

Belastingbesparing met de wettelijke verdeling of liquiditeitsvoordeel met de tweetrapsmaking?



MR. THEO C. HOOGWOUT¹

Hoewel op grond van de wettelijke verdeling de langstlevende ouder alle goederen en schulden van de nalatenschap krijgt, zijn ook de kinderen erfbelasting verschuldigd over de onderbedelingsvordering die zij krijgen. Tot schrik van de langstlevende ouder moet hij de erfbelasting van de kinderen voorschieten, zoals bleek in het televisieprogramma Radar van 1 maart 2010. Naar aanleiding van deze uitzending laten veel mensen bij de notaris een testament maken waarin de langstlevende als enig erfgenaam wordt benoemd. Door middel van een zogenoemde tweetrapsmaking krijgen de kinderen hun erfdeel als de langstlevende overlijdt. Als de verkrijging van de langstlevende binnen de vrijstelling voor partners valt van € 603.600 (2011), is bij het eerste overlijden geen erfbelasting verschuldigd. Bij het tweede overlijden moeten de kinderen uiteraard wel erfbelasting betalen. In deze bijdrage worden de fiscale gevolgen van dit 'Radar-testament' vergeleken met de wettelijke verdeling. Aan de civielrechtelijke haken en ogen van de tweetrapsmaking wordt geen aandacht besteed.²

1. Inleiding

Als iemand overlijdt zonder een testament te hebben laten maken, wordt op basis van het wettelijk erfrecht bepaald wie zijn erfgenamen zijn. Als de erflater een echtgenoot en kinderen nalaat zijn de echtgenoot en de kinderen voor gelijke delen erfgenaam. Hierbij wordt de geregistreerde partner gelijk gesteld met de echtgenoot. Op grond van de wet erven de langstlevende en de kinderen in gelijke delen. In een testament kan worden afgeweken van de in de wet genoemde erfgenamen.³ Zo kan bijvoorbeeld in het testament de ongehuwd samenwonende partner en de kinderen als erfgenaam worden benoemd. Ook kan de testateur in zijn testament⁴ afwijkende erfdelen opnemen, door bijvoorbeeld het erfdeel van de langstlevende op 1% en het erfdeel van de kinderen op 99% vast te stellen.

2. De wettelijke verdeling

Als de erflater een echtgenoot en ten minste één kind achterlaat is de wettelijke verdeling van toepassing.⁵ Dit is ook het geval als het kind is vooroverleden en op grond van plaatsvervulling het kleinkind opkomt als erfgenaam.⁶ In dat geval worden alle goederen en schulden van de nalatenschap aan de langstlevende echtgenoot toegedeeld, waarbij hij een overbedelings-schuld aan de kinderen krijgt. Als de kinderen over hun erfdeel erfbelasting verschuldigd zijn, moet deze door de langstlevende ouder worden voldaan.⁷ De vordering van de kinderen wordt met de verschuldigde erfbelasting verminderd. Deze vordering is in beginsel pas opeisbaar bij overlijden, of faillissement van de langstlevende echtgenoot, of indien een schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard. De overbedelings-schuld is renteloos, als de wettelijke rente minder dan 6% bedraagt. Zodra de wettelijke rente meer bedraagt dan 6%, is voor het meerdere een enkelvoudige rente verschuldigd (inflatiecorrectie). Wel kunnen de erflater of de gezamenlijke erfgenamen anders bepalen. Deze rente is op hetzelfde moment verschuldigd als de overbedelingsschuld.

Voorbeeld 1

Maarten is overleden zonder een testament te hebben laten maken en laat zijn echtgenote Loes (60 jaar) en hun twee kinderen, Peter en Carolien, na. Op grond van het wettelijk erfrecht zijn zij de erfgenamen en is de wettelijke verdeling van toepassing. De echtelieden waren in gemeenschap van goederen gehuwd. Tot deze gemeenschap behoort een eigen woning met een WOZ-waarde van € 230.000 en een spaarrekening met een saldo van € 10.000. De nalatenschap van Maarten bedraagt dus € 120.000.⁸ Ieder erft 1/3 deel, dus € 40.000. Op grond van de wettelijke verdeling gaan de goederen en schulden naar de langstlevende echtgenoot en krijgen de kinderen slechts een vordering op hun moeder. Loes krijgt dus het aandeel

¹ Verbonden aan het Fiscaal Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam en GREENILLE te Rotterdam.

² Zie voor de civielrechtelijke aspecten Speetjens, 'Reactie op het programma Radar: een nieuwe lente, een nieuw testament?', FTV 2010/16.

³ Art. 4:115 BW.

⁴ Art. 4:1 lid 1 BW.

⁵ Art. 4:13 BW. Zie Van Mourik, Handboek Erfrecht, Kluwer 2006, p. 54.

⁶ Art. 4:10 lid 2 BW.

⁷ Art. 4:13 lid 2 jo. 4:7 lid 1 onder e BW.

⁸ Uit een publicatie van het CBS blijkt dat 29% van de personen die in 2008 zijn overleden een nalatenschap van meer dan € 100.000 nalieten. Deze groep liet 86% van het vermogen na van € 12 miljard. Van alle erfslaters lieten 13,7% tussen de € 100.000 en € 200.000 na. Dit betrof 18% van het nagelaten vermogen. (<http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=81086NED&LA=NL>)

in de woning en de spaarrekening ter waarde van € 120.000 en een overbedelingsschuld aan de kinderen van € 80.000. Deze is in beginsel niet opeisbaar. Volgens het wettelijk erfrecht hoeft hierover slechts rente te worden betaald als de wettelijke rente hoger is dan 6%. De erfgenamen kunnen echter een afwijkende renteafspraak maken.

Als geen afwijkende renteafspraak wordt gemaakt, geldt voor de erfbelasting de fictie dat de overbedelingsschuld en onderbedelingsvordering renteloos zijn.⁹ Dat wil zeggen dat de langstlevende ouder het fictieve vruchtgebruik¹⁰ over de vordering geniet en hiermee rekening moet worden gehouden bij de waardering van de verkrijgingen.¹¹ Loes is op het moment van overlijden 60 jaar, zodat de waardering van het fictieve vruchtgebruik 60% ($10 \times 6\%$) is en haar verkrijging € 88.000 ($\text{€ } 40.000 + 60\% \text{ van € } 80.000$) bedraagt.¹² Haar verkrijging valt binnen de vrijstelling voor partners van € 603.600.¹³ De waardering voor de erfbelasting van de vordering¹⁴ van ieder kind is € 16.000 (40% van € 40.000). Voor de kinderen valt deze verkrijging binnen de vrijstelling van € 19.114.¹⁵

Hoe nu als de erfgenamen binnen de aangiftetermijn een rente afspreken die overeenkomt met een samengestelde rente van 6%?¹⁶ In dat geval is geen sprake van een fictief vruchtgebruik¹⁷ en bedraagt de

verkrijging van Loes en ieder kind voor de erfbelasting € 40.000. Voor Loes valt de verkrijging nog steeds binnen haar vrijstelling. Ieder kind is € 2.088 ($(\text{€ } 40.000 - \text{€ } 19.114) \times 10\%$) erfbelasting verschuldigd. Loes moet de erfbelasting van de kinderen betalen. Bij de kinderen komt de voor hen betaalde erfbelasting in mindering op hun onderbedelingsvordering. Loes bezit de gehele woning en het saldo op de spaarrekening, maar moet € 4.176 erfbelasting betalen.

Zoals uit het bovenstaande voorbeeld blijkt is het bij het eerste overlijden gunstiger om geen afwijkende renteafspraak te maken. De besparing bij het eerste overlijden kan echter leiden tot meer erfbelasting bij het tweede overlijden. De eventuele rentevergoeding op de schuld holt immers de nalatenschap van de langstlevende ouder uit, zodat bij het tweede overlijden minder erfbelasting verschuldigd kan zijn dan in het geval geen renteafspraak is gemaakt. Het fictief vruchtgebruik is afhankelijk van de kapitalisatiefactor.¹⁸ De vraag of de langstlevende ouder erfbelasting moet betalen is dus afhankelijk van zijn leeftijd op het moment van overlijden. Tot een leeftijd van 65 jaar is bij een verkrijging van € 40.000 per erfgenaam, geen erfbelasting verschuldigd. Uit onderstaande tabel blijkt dat van de leeftijd van 65 jaar de erfbelasting per kind oploopt van € 168 tot € 1.608.

⁹ Art. 21 lid 14 Succ.w.

¹⁰ HR 11 januari 1989, BNB 1989/260.

¹¹ Art. 21 lid 13 Succ.w.

¹² Art. 5 jo. 10 Uitv.besl. Succ.w.

¹³ Art. 32 lid 1 sub 4^a onder a Succ.w. In 2011 is de minimumvrijstelling na pensioenimputatie € 155.930 (art. 32 lid 2 Succ.w.).

¹⁴ Art. 21 lid 10 Succ.w.

¹⁵ Art. 32 lid 1 sub 4^a onder c Succ.w.

¹⁶ Art. 1 lid 3 Succ.w.

¹⁷ Art. 18 Succ.w.

¹⁸ Art. 5 Uitv.besl. Succ.w.

Leeftijd langstlevende	Kapitalisatiefactor	Waarde vruchtgebruik	Waardering vordering	Belaste verkrijging	Erfbelasting
65 jaar	8	48%	€ 20.800	€ 1.686	€ 168
70 jaar	7	42%	€ 23.200	€ 4.086	€ 408
75 jaar	5	30%	€ 28.000	€ 8.886	€ 888
80 jaar	4	24%	€ 30.400	€ 11.286	€ 1.128
85 jaar	3	18%	€ 32.800	€ 13.686	€ 1.368
90 jaar	2	12%	€ 35.200	€ 16.086	€ 1.608

In het geval de wettelijke verdeling van toepassing is blijven de vordering van de kinderen en de schuld van de langstlevende buiten de rendementsgrondslag.¹⁹ De langstlevende neemt alle goederen en schulden in aanmerking voor de inkomstenbelasting, met uitzondering van de overbedelingsschuld aan de kinderen. Door de defiscalisering hoeft geen rekening te worden gehouden met het eventuele fictief vruchtgebruik. In het geval renteafspraken zijn gemaakt, komt de betaalde of bijgeschreven rente niet in mindering op het inkomen in box 1 of box 2.²⁰ De langstlevende neemt bijvoorbeeld de eigen woning in aanmerking in box 1, maar kan met betrekking tot de overbedelingsschuld geen aftrekbare rentekosten in aanmerking nemen.²¹

Vervolg voorbeeld 1

Als Loes vervolgens overlijdt zonder een testament te hebben laten maken, laat zij haar twee kinderen Peter en Carolien na. In het geval bij het eerste overlijden geen renteafspraak is gemaakt, behoort tot haar vermogen een eigen woning met een waarde van € 230.000, een spaarrekening met een saldo van € 10.000 en een overbedelingsschuld aan de kinderen van € 80.000. Indien bij het eerste overlijden geen renteafspraak is gemaakt is de nominale schuld niet toegenomen met de rente. Haar nalatenschap bedraagt dus € 160.000 (helft van de gemeenschap plus haar erfdeel). Ieder kind erft de helft, dus € 80.000. Na aftrek van hun vrijstelling is ieder kind € 6.088 ((€ 80.000 -/- € 19.114) * 10%) erfbelasting verschuldigd.

Over twee nalatenschappen is € 12.176 (€ 6.088 * 2) erfbelasting verschuldigd.

3. Tweetrapsmaking

In zijn testament kan de testateur de erfstelling onder voorwaarde opnemen.²² In dat geval is de erfstelling van de erfgenaam afhankelijk van een toekomstige onzekere gebeurtenis.²³ De bedoeling van de erflater is dat de erfenis voor deze gebeurtenis wordt verkregen door erfgenaam A (de zogenoemde bezwaarde) en na die gebeurtenis door erfgenaam B (de zogenoemde verwachter). De erfstelling is voor erfgenaam A een erfstelling onder ontbindende voorwaarde en voor erfgenaam B onder opschortende voorwaarde. Dit wordt een tweetrapsmaking genoemd (onder het oude recht: fideïcommis). De bezwaarde krijgt de erfenis onder

ontbindende voorwaarde van overlijden en de verwachter krijgt onder opschortende voorwaarde van het bestaan bij het overlijden van de bezwaarde dezelfde erfenis van de erflater.²⁴ Zodoende kan de bezwaarde niet zelf bij testament beschikken over de verkregen erfenis.²⁵ Het fideïcommis bestond in twee vormen: het fideïcommis met bewaarplicht²⁶ en het zogenoemde fideïcommis de residuo, waarbij de bezwaarde mag vervreemden en verteren.²⁷ Een dergelijk onderscheid bestaat ook onder het huidige recht.

Voorbeeld 2

Ton en Ingrid zijn getrouwd in gemeenschap van goederen en hebben twee kinderen, Floris en Dirk. Zij bezitten een eigen woning met een waarde van € 230.000 en een spaarrekening met een saldo van € 10.000. Ton heeft een testament laten maken waarbij hij Ingrid als enig erfgenaam heeft benoemd onder ontbindende voorwaarde van overlijden (bezwaarde). Hij heeft hun kinderen als erfgenaam onder opschortende voorwaarde benoemd (verwachter).

Op het moment dat Ton overlijdt is Ingrid enig erfgenaam van de gehele nalatenschap ter waarde van € 120.000 (helft van de gemeenschap). Ingrid is over de gehele verkrijging erfbelasting verschuldigd, zonder rekening te houden met de ontbindende voorwaarde.²⁸ Ingrid kwalificeert als partner²⁹, zodat haar verkrijging binnen de vrijstelling van € 603.600 valt.³⁰

Als na verloop van tijd ook Ingrid overlijdt en ten minste één van de verwachters Floris en Dirk op dat moment in leven is, treedt de ontbindende voorwaarde in. De erfenis van Ingrid vervalt door de ontbindende voorwaarde en de opschortende voorwaarden treedt in, zodat Floris en Dirk de erfenis van hun vader krijgen. Als de bezwaarde erfbelasting zou hebben betaald, wordt deze niet terugbetaald.³¹ Ieder kind betaalt over zijn hele verkrijging van € 60.000 erfbelasting.³² Na aftrek van hun vrijstelling is ieder kind € 4.088 ((€ 60.000 -/- € 19.114) * 10%) erfbelasting verschuldigd over de verkrijging van zijn vader.

Tot het vermogen van Ingrid behoorde de onverdeelde helft van de eigen woning met een waarde van € 230.000 en de onverdeelde helft van de spaarrekening met een saldo van € 10.000 (de helft van de gemeenschap). Haar nalatenschap bedraagt € 120.000. Ieder kind erft de helft, dus € 60.000. Na aftrek

¹⁹ Art. 5:4 Wet IB 2001.

²⁰ Art. 3:16 lid 10 resp. art. 4:15 lid 2 Wet IB 2001.

²¹ Art. 3:120 lid 10 Wet IB 2001.

²² Art. 4:56 BW.

²³ Verstappen, Handboek Erfrecht, Kluwer 2006, p. 257.

²⁴ Art. 4:137 BW.

²⁵ O.g.v. HR 16 januari 2004, nr. C02/150HR, RvdW 2004, 16 (Boerenplaatsje-arrest) kan de testateur een voorwaardelijk tweetrapsmaking opnemen, zodat de bezwaarde zelf bij testament over de fideïcommissair vermaakte zaken mag beschikken.

²⁶ Zie art. 4:56 lid 2 en 3 BW.

²⁷ Zie art. 4:56 lid 4 BW.

²⁸ Art. 21 lid 2 Succ.w.

²⁹ Art. 1a Succ.w.

³⁰ Art. 32 lid 1 sub 4^o onder a Succ.w.

³¹ Art. 53 lid 1 Succ.w.

³² Art. 21 lid 4 Succ.w.

van hun vrijstelling is ieder kind € 4.088 ((€ 60.000 -/- € 19.114) * 10%) erfbelasting verschuldigd over de verkrijging van zijn moeder.

Over twee nalatenschappen is € 16.352 (€ 4.088 * 2 + € 4.088 * 2) erfbelasting verschuldigd. Op grond van de wettelijke verdeling was echter € 4.176 (€ 16.352 -/- € 12.176) minder verschuldigd. Zelfs in het geval de langstlevende 90 jaar of ouder is op het moment dat de erflater overlijdt, levert de wettelijke verdeling zonder afwijkende renteafspraak een voordeel op van € 960 (€ 4.176 -/- € 3.216). In dat geval is wel sprake van een liquiditeitsnadeel en daarmee ook een rentenadeel, aangezien bij het eerste overlijden € 3.216 (€ 1.608 * 2) erfbelasting moet worden betaald (zie tabel in onderdeel 2). Bij de tweetrapsmaking is bij het eerste overlijden niets verschuldigd.

Bij de tweetrapsmaking verkrijgt de bezwaarde de volle eigendom en neemt hij deze vermogensbestanddelen op in box 1, box 2 respectievelijk box 3, zonder rekening te houden met de ontbindende voorwaarde.³³ De verwachter verkrijgt pas wanneer het recht van de bezwaarde eindigt en hij heeft tevens geen vordering op de bezwaarde. Daarom neemt hij zolang de opschortende voorwaarde niet is ingetreden niets op voor de inkomstenbelasting.

Voor de toepassing van de inkomstenbelasting is er dus geen verschil tussen de wettelijke verdeling en de tweetrapsmaking.

4. Conclusie

Bij toepassing van de wettelijke verdeling zijn in beginsel ook de kinderen erfbelasting verschuldigd over de onderbedelingsvordering die zij krijgen. Bij de presentatie van de contouren van de Schenk- en erfbelasting heeft toenmalig staatssecretaris De Jager gesproken over de defiscalisering van de onderbedelingsvordering van de kinderen voor de Successiewet, zodat slechts de langstlevende ouder erfbelasting verschuldigd zou zijn.³⁴ Dit plan heeft het wetsvoorstel tot wijziging van de Successiewet niet gehaald.³⁵ In de praktijk is inmiddels de tweetrapsmaking als oplossing voor het liquiditeitsprobleem geformuleerd, zodat de belastingheffing wordt uitgesteld naar het tweede overlijden. Naar aanleiding van het televisieprogramma Radar laten veel mensen bij de notaris een testament maken waarin de langstlevende als enig erfgenaam wordt benoemd onder de ontbindende voorwaarde van overlijden en de kinderen worden benoemd als erfgenaam onder de opschortende voorwaarde van overlijden van de langstlevende. Zoals uit bovenstaande tabel blijkt, kan met een dergelijke tweetrapsmaking niet per definitie erfbelasting worden bespaard, maar wordt uitstel van belasting gerealiseerd.

³³ Art. 5,4 lid 6 Wet IB 2001.

³⁴ Brief van 14 april 2008, nr. DB08-170 en gastcollege aan Universiteit van Tilburg op 14 april 2008.

³⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 1, V-N 2009/22.3.