

FREEK SCHOLS

Skip the generationskipping?

Generaties, estate planning en de hervormde Successiewet 1956

I. ESTATE PLANNING

Estate planning is een vakgebied, dat gezien kan worden als een generalistisch specialisme,¹ waar diverse civielrechtelijke en fiscale rechtsgebieden bijeenkomen en geïntegreerd worden aangepakt rondom het overlijden van een persoon. Estate planning is gericht op het gestructureerd regelen van de overgang van het (familie)vermogen naar (meestal) *de volgende generatie* en het (tijdelijke) beheer van dat vermogen na overlijden.

Estate planning is het sluitstuk op de financiële planning van een persoon.² Het is de estate planner niet primair om de fiscaliteit te doen. De fiscaliteit is belangrijk, dat kan niet ontkend worden, maar de ware estate planner heeft vooral oog voor de emotionele en civielrechtelijke aspecten van de naderende dood en begint bij het begin: op wie moet het vermogen overgaan en onder welke condities?

Dat het vermogen op enig moment moet overgaan, is voor iedereen wel duidelijk. In het Hiernamaals heeft de overledene niets aan liquiditeiten, effecten of 'vastgoed'. Nu er geen ontsnappen aan is, is het enigszins zelf houden van de regie het enige wat men nog kan doen. Met een bewindregeling of met een tweetrapsmaking³ wordt getracht nog over het graf heen te regeren en de dood erfrechtelijk bezien uit te stellen. Sommige aanstaande erflaters schep- pen er genoeg in om met de warme hand te schenken in plaats van met de koude hand. Met als doel de kinderen of neven en nichten 'reeds nu' kansen te bieden bijvoorbeeld

wat betreft het volgen van een opleiding dan wel het maken van een wereldreis. De gulle gever kan dan ook nog zelf van het gebaar genieten. Soms echter is het niet zo zeer uit vrijgevigheid te doen. Zo werd bijvoorbeeld jaren geleden regelmatig door ouders het huis op naam van de kinderen gezet om intering op het vermogen te voorkomen indien er zicht was op opname in een bejaardenoord. Ook komt overheveling tijdens leven voor met het oog op besparing van successierecht (schenk- en erfbelasting). Het liefst hevelt men dan slechts op papier over, waaruit blijkt dat het vermogen (emotioneel) nog niet gemist kan worden. Van echte vrijgevigheid is dan eigenlijk geen sprake.

Een van de technieken die de estate planner hanteert ter vermindering van de heffing van het successierecht is het overslaan van een generatie. In het jargon: generation skipping. Zou het beroepsdeformatie zijn indien een estate planner bij het horen van de woorden ‘verschillende generaties’ denkt aan ‘generation skipping in fiscalibus’? De Successiewet 1956 heft belasting over verkrijgingen krachtens erfrecht en krachtens schenking. De rechtvaardiging van deze heffing zou gezocht moeten worden in het ‘buitenkansbeginsel’. Sommigen kunnen niet berusten in deze heffing. Zij zien de successiebelasting als een ‘sterftaks’ en zoeken naar legale belastingbesparende constructies. Het ik-opa-testament⁴ is een voorbeeld hiervan. Deze testamentaire aangelegenheid heeft ook de aandacht van Staatssecretaris van Financiën De Jager, die agressieve verschijningsvormen van deze constructie per 1 januari 2010 de nek om zal draaien. Het skippen van een generatie uit fiscaal oogpunt is een doorn in zijn oog.

2. DE TARIEFSTRUCTUUR IN DE SUCCESSIE- WET 1956 OUD EN NIEUW

Naar mate men meer erft, wordt het heffingspercentage hoger. In 2009 zag het tarief uit als volgt. Een kind betaalt,

behoudens vrijstellingen, over de eerste €22.763⁵ 5%. Komt de verkrijging boven de €22.763, maar bedraagt deze niet meer dan €45.519 dan betaalt een kind over dit gedeelte 8%, en zo klimt het percentage langzaam op (12%, 15%, 19%, 23%, 27%). Wordt er meer geërfd dan €910.163 dan betaalt een kind 27%, het toptarief, over dit meerdere. Men zou, met een beetje fantasie, een aantal successiebakjes kunnen ontwaren: het 5%-bakje het 8%-bakje etc. Deze bakjes worden naarmate de verkrijging oploopt, gevuld.

Een verkrijging door een kleinkind wordt belast met het tarief voor kinderen met een 60%-tariefopslag. Dit betekent dat daar waar het kind een 5%-bakje heeft het kleinkind moet afrekenen in een 8%-bakje. Daar waar het kind een bakje van 8% heeft, is de verkrijging van het kleinkind belast met 12,8%. De tariefstructuur kind-kleinkind zag uit als volgt:

Kinderen	5,0%	8,0%	12,0%	15,0%	19,0%	23,0%	27,0%
Kleinkinderen	8,0%	12,8%	19,2%	24,0%	30,4%	36,8%	43,2%

De kritische belastingbetaler ziet het al snel. Indien hij kleinkinderen betreft bij de vererving van de nalatenschap dan behaalt hij een tariefvoordeel. Het is eenvoudig. Als een kind over de top van zijn verkrijging 19% betaalt, zou een kleinkind het 8%-bakje en het 12,8%-bakje nog kunnen inzetten. De besparing is evident. De vraag is echter hoe kleinkinderen in de vererving kunnen meelopen, zodat hun successierechtelijke bakjes benut worden, zonder dat ze daadwerkelijk al iets in handen krijgen. Het is immers veelal niet de bedoeling dat de kleinkinderen 'echt' meedoen. Het was slechts om de besparing van belasting te doen. Creatieve geesten gaan aan de slag en het ik-opa-testament wordt geboren.

3. HET IK-OPA-TESTAMENT, EEN SUCCESSIE- RECHTELIJK WONDER?

Het ik-opa-testament betreft een regeling waarbij optimaal gebruik wordt gemaakt van de tariefstructuur van de Successiewet 1956. De vererving van de nalatenschap wordt verspreid over meerdere personen (kinderen en kleinkinderen), hetgeen progressievoordeel met zich kan brengen. Hoe meer zielen, hoe meer successierechtelijke vreugd, zo luidt een belangrijk successierechtelijk adagium. Bovendien kan er geprofiteerd worden van meerdere vrijstellingen. Daarnaast wordt een dubbele vererving voorkomen door 'generation skipping'. Er vererft een stuk vermogen rechtstreeks van opa naar het kleinkind. Het kind wordt – voor dat gedeelte – als het ware overgeslagen.

Met het ik-opa-testament wordt de nalatenschap van opa optimaal verspreid over de kinderen en de kleinkinderen op een manier dat, ondanks het 60% hogere tarief voor de kleinkinderen, het tarief aan de top van de verkrijgingen bij de kleinkinderen niet hoger is dan dat bij de kinderen. Dit terwijl de kinderen van opa toch de volledige beschikking krijgen over de nalatenschap van opa. Ze kunnen er in beginsel mee doen en laten wat ze willen. Het is slechts een 'papieren' aan gelegenheid.

Het hart van een ik-opa-testament ziet uit als volgt: opa benoemt zijn kinderen tot erfgenamen onder de verplichting een bepaald bedrag schuldig te erkennen aan hun kinderen. De clause zou er als volgt kunnen uit zien:

'Ik (opa) leg aan mijn kinderen de verplichting op om na hun overlijden aan ieder van hun kinderen (mijn kleinkinderen) een zo groot mogelijk bedrag uit te keren zodanig dat de top van de contante waarde (berekend volgens de maatstaven van de Successiewet 1956) van de verkrijging van de kleinkinderen met een niet hoger percentage wordt belast dan de top van de verkrijging van mijn kinderen, rekening houdend met deze ver-

*plichting. Mijn kleinkinderen hebben geen enkel ander recht dan het recht tot het opeisen van voormeld bedrag na het overlijden van de langstlevende van hun ouders *c.q. diens echtgenoten'.*

De kleinkinderen worden in de vererving betrokken met een (voorlopig) niet-opeisbare vordering op hun ouder; in het jargon: een niet-opeisbaargeldlegaat ten laste van de kinderen/erfgenamen. Die vordering, althans de contante waarde daarvan, heeft een zodanig waarde dat de spreiding over de successierechtelijke bakjes ideaal is. Tijd voor een voorbeeld, waarin we terug moeten naar 2002, om te laten zien wat het effect is van het ik-opa-testament in 2009 en vervolgens in 2010.

Opa, weduwnaar, heeft twee kinderen A en B respectievelijk 50 en 45 jaar oud. A en B hebben ieder twee kinderen (K, L, M en N) en zijn ongehuwd. De nalatenschap van opa bedraagt €4.000.000. Stel opa overleed in 2002.

A. zonder ik-opa-testament

I. overlijden van opa

Bij het overlijden van opa erven A en B ieder €2.000.000. Over dit bedrag betaalden beiden in 2002 €484.227 successierecht. Bij het overlijden van opa was dan totaal aan successierecht verschuldigd €968.454. Over de top van hun verkrijging betalen zij 27%.

II. overlijden kind van opa

Bij het overlijden van A en B in 2009 wordt er van uitgegaan dat hun nalatenschap €2.000.000 bedraagt. De vier kinderen K, L, M en N erven dan ieder €1.000.000. Over de top van deze verkrijging betalen zij 27%. Aan successierecht is ieder kind €206.510 verschuldigd.

B. met ik-opa-testament

Opa heeft een ik-opa- testament opgemaakt. We moeten thans bezien wat het (contant gemaakte) bedrag is dat op basis van de clause in 2002 werd toegekend aan de kleinkinderen zonder dat deze over de top zwaarder belast werden dan de kinderen. Stel de kinderen A en B zouden de gehele nalatenschap erven. Deze betaalden dan 27% over de top van de geërfde €2.000.000. Indien een kleinkind in 2002 niet meer dan een waarde van €159.916 erft, wordt de top belast met 'slechts' 24%. Erft het kleinkind meer dan wordt het meerdere belast voor 30,4%. Op grond van het ik-opa-testament wordt derhalve aan de kleinkinderen een vordering toegekend met een contante waarde van €159.916. Met dit bedrag dat het kind aan zijn eigen kinderen moet uitkeren, houdt het kind een voldoende grote verkrijging over dat heffing plaatsvindt in het 27%-bakje. Zou het kind in het 23%-bakje terechtkomen (bijvoorbeeld als gevolg van het feit dat er meer kleinkinderen zijn) dan zou de constructie zijn doel voorbijschieten. Het schuldig bedrag zou dan verlaagd/gecorrigeerd moeten worden, om te voorkomen dat de kleinkinderen in een hoger tariefbakje vallen dan de kinderen.

1. overlijden van opa

Bij het overlijden van opa in 2002 erven de kinderen ieder €2.000.000 – 2 x €159.916 = €1.680.168 waarover zij in 2002 ieder €397.872 successierecht betaalden. Bij het overlijden van opa erven de kleinkinderen ieder een vordering met een contante waarde van €159.916 en waren ieder €31.020 aan successierecht verschuldigd. Totaal verschuldigd bij het overlijden van opa 2 x €397.872 + 4 x €31.020 = €919.824. Ten opzichte van een vererving zonder ik-opa-testament betekent dit een besparing van €968.454 – €919.824 = €48.630. Hier zou men al enthousiast van kunnen worden, maar het wordt, althans successierechtelijk, nog mooier bij het overlijden van de kinderen van opa.

II. overlijden kind van opa

Bij het overlijden van A en B wordt geacht het vermogen van zowel A als B €2.000.000 te bedragen. Hierop komt echter nog in aftrek de schuld die A en B aan hun kinderen hebben. En dit gaat aantikken want over hetgeen de kinderen nog als ‘schuldeiser’ van hun vader A of B tegoed hebben, wordt geen successierecht meer geheven. Deze schuld is bovendien groter dan de hiervoor berekende €159.916 gelet op het feit dat dit slechts in 2002 de contante waarde van de schuld betrof. De berekening van de nominale waarde van de betreffende schuld is mede afhankelijk van de leeftijd van de ‘schuldenaar’. Een successierechtelijke berekening, die ik de lezer verder bespaar, leert dat de nominale vordering van de kinderen van A waard is €571.128. De nalatenschap van A bedraagt dan geen €2.000.000, zoals het geval zou zijn geweest indien de clause niet zou zijn opgenomen, maar $€2.000.000 - 2 \times €571.128 = €857.744$. Er wordt derhalve over €1.142.256 niet geheven bij het overlijden van A. Dit zou de onbelaste sprong van de contante waarde naar de nominale waarde genoemd kunnen worden. Een vergelijkbare exercitie moet worden uitgevoerd indien B zou overlijden. De nominale waarde van de vorderingen van de kinderen bedraagt, gelet op het feit dat B bij het overlijden van opa jonger was dan A, €726.890. De nalatenschap van B is derhalve niet groot €2.000.000, maar $€2.000.000 - 2 \times €726.890 = €546.220$. Er wordt derhalve over €1.453.780 niet geheven bij het overlijden van B.

De besparing dankzij de ik-opaclause bij het overlijden van het kind van opa is vele mate groter dan bij het overlijden van opa zelf. De omvang van de besparing is evident. En de kinderen hebben, althans zo lijkt het op het eerste gezicht, niet veel last van de constructie.

Kan dit allemaal? Is het alles goud wat blinkt? De clause kent vele haken en ogen, zo veel dat ik mij niet kan voorstellen dat de constructie veel zou worden geadviseerd

door ‘estate planners’. Ik denk dat de slogan ‘geniet, maar gebruik met mate’ hier opgeld doet, zeker indien de volgende bijsluiter – die bij lange na niet volledig is – goed gelezen wordt.

4. OPA BEDANKT...?

Het grootste gevaar is dat het ik-opa-testament alleen kan werken voor kleinkinderen die bij het overlijden van opa reeds geboren zijn. Om als erfgenaam te kunnen optreden, dient men te bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt.⁶ Verwacht een kind van opa ten tijde van zijn overlijden een kindje dan doet evenwel ook dit (ongeboren) kindje mee omdat een ongeboren vrucht reeds als geboren wordt aangemerkt, als het tenminste levend ter wereld komt.⁷ Wordt een kleinkind, bijvoorbeeld, na een jaar na het overlijden van opa geboren dan worden de verhoudingen tussen de kleinkinderen scheef getrokken. Het nieuw geboren kleinkind verkrijgt immers geen vordering op zijn ouders uit hoofde van het testament van opa. De werking van het ik-opa-testament kan bovendien zelfs bewerkstelligen dat de nalatenschap van de ouders van het kleinkind volledig wordt opgesoupeerd. Indien de nalatenschap van de ouders negatief is als gevolg van de vorderingen van de overige kinderen en wellicht mede als gevolg van het feit dat de ouders op het geërfde vermogen (de €2.000.000 uit het voorbeeld) hebben ingeteerd (waaronder begrepen het betalen van successierecht) moet het nieuwe kleinkind de nalatenschap van zijn vader of moeder zelfs verwerpen. En hierbij dient men te beseffen dat de kleinkinderen vaak niets weten van de erfrechtelijke daden van opa. Altijd beneficiair aanvaarden derhalve, hetgeen ‘aansprakelijkheid in privé’ voorkomt. Bezint eer men erfrechtelijk begint... Het is niet altijd prettig – mede gelet op opgezette successierechtelijke constructies - om erfgenaam te zijn.

Een later geboren kleinkind kan dus niet erfgenaam of legataris zijn omdat het erfrecht de bestaansis kent. Er is door theoretici een ‘vangnet-clausule’ ontwikkeld die in stelling zou kunnen worden gebracht indien inderdaad nog kleinkinderen geboren worden. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de ‘testamentaire last’.⁸ De bestaansis geldt immers niet voor ‘lastbevoordeelden’.⁹ De testamentaire last houdt in dat de bestaande kleinkinderen erven onder de last dat hetgeen van opa is verkregen, wordt gedeeld met de (eventuele) ‘nieuwe’ kleinkinderen. De nakoming van een erfrechtelijke last is, en dat is het euvel, evenwel niet afdwingbaar omdat daaraan geen vorderingsrecht is gekoppeld. De methode is ontwikkeld in de erfrechtelijke literatuur en nog niet getoetst in de praktijk en wordt slecht gebruikt als laatste redmiddel indien, ondanks de waarschuwing voor de gevaren van het ik-opa-testament, cliënt tocht kiest voor het gebruik van de clausule.¹⁰ De bestaansis beperkt in ieder geval het gebruik van het ik-opa-testament en is in die zin, voorzover gestreefd wordt naar successie-opbrengsten voor de Nederlandse Staat, toe te juichen.

Soms echter zit de bestaansis in deze moderne tijden erflaters wellicht in de weg, terwijl fiscale constructies niet aan de orde zijn. Zonder hier nader op in te gaan wijs ik in dit kader op de postmortale inseminatie. Wordt een vrouw na het overlijden van haar partner bevrucht met het genetische materiaal van de partner, dan kunnen weliswaar met de ‘gerechtelijke vaststelling van het vaderschap’ familie-rechtelijke betrekkingen worden gecreëerd tussen man en kind, maar kan dit kind in beginsel niet erven gelet op de bestaansis.¹¹ Het kind bestond ten tijde van het overlijden van zijn –naar achteraf is komen vast te staan- vader niet en er is dus geen sprake van een automatisch erfrecht voor het kind. Er is dan testamentair kunst- en vliegwerk vereist om het kind een erfrechtelijke status te geven. Is dit terecht? Ik laat deze interessante vraag rusten en ga verder met het ik-opa-testament.¹²

Een ander probleem is het feit dat de kleinkinderen successierecht betalen over de verkrijging van opa, terwijl zij feitelijk niets krijgen. Het is zelfs de vraag of zij ooit hun vordering voldaan zien worden. Het kan immers zo zijn, zoals gezegd, dat hun ouders de gehele nalatenschap van opa hebben verteerd en verder ook niets nalaten. Men kan overigens wel bepalen dat het successierecht door de ouders gedragen moet worden. Opa moet dit niet vergeten. Gelukkig is in Nederland als hoofdregel de notaris betrokken bij het testeren. Anders is dit, bijvoorbeeld, in Duitsland waar onderhands testeren gebruikelijk is.

Ook zullen de kleinkinderen voor de inkomstenbelasting in beginsel in 'box 3'¹³ met hun papieren vordering in de heffing worden betrokken. Indien de ouders de schuld die zij uit hoofde van het testament van opa aan de kinderen hebben niet kwijt kunnen in box 3, omdat hun vermogen grotendeels uit box 1-vermogen (eigen woning) en box 2-vermogen (aanmerkelijk belangandelen) bestaat, dan wordt door het ik-opa-testament extra belastbaar vermogen gecreëerd, voorzover niet bij de kleinkinderen van een vrijstelling gebruik kan worden gemaakt. Ook in dit kader is het wenselijk dat opa in zijn testament bepaalt dat de ouders van de kleinkinderen de jaarlijks terugkerende inkomstenbelasting voor hun rekening moeten nemen.

Een studerend kleinkind zou wellicht de ov-jaarkaart moeten inleveren omdat hij geacht wordt (forfaitair) inkomen te genieten uit de vordering. Of de student daadwerkelijk de beschikking heeft gehad over inkomen uit zijn vermogensbron is niet relevant.¹⁴ Wat als een kleinkind met dit papieren vermogen in de bijstand geraakt? Wordt de bijstand als geldlening verstrekt? Indien een kleinkind overhoopt zou overlijden vóór het overlijden van de ouder dan vererft er – en wordt er geheven over - papieren vermogen dat er eigenlijk niet was!

Ook zeer vervelend is dat het ik-opa-testament de testervrijheid van de ouders indirect beperkt. De clausule

kan, zoals gezien, met zich brengen dat de kleinkinderen een zodanig grote vordering op hun ouders verkrijgen dat hiermee de nalatenschap (grotendeels) wordt opgesoupeerd. Indien de ouder Artsen zonder Grenzen erfrechtelijk zou willen bedenken met een substantieel deel van zijn vermogen dan wordt dit mogelijk verhinderd door de 'aflossingsplicht' in verband met het ik-opa-testament. De kinderen gaan als boedelcrediteur immers voor. Nadat hun schulden voldaan zijn, schiet wellicht niets meer over.

Opa bedankt..., zo zal het dan ook wel eens cynisch kunnen klinken, en wellicht denken kinderen en kleinkinderen al snel dat het beter was geweest indien opa niet in handen was gevallen van een door het ik-opa-testament gearmeerde adviseur. Maar ja, eerlijk is eerlijk, de klant is koning en soms kan de adviseur praten als brugman... Op het moment dat opa zelf behept is met het successierechtelijke virus dan is het vechten tegen de bierkaai.

Op de keper beschouwd, veroordeelt de constructie zich vaak zelf. Het bestrijden van deze estate planningstool zal de schatkist dan ook niet veel geld opleveren, vermoed ik. Dat de Staatssecretaris bepaalde varianten van het ik-opa-testament aanpakt, hetgeen ik overigens van harte ondersteun, zal dan ook een meer principiële kwestie zijn dan een begrotingskwestie.

5. WETSVOORSTEL 31 930

De Staatssecretaris kwam met het volgende voorstel wat betreft de successierechtelijke tariefstructuur die op 1 januari 2010 wordt ingevoerd. Niet langer wordt overigens gesproken over successierecht maar over erfbelasting en schenkbelasting.¹⁵ Kleinkinderen worden in tariefgroep 1 geplaatst met een tariefopslag van 80%, in plaats van 60%. Kleinkinderen krijgen wel een vrijstellingsbedrag van €19 000.

Schematisch overzicht voorgestelde tariefstructuur (2010)

Tarieven schenk- en erfbelasting

Deel van de Belaste verkrijging	Tariefgroep I (partners en kinderen)	Tariefgroep IA (kleinkinderen)	Tariefgroep 2 (overige verkrijgers)
€0 - €118 000	10%	18%	30%
€118 000 - hoger	20%	36%	40%

Deze tariefopslag en de voorgestelde vrijstelling 'aan de voet' van €19 000 voor kleinkinderen zijn zodanig gekozen dat de tarieflijn voor kleinkinderen in de erfbelasting niet hoger uitvalt dan de theoretische tarieflijn die ontstaat wanneer er tweemaal een vererving van ouder naar kind plaatsvindt (grootouder > ouder > kind), zo bericht de Staatssecretaris ons in de Memorie van Toelichting.¹⁶ Hiermee wordt het ik-opa-testament minder aantrekkelijk, maar het zou successierechtelijk nog steeds dienst kunnen doen. Spreiding blijft mogelijk, liever een 18%-bakje dan een 20%-bakje en het benutten van de €19.000 vrijstelling van het kleinkind kan ook een voordeel opleveren. Maar is het de moeite waard, gelet op de gesignaleerde problemen?

Bovendien pakt de Staatssecretaris het tweede voordeel van het ik-opa-testament bij het overlijden van het kind aan. Het grootste successierechtelijke voordeel, vervalt daarmee. De Staatssecretaris doet dat door in art. 10 lid 9 Successiewet 1956, vrij vertaald, te bepalen dat de schulden die de kleinkinderen opvoeren in de nalatenschap van hun ouder, nooit groter mogen zijn dan hetgeen de betreffende ouder van opa geërfd heeft.

In het voorbeeld onder 3 zou deze grens op €2.000.000 liggen.

In sommige gevallen,¹⁷ afhankelijk van de juridische opzet van de clause, zal zelfs de gehele papieren schuld aan het kleinkind niet in aftrek mogen worden genomen in de nalatenschap van het kind.

Voor de liefhebber een stukje uit de Memorie van Toelichting:¹⁸

“8.5 *Testamentvormen (turbotestament en ik-opa testament)*
De laatste jaren komen testamentvormen voor waarin aan een natuurlijke persoon de last wordt opgelegd (te vererven) vermogen om te zetten in (niet-verervende) genotsrechten. De bloot-eigendom van het omgezette vermogen komt dan ten goede aan de toekomstige erfgenamen van de lasthebber. Bij het overlijden van de laatste groeit de bloot eigendom aan tot volle eigendom. Dit is geen erfrechtelijke verkrijging. Naar de bedoeling van de Successiewet 1956 zou dit wel moeten leiden tot een (fictieve) verkrijging. Het is niet zeker of de huidige wettekst afdoende is om in deze gevallen tot heffing van belasting te kunnen komen. In de wetenschappelijke literatuur is er discussie over een formulering in de desbetreffende fictiebepaling die erop neerkomt dat het genotsrecht moet zijn ontstaan in verband met een rechtshandeling waarbij de overledene partij was. Dit geeft aanleiding tot veel juridisch getouwtrek, bijvoorbeeld over de vraag of de overledene, al dan niet in het kader van de afwikkeling van een testament van de insteller van de last, zelf partij is geweest bij een rechtshandeling. Deze vraag is echter voor de kerngedachte van de fictiebepaling niet van belang. Het gaat immers niet om de formele weg die is gevolgd, maar om het eindresultaat. Voorgesteld wordt de desbetreffende fictiebepaling, het gaat hier om artikel 10 van de Successiewet 1956, zodanig aan te passen dat voortaan zonneklaar is dat er in dergelijke gevallen sprake is van een (fictieve) verkrijging.”

De heffing komt weer in het gareel. Goed werk, deze papieren truc mag niet opgaan. Of het de schatkist flink zal vullen, betwijfel ik, zoals reeds opgemerkt. De belehrende notaris, die betrokken is bij het testament, zal zeker, gelet op de vele nadelen die aan het ik-opa-testament kleven, zo vaak op de rem hebben kunnen staan, dat het testament

redelijk zeldzaam zal zijn. Bovendien blijven er, zo blijkt nu de in te voeren wettekst vaststaat, voor degenen die het niet kunnen laten mogelijkheden bestaan, zij het op minder agressieve wijze.

Voor het aanpakken van het ik-opa-testament zal De Jager wel applaus ontvangen, maar op andere punten verdient zijn wet toch kritiek, zij het dat dit niet op het terrein van de generation skipping ligt. Moeilijk verteerbaar blijft het, bijvoorbeeld, om te zien dat met de nieuwe regeling de langstlevende ouder, in het geval vader en moeder geen testament maken, laat staan een ik-opa-testament, nog steeds bij het overlijden van de eerststervende ouder successierecht verschuldigd is. De Jager heeft gejaagd op groot en zeldzaam wild met hagel en doet niets aan de methode van heffing binnen gezinssituaties.

Hoe het ook zij, het agressieve ik-opa-testament zal een langzame dood sterven, maar het ik-opa denken zal blijven bestaan.

6. ZE BLIJVEN SKIPPEN ...

Het uit successierechtelijke overwegingen overslaan van een generatie zal ondanks het aanpakken van het ik-opa-testament niet van de baan zijn. Regelmatig zien we nog erfgenamen die het jammer vinden dat vader of moeder de kinderen niet heeft overgeslagen ten behoeve van de kleinkinderen. Want ook met het echt overslaan van een generatie - niet slechts op papier - blijven er successierechtelijke voordelen te behalen. Een voorbeeld: opa heeft twee kinderen C en D. Kind D heeft een kind X. D zit er warmpjes bij en is al druk met vermogensoverheveling richting X. A overlijdt. In zijn testament, daterende uit 2003, benoemde hij C en D gezamenlijk en voor gelijke delen tot zijn erfgenamen. Hierbij verklaarde hij de regels van plaatsvervulling (afstammelingen komen op in de plaats van de ouder) van overeenkomstige toepassing.

D verwerpt de nalatenschap met als doel dat x in zijn plaats aan bod komt en dubbele heffing wordt voorkomen. Het is immers beter om één keer een 80%-opslag in tarief te hebben, dan twee keer te betalen. Bovendien zit een eventuele waardestijging van het geërfde vermogen reeds bij de kleinkinderen en hoeft de ‘waardestijging’ niet meer te vererven. Dit betreft als het ware een ‘doe het zelf generation skipping’, een prettigere variant waar de kinderen zelf de controle over hebben. Maar pas op, de wereld van de estate planning zit vol met valkuilen. Zou het testament van opa gemaakt zijn vóór 1 januari 2003, te weten de datum waarop het nieuwe erfrecht werd ingevoerd, dan zou met de onderhavige redactie van de uiterste wil bij verwerping door D geen plaatsvervulling ten behoeve van x optreden doch zou het verworpen aandeel aanwassen bij C. Dit zal niet de bedoeling zijn. Onder het oude recht was plaatsvervulling voor nog levende personen niet aan de orde als dat niet met zoveel woorden aan een plaatsvervullingclausule was toegevoegd. Dit alles houdt verband met het erfrechtelijke overgangsrecht.

Het overslaan van een generatie zal overigens, althans zo hoop ik, niet louter door de fiscaliteit ingegeven zijn. Er zullen immers vele grootouders zijn die, als hun dat gegeven is, de kleinkinderen daadwerkelijk iets willen nalaten om hun leven – althans in financiële zin – wat te vergemakkelijken. Wat de wetgever ook zal bedenken, de kleinkinderen blijven erfrechtelijk in beeld.

8. TOT SLOT

Na het lezen van de overige bijdragen in deze bundel zal in ieder geval de estate planner die te fiscaal gericht is bij het horen van de woorden ‘verschillende generaties’ niet meer automatisch denken aan belastingbesparende erfrechtelijke aangelegenheden. En dat is een zegen.

NOTEN

- 1 Zie stelling 5 behorende bij mijn dissertatie *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, Radboud Universiteit Nijmegen 2005, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, nr. 3, Kluwer Deventer 2005.
- 2 Zie over het fenomeen estate planning ook de uitvoerige beschouwingen van Van Mourik, *Estate Planning*, N J B 2007/5. Voor een historisch perspectief: J.S.L.A.W.B. Roes, *Rechtsgeschiedenis en estate planning, met een exposé over de 'Erf-maeckings-Konst' en de Nederlandse notaris in de zeventiende eeuw*, Tijdschrift *Erfrecht* 2007/3.
- 3 Met een tweetrapsmaking kan de erflater als het ware meerdere keren over het te vererven vermogen beschikken.
- 4 Of, vanzelfsprekend, het 'ik-oma-testament'. Uitvoerig over de 'ik-opa-achtigen' B.M.E.M. Schols, F.W.J.M. Schols, H.W.P.M. Peeters, *Handboek Estate Planning*, Kluwer Deventer.
- 5 Art. 24 Successiewet 1956, tarief 2009. Deze bedragen wijzigen jaarlijks.
- 6 Art. 4:9 BW en art. 4:56 lid 1 BW.
- 7 Art. 1:2 BW.
- 8 Art. 4:130 BW.
- 9 Art. 4:56 lid 1 BW bepaalt dat de bestaanseis slechts geldt voor erfgenamen en legatarissen.
- 10 Zie hierover uitvoerig F.W.J.M. Schols, *Handboek Erfrecht*, Kluwer, Deventer 2006, p. 196 e.v.
- 11 Art. 1:207 BW.
- 12 F.W.J.M. Schols, *Estate planning? Een generalistisch specialisme Van de Embryowet tot de wet studiefinanciering 2000*, *Ars Aequi*, december 2007 en F.W.J.M. Schols, *Postmortale inseminatie en het ongeborn kind; een lastige bevoordeling?*, *Nieuw Erfrecht* 2006, nr. 3.
- 13 De forfaitaire rendementsheffing over het overige vermogen (art. 5.1 e.v. Wet inkomstenbelasting 2001).
- 14 Art. 3.17 lid 2 van de Wet studiefinanciering 2000. Zie, bijvoorbeeld, *Rechtbank Amsterdam* 24 augustus 2006, LJN AY6948.

- 15 Dit doet denken aan accijns op alcoholische dranken.
- 16 Memorie van Toelichting, p. 4, 31 930, Wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten (vereenvoudiging bedrijfsopvolgingsregeling en herziening tariefstructuur in de Successiewet 1956, alsmede introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen in de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Successiewet 1956).
- 17 Er is nog niet geheel duidelijk in welke gevallen.
- 18 P. 19, Zie noot 13.