vermijden. In het onderdeel 'Estate planning. Internationale aspecten van erf- en schenkbelasting' wordt daarom aandacht besteed aan enkele internationale aspecten van de Successiewet 1956 en de verschillende regelingen ter voorkoming van internationale dubbele belasting. Ook komt de wettelijke regeling van de afgezonderde particuliere vermogens (APV) aan de orde.

Aspecten van estate planning zijn tevens verwerkt in een aantal onderdelen van deze website onder het kopje 'Erfrecht'. Zie daarvoor de onderdelen 'Relatievermogensrecht en erfrecht', 'Schenking en erfrecht' en 'Levensverzekering en erfrecht'.

Verantwoording

Bij het schrijven van de onderdelen van deze website over estate planning ben ik schatplichtig aan de docenten van de door mij in 2021 (Estate Planning Expert) en 2022 (SDU Licent Academy) gevolgde specialisatieopleidingen. Zij hebben mij op weg geholpen om vat te krijgen op een breed scala aan onderwerpen op het gebied van de estate planning. Bij mijn verdere studie en bij de voorbereidingen voor het schrijven over estate planning heb ik dankbaar gebruik gemaakt van twee handboeken:

- Autar e.a., Compendium Estate Planning, Den Haag: SDU 2022.
- F. Sonneveldt, Wegwijs in de Successiewet, Den Haag: SDU 2021.