

Onder redactie van:
Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols
Mr. J.Th.M. Diks
Mr. M.J.P. Schipper
Mr. E.C.E. Schnackers
Prof. mr. dr. J.W.A. Rheinfeld
Mr. dr. G.T.J. Hoff
Mr. B.W.J. Theunissen

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2023-19

6 december 2023

Over de blinde vlek van het minst begerenswaardige poststuk: de blauwe envelop

Aan het slot van de eerste aflevering van de tv-serie 'Waar is mijn erfenis?' werd de fles champagne door Dennis van der Geest met een soepele handomdraai van deze sympathieke krachtpatser ontkurkt (zelf ben ik meer fan van het 'onthoofden' van de champagnefles met een zwaard, maar dat terzijde). De glazen van de euforisch en innig tevreden kijkende Tonnie en haar partner werden rijkelijk volgeschonken. Daar was ook alle reden toe. Een bedrag van maar liefst € 500.000 zou Tonnie als legitimaris van haar moeder Blonde Sien, uitbaatster van de bekende stamkroeg 'Rooie Nelis' in de Jordaan, bijgeschreven krijgen op haar bankrekening. Tonnie was dan weliswaar door haar moeder onterfd, maar Dennis en de bekende erfrechtadvocaat mr. Joost Diks hadden deze buit toch maar mooi voor haar weten binnen te slepen. Een smetje op de uitzending was mijns inziens toch wel het bericht dat nog net te lezen was toen de aftiteling van het programma begon:

'Helaas voor Tonnie bleek er nog een belastingschuld te zijn van Blonde Sien en wordt die eerst nog verrekend.'

Loyaal aan mijn collega in de redactie van *AdvoTip* durf ik er vergif op in te nemen dat mr. Diks niet over het hoofd heeft gezien dat Tonnie over deze erfrechtelijke verkrijging nog moest afrekenen met de Belastingdienst. Ook de legitieme portie levert namelijk een verkrijging '*krachtens erfrecht*' op, waarover erfbelasting is verschuldigd (art. 1 lid 1 onder 1° SW). Hier moet stellig iets anders aan de hand zijn geweest. Kennelijk was er in de nalatenschap nog een belastingschuld van Blonde Sien opgekomen (vgl. art. 4:7 lid 1 onder a BW), zodat de legitimaire massa waarin de legitieme portie van Tonnie moest worden berekend, een stuk lager uitviel. Heeft de executeur in de nalatenschap hier misschien steken laten vallen, waardoor Tonnie de zoveelste tegenvaller in haar zware leven moest verwerken?

Het gebeurt wel meer dat de blauwe envelop, waarmee de blijde boodschap van onder meer de te betalen inkomsten- en erfbelasting aan de belastingplichtige(n) wordt medegedeeld, over het hoofd wordt gezien. Zelfs door ervaren professionals, zo blijkt uit de volgende twee voorbeelden.

Ter inleiding van het eerste voorbeeld het volgende. Soms bestaan erfrechtelijke verkrijgingen slechts op papier. Geen harde cash, een effectenportefeuille of onroerend goed, maar een erfrechtelijke verkrijging die bijvoorbeeld bestaat uit door een stichting administratiekantoor (STAK) uitgegeven certificaten van aandelen van een bv of uit certificaten van ander vermogen dat is overgedragen aan een STAK. De notaris die in

notariële aktes (met testamenten of anderszins) aan de slag gaat met de rechtsfiguur van certificering dient zich ervan bewust te zijn dat bij de vormgeving daarvan voldoende aandacht besteed wordt aan de fiscale aspecten. Als gevolg van de certificering wordt vermogen in zekere zin 'op slot' gezet. De economisch gerechtigde heeft geen volledige toegang meer tot het gecertificeerde vermogen. De statuten van de STAK en de administratievoorwaarden die in het kader van de certificering worden opgesteld, zijn bepalend voor de toegang die aan de verkrijger van erfrechtelijk papier tot het gecertificeerde vermogen en de vruchten daarvan wordt geboden. Is decertificering – geheel of ten dele – mogelijk, en onder welke voorwaarden? Gelden er restricties voor het uitkeringsbeleid van de STAK? Het vermogen mag in elk geval niet zodanig in een structuur 'opgesloten' zitten dat als gevolg daarvan de ten laste van de erfrechtelijke verkrijger(s) komende belastingen niet meer betaald kunnen worden.

De zorgplicht van de notaris in dit verband blijkt onder meer uit de tuchtbeslissingen van de kamer voor het notariaat in het ressort 's-Hertogenbosch van 7 december 2020, ECLI:NL:TNORSHE:2020:30, en in hoger beroep van de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam van 22 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:796. Uit deze beslissingen blijkt dat de notaris in februari 2017 diverse gesprekken heeft gevoerd met de moeder van klager over de wijze waarop zij haar nalatenschap wenste te regelen. Op 27 februari 2017 zijn diverse akten gepasseerd door de notaris betreffende: (i) de oprichting van een stichting administratiekantoor (STAK), (ii) de vaststelling van de administratievoorwaarden, (iii) een certificeringsakte waarbij het vermogen van ca. € 2 miljoen van moeder ter certificering is overgedragen aan de STAK en (iv) een testament van moeder met onder meer een legaat van vruchtgebruik van de certificaten aan klager (de zoon), een legaat van de bloot-eigendom van de certificaten aan de kinderen van klager en een geldlegaat aan een petekind van moeder. Klager is enig erfgenaam.

Klager verwijt de notaris dat deze onzorgvuldig heeft gehandeld bij de totstandkoming van het testament en de daaraan voorafgaande certificering van het vermogen van zijn moeder. De notaris zou daarbij onvoldoende oog hebben gehad voor de financiële belangen van klager als erfgenaam en legataris. Klager was genoodzaakt om twee forse geldleningsovereenkomsten te sluiten, één van € 130.000 en één van € 305.000 om het geldlegaat en de verschuldigde erfbelasting te kunnen voldoen. Klager ziet zich ook geconfronteerd met een jaarlijkse IB-aanslag ad € 25.000 (in box 3) over de erfrechtelijke verkrijgingen van klager en zijn minderjarige kinderen, tot ten minste het jaar waarin het oudste kind van klager de leeftijd van 30 jaar zal hebben bereikt, nu de administratievoorwaarden bepalen dat het bestuur van de STAK eerst dan bevoegd is te besluiten tot gehele of gedeeltelijke decertificering van het vermogen.

Ten aanzien van het klachtonderdeel – inhoudende dat bij het optuigen van de certificeringsconstructie de belangen van klager als erfgenaam en legataris van erflaatster in strijd met erflaatsters bedoeling niet in ogenschouw zijn genomen – oordeelt de notariskamer als volgt:

'Met betrekking tot klachtonderdeel 1 heeft de kamer geconstateerd dat zowel uit de overgelegde correspondentie van januari 2018 als uit de aantekeningen van de twee besprekingen van de notaris met (onder andere) erflaatster niet is gebleken dat de notaris – met uitzondering van het noemen van de overdrachtsbelasting met betrekking tot de woning van erflaatster – met erflaatster heeft besproken welke mogelijke fiscaalrechtelijke gevolgen deze constructie voor klager zou hebben en op welke wijze klager de verschuldigde betalingen zou moeten gaan verrichten. De kamer heeft daarop geconcludeerd dat de notaris onvoldoende heeft stilgestaan bij de voor klager nadelige fiscale gevolgen van de door haar voor erflaatster opgezette constructie. Voorts heeft de kamer geoordeeld dat de notaris in het

geheel niet heeft onderkend dat klager afhankelijk is van het bestuur van de STAK dat wel of niet kan besluiten om tot uitkering van de vruchten uit het gecertificeerd vermogen over te gaan. De kamer heeft betwijfeld of de notaris erflaatster de vraag heeft gesteld of haar zoon de erfbelasting en het legaat aan het petekind wel kon betalen als het vermogen vrijwel volledig zou worden gecertificeerd en het beoogde rendement van het na te laten vermogen onvoldoende zou worden gerealiseerd. De notaris had hiervoor eenvoudig een voorziening kunnen treffen, hetgeen zij niet heeft gedaan, aldus de kamer. Het hof sluit zich aan bij de hiervoor vermelde overwegingen van de kamer. De notaris heeft onvoldoende oog gehad voor de belangen van klager bij het opzetten van de constructie. Erflaatster had deze constructie niet zelf bedacht, maar was op deze mogelijkheid geattendeerd door een goede vriend van haar. Nu het een voor erflaatster niet alledaagse constructie bedroeg, had het volgens het hof op de weg van de notaris gelegen om tijdens de besprekingen met erflaatster ook de financiële gevolgen hiervan voor haar erfgenaam met haar door te nemen. Ook al stelde erflaatster zich – volgens de notaris – op het standpunt dat erfbelasting sowieso betaald moet worden, van een zorgvuldig notaris mag worden verwacht dat zij de financiële gevolgen van een dergelijke constructie voorhoudt aan erflaatster. Globaal berekenen “over de duim” zoals de notaris stelt te hebben gedaan, volstaat daarvoor niet. Het hof acht het daarbij van belang dat hetgeen hieromtrent met erflaatster is besproken ook schriftelijk aan erflaatster wordt bevestigd. Had erflaatster dit financiële inzicht gehad, dan had zij waarschijnlijk niet voor deze constructie gekozen of de stukken zodanig laten aanpassen dat klager het legaat aan het petekind en de erfbelasting wel uit het niet-gecertificeerde vermogen had kunnen betalen.’

De notariskamer legt naar aanleiding van de gegrondbevinding van de klacht op alle onderdelen aan de notaris de maatregel op van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van vier weken. De motivering van deze maatregel is niet mals:

‘Het hof is van oordeel dat de notaris door haar hiervoor geschetste handelwijze niet heeft gehandeld zoals een zorgvuldig notaris betaamt. Bij de behandeling van dit dossier, eerst voor erflaatster en daarna voor klager, heeft de notaris diverse ernstige fouten gemaakt. Zo heeft de notaris de financiële gevolgen van de niet alledaagse constructie onvoldoende besproken met erflaatster, waardoor de belangen van klager onvoldoende in acht zijn genomen. Ook in haar contact met klager had de notaris beter aan haar informatieplicht kunnen en moeten voldoen om hem daarmee in staat te stellen weloverwogen een juiste keuze te maken. Ten slotte had de notaris op meerdere momenten proactiever moeten handelen, zoals zij inmiddels zelf ook heeft erkend. Met ruim 30 jaar ervaring in het notariaat had van de notaris mogen worden verwacht dat zij na het constateren van een fout in een akte het initiatief niet bij klager en zijn toenmalig advocaat zou laten. Ter zitting in hoger beroep heeft de notaris haar excuses aangeboden aan klager, maar zij heeft daarbij ook gezegd dat erflaatster toch geen andere keuzes zou hebben gemaakt. Dit roept bij het hof de vraag op of de notaris wel daadwerkelijk voldoende inzicht toont in de onjuistheid van haar handelwijze. Nu het hof, in tegenstelling tot de kamer, alle vier klachtonderdelen gegrond verklaart, acht het hof de maatregel van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van vier weken passend en geboden, ook al is de notaris inmiddels gedefungeerd en heeft deze maatregel feitelijk dus geen betekenis meer voor haar. Het handelen van de notaris is echter dermate klachtwaardig, dat met een lichtere maatregel niet kan worden volstaan. (...)’

In deze certificeringsconstructie is ten onrechte nagelaten te anticiperen op de liquiditeitstekorten van de erfgenaam om de erf- en inkomstenbelasting te kunnen

betalen en het legaat te voldoen. Een eenvoudige voorziening – bijvoorbeeld een mogelijkheid tot gedeeltelijke decertificering van het vermogen – ontbrak in de constructie. De constructie was geheel dichtgetimmerd. Dat levert met recht en reden een ‘erfrechtelijke onvoldoende’ voor deze notaris op voor het optuigen van een constructie met een blinde vlek voor de fiscaliteit.

Ik geef nog een ander voorbeeld van een blinde vlek. Ten onrechte bestaat bij de afwikkeling van een nalatenschap nog wel eens een eenzijdige focus op de erfbelasting (met tarieven van 10%/20% voor de nabijen), terwijl de inkomstenbelasting financieel aanzienlijk meer pijn kan doen (met een tarief van thans 26,9% in box 2 en in 2024 maar liefst 31% voor alles boven € 67.000). In een aan de rechtbank Noord-Nederland voorgelegd geval (zie daarvoor het vonnis van 26 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3120) heeft een executeur (en afwikkelingsbewindvoerder) in de door de erfgenamen beneficiair aanvaarde nalatenschap aan deze executeur (in dit geval via een omweg) gelegateerde aandelen in een bv aan zichzelf verkocht. Bij notariële akte zijn de aandelen in de bv vervolgens aan de executeur geleverd. De erfgenamen stellen de executeur aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad vanwege het feit dat de executeur ten onrechte als executeur in de nalatenschap is opgetreden. Ten onrechte, omdat als gevolg van een aanslag inkomstenbelasting 2017 de nalatenschap negatief was en de nalatenschap vereffend had moeten worden. Die belastingaanslag was aan de erfgenamen opgelegd wegens de fictieve vervreemding van een aanmerkelijk belang in de bv door het overlijden van erflater (art. 4.16 lid 1 onder e Wet IB). Het overlijden levert door de werking van de vervreemdingsfictie een belastbaar feit op. Heffing van inkomstenbelasting vindt in de nalatenschap bij de erfgenamen plaats over € 172.618 (waarde in het economisch verkeer van het pakket aandelen) -/- € 18.000 (verkrijgingsprijs) = € 39.650.

De rechtbank oordeelt:

‘Vast staat dat de goederen van de nalatenschap niet ruimschoots toereikend waren om alle schulden van de nalatenschap te voldoen. Gelet daarop is de rechtbank van oordeel dat in het voorliggende geval de vereffeningprocedure van artikel 4:202 BW gevolgd had moeten worden, zodat gedaagde ten onrechte is opgetreden als executeur van de nalatenschap. Gedaagde was om die reden ook niet bevoegd om de aandelen in [X, de B.V.] namens de nalatenschap te verkopen. De rechtbank is voorts van oordeel dat gedaagde wel legataris was van het recht om de aandelen in [X] te kopen, tegen inbreng van de waarde daarvan in het economisch verkeer. Immers, [P, de vader van erflater, die executeur was in de nalatenschap van zijn zoon, die gedaagde aan zich had toegevoegd als executeur en die daarna is overleden] heeft het aan hem gelegateerde recht om voornoemde aandelen te kopen niet verworpen, zodat het legaat op grond van artikel 4:201 BW door hem verkregen is. [P] was bevoegd dit vorderingsrecht onder bijzondere titel, bij wijze van legaat, over te dragen aan gedaagde, die het legaat evenmin verworpen heeft. Voldoening van dit legaat, dus de verkoop van de aandelen in [X] aan gedaagde, is op grond van artikel 4:120 BW echter niet mogelijk zonder rekening te houden met andere schulden van de nalatenschap. Het bovenstaande brengt met zich dat de aandelen van erflater in [X] nog niet verkocht hadden mogen worden. Voorop staat dat de koper [sic], gedaagde, beschikkingsonbevoegd was. De overdracht van de aandelen is daarom ongeldig geweest, met als gevolg dat de betreffende aandelen nog steeds tot de nalatenschap behoren. Echter, duidelijk is dat gedaagde het legaat heeft aanvaard, zodat de erfgenamen gehouden zijn deze (alsnog) aan gedaagde over te dragen, indien zij dat wenst en met inachtneming van artikel 4:120 BW.’

Bedoeld zal hier uiteraard zijn dat de verkoper (en niet de koper) beschikkingsonbevoegd was.

Volgens artikel 4:149 lid 1 aanhef en onder d BW jo. artikel 4:202 lid 1 aanhef en onder a BW eindigt de taak van de executeur wanneer de nalatenschap moet worden vereffend doordat zij door één of meer erfgenamen beneficiair is aanvaard. De uitzondering hierop is als er een tot voldoening van de opeisbare schulden en legaten bevoegde executeur is en deze kan aantonen dat de goederen van de nalatenschap ruimschoots toereikend zijn om alle schulden van de nalatenschap te voldoen. Omdat de executeur geen ruimschootstoereikend-verklaring had afgegeven (en ook geen boedelbeschrijving, zo blijkt uit onderstaande tuchtbeslissing), moest vereffend worden en was de executeur beschikkingsonbevoegd met betrekking tot de goederen van de nalatenschap. Hierdoor kon een geldige overdracht van de gelegateerde aandelen in de bv aan de gedaagde (die tevens executeur was) niet plaatsvinden (art. 3:84 BW).

In fiscale kringen was terecht enige verontwaardiging te beluisteren dat de bij de zaak betrokken fiscale adviseur met naam en toenaam in de uitspraak van de rechtbank voor de bus was gegooid. De anonimiseringsrichtlijnen van de rechtspraak zijn in dit geval mijns inziens niet behoorlijk nageleefd. Uit de uitspraak blijkt dat de persoonlijke gegevens van de notaris wel zijn geanonimiseerd, maar niet die van de fiscale adviseur. De anonimiseringsrichtlijnen gelden alleen niet voor de gegevens van natuurlijke personen die professioneel bij de procedure zijn betrokken, zoals rechters en advocaten.

Ook de notaris die de akte van levering van de aandelen in de bv passeerde, ging niet vrijuit blijkens de tuchtbeslissing van de kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden van 16 februari 2023, ECLI:NL:TNORARL:2023:7. De kamer overweegt:

‘(...) dat de notaris ten tijde van het opstellen van de akte verdeling nalatenschap van 13 september 2019 wist dat er nog een aanslag zou komen voor de Inkomstenbelasting 2017. Alleen de hoogte van de aanslag was niet bekend, zo heeft de notaris ter zitting verklaard. Verder was het de notaris bekend dat de waarde van de aandelen in [S] B.V. € 172.618,- bedroeg en dat er een rekening-courantschuld was waardoor [S] B.V. een vordering op de nalatenschap had van € 171.660,-. Van belang is voorts dat door de executeur geen boedelbeschrijving was opgesteld en ook geen ruimschootsvoldoende-verklaring was afgegeven. Naar het oordeel van de kamer had de notaris, gelet op de hiervoor omschreven op dat moment bestaande onzekerheden, niet mogen overgaan tot het tekenen van de akte van verdeling van de nalatenschap zonder de procedure omtrent wettelijke vereffening van de nalatenschap in acht te nemen, tenzij door de executeur alsnog de ruimschootsvoldoende-verklaring was afgegeven. De kamer overweegt hierbij nog dat een notaris tenminste een summier onderzoek moet doen naar de juistheid van een door een executeur afgelegde ruimschootsvoldoende-verklaring. Het laten optreden door de notaris van een beschikkingsonbevoegde executeur kan ook civielrechtelijke gevolgen hebben.’

Opmerkelijk is dat ook in de tuchtbeslissing de fiscale adviseur met naam en toenaam wordt vermeld.

Tot besluit

Belastingen behoren voor de beoefenaren van het erfrecht geen ver-van-mijn-bedshow te zijn (vgl. *AdvoTip* 2023-18). Voor elke erfrechtbeoefenaar – en niet alleen voor de notaris – behoort naar mijn oordeel te gelden hetgeen Waaijer heeft geschreven in *De Notariswet* (2019, p. 24-25), hét handboek over de Wet op het notarisambt:

‘Een notaris is geen pure, allround fiscalist. Wel wordt van hem verlangd “grondige kennis van en inzicht in het belastingrecht, voor zover van belang voor de notariële praktijkuitoefening”. Die grondige kennis ziet zeker op overdracht-, schenk- en erfbelasting. Kan een notaris die pretentie niet waarmaken, dan zal hij dat de cliënt duidelijk moeten maken. Onder omstandigheden zal de notaris kunnen volstaan met een signalement dat bijstand van meer ter zake kundige fiscale specialisten noodzakelijk is.’

Wij hebben hierboven gezien dat de blauwe envelop niet alleen een geldschuld van de nalatenschap representeert, maar ook grote impact kan hebben op diverse terreinen. Te denken valt aan teleurgestelde verwachtingen van erfrechtelijke verkrijgers die toch nog met een onverwachte belastingschuld worden geconfronteerd, aan in een certificeringsconstruct ‘opgesloten’ vermogen dat op één of andere wijze bevrijd moet worden om belastingbetaling mogelijk te maken en aan beschikkingsonbevoegdheid van een executeur als gevolg van het van toepassing zijn van de wettelijke regeling van de vereffening in een negatieve nalatenschap door de komst van een stapeltje blauwe enveloppen waarmee de executeur rekening had moeten houden.

Tot de volgende keer!

Mr. dr. G.T.J. Hoff
Hoff Advocaten



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl

Boomjuridisch

Postbus 85576
2508 CG Den Haag

T (070) 330 70 33
E info@boomjuridisch.nl
I www.boomjuridisch.nl

Copyright 2023 © AdvoTip

Hoewel uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *AdvoTip* – *Erfrecht voor de advocaat* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.