

Het nieuwe erfrecht: wat moet/mag/kan, nu en na 1/09/2018?

Op 1 september werd de wet tot wijziging van het erfrecht¹ gepubliceerd. Net zoals duizenden studenten een jaar de tijd hebben om hun nieuwe leerstof te doorploegen, hebben “estate planners” in de ruime zin van het woord één jaar de tijd om het nieuwe erfrecht onder de knie te krijgen. Eindexamen wordt afgelegd op 1 september 2018 wanneer het nieuwe erfrecht in werking treedt. Tijd voor een “tweede zit” is er echter niet, niet in het minst omdat in het komende jaar in bepaalde dossiers al effectief actie ondernomen moet worden. Wordt bijvoorbeeld beslist om een verklaring voor een notaris af te leggen zodat de oude regels van toepassing blijven op reeds gedane schenkingen? En is het opportuun om nog voor 1 september 2018 te schenken onder de oude regeling, dan wel te wachten tot na 1 september 2018 op de nieuwe regelgeving?

Om de implicaties van het nieuwe erfrecht volledig in kaart te brengen, is het bovendien noodzakelijk om ook de link met de schenk- en erfbelasting te leggen. Indien bijvoorbeeld effectief beslist wordt om de reeds gedane schenkingen onder de oude regels te laten vallen, heeft dat dan ook een fiscale impact? En houdt het sluiten van een globale erfovereenkomst naast civielrechtelijke, ook fiscale gevaren in? Meer algemeen rijst tevens de vraag of de actuele schenk- en erfbelasting wel aangepast is aan dit nieuwe erfrecht. Hoe zal de Vlaamse Belastingdienst bijvoorbeeld het voortgezet vruchtgebruik in hoofde van de langstlevende of de erfenissprong ten voordele van de (klein)kinderen kwalificeren en desgevallend belasten?

Deze wetswijziging is de meest ingrijpende vernieuwing op civiel vlak in meer dan 200 jaar, en heeft dus veel meer impact dan de loutere verhoging van het beschikbaar deel tot de helft van de nalatenschap. Om het nieuwe erfrecht, de bestaande fiscaliteit en de verhouding tussen deze beide te doorgronden, zullen ongetwijfeld meerdere studienamiddagen nodig zijn.

Om alvast een eerste richting te geven, belichten we hierna kort enkele relevante aandachtspunten voor schenkingen, de (nieuwe) globale erfovereenkomst en de erfenissen.

1. SCHENKINGEN

1.1. SCHENKINGEN VAN AANDELEN VAN FAMILIALE VENNOOTSCHAPPEN

Eén van de krachtlijnen van het nieuwe erfrecht is de wijziging van de regels met betrekking tot de erfrechtelijke reserve. Zo wordt onder meer de reserve in natura vervangen door een reserve in waarde. Tevens gebeurt de waardering van schenkingen met het oog op de inbreng en de inkorting voor overlijdens vanaf 1 september 2018 op basis van de intrinsieke waarde van de geschonken goederen **op dag van de schenking** (in plaats van op datum van overlijden), evenwel geïndexeerd met de index der consumptieprijzen tot op dag van het overlijden.

¹ Wet 31/07/2017 tot wijziging van het BW wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen, B.S. 1 september 2017.

Aangezien de waardering op dag van de schenking (zij het geïndexeerd) in het nieuwe erfrecht de regel wordt, werd de specifieke regeling voor de schenkingen van familiebedrijven (artikel 922 lid 2 B.W.) geschrapt. Bij de grondwettigheid van deze bijzondere regeling werden reeds vragen gesteld, in de rechtsleer, maar ook in de Memorie van Toelichting bij het ingetrokken eerste wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek.²

Belangrijk is echter dat op deze principiële regel van waardering op dag van de schenking een **uitzondering** is voorzien in geval de schenking plaatsvindt met **voorbehoud van vruchtgebruik**. In dat geval gebeurt de inbreng *wel nog steeds op datum van overlijden of op datum van afstand van het vruchtgebruik (geïndexeerd vanaf deze datum tot de datum van overlijden)*.

Nemen we het **voorbeeld** van Bart, 60 en vader van 3 zonen. Hij wil de aandelen van zijn familiale vennootschap schenken aan zijn twee zonen die de drijvende krachten van het bedrijf zijn. Bart wenst zich evenwel het vruchtgebruik voor te behouden om zijn huidige levensstandaard te kunnen behouden. Op vandaag zijn de aandelen 100 waard, bij het overlijden van Bart per hypothese 150.

Op vandaag dienen de twee zonen de aandelen in te brengen aan een waarde van 100, zijnde de waarde op datum van de schenking. Dat is enigszins logisch: het feit dat de aandelen met 50 in waarde gestegen zijn, kan toegeschreven worden aan de inspanningen van de twee actieve zonen. Het is dan ook zeer verdedigbaar dat deze waardestijging alleen hun toekomt en niet gedeeld moet worden met de derde, niet-actieve zoon.

In het nieuwe erfrecht moeten de twee zonen de aandelen, gelet op het voorbehoud van vruchtgebruik, inbrengen aan de waarde op datum van overlijden van Bart, zijnde 150. De inspanningen van de twee actieve zonen die resulteren in 50 waardestijging zullen dus in dit geval wél gedeeld moeten worden met de derde niet-actieve zoon. De twee actieve zonen zijn dus, hoewel er bij de bijzondere regeling van artikel 922 lid 2 B.W. vragen gesteld kunnen worden in het licht van de grondwettigheid, slechter af onder de nieuwe regeling.

Kan Bart voorkomen dat de nieuwe regeling van toepassing wordt op de schenking die hij gedaan heeft voor 1 september 2018 en de waarde van de schenking vastklikken op de waarde op datum van de schenking? Ja, in dat geval moet hij vóór 1 september 2018 een verklaring voor notaris afleggen, doch hierdoor maakt hij de oude regels toepasselijk op *alle* schenkingen (dus ook bijvoorbeeld op schenkingen van andere roerende of onroerende goederen) die reeds gedaan zijn. Een afweging van alle belangen en nazicht van het volledige dossier zijn hier dus noodzakelijk.

Is voor deze problematiek een oplossing onder het nieuwe erfrecht uitgewerkt? Ook hier is er een oplossing mogelijk onder de vorm van een punctuele erfovereenkomst, in de schenkingsakte of bij latere overeenkomst, waarin de waarde op de dag van de schenking wordt vastgeklikt. Hiertoe is wel het akkoord vereist van Bart en van *al zijn kinderen*, dus inclusief de derde zoon die initieel niet bij de schenking betrokken was. Zoniet geldt de vastgeklikte waarde op dag van de schenking voor de derde zoon niet. Het akkoord verkrijgen van de derde niet-actieve zoon zal bij een goede familiale verstandhouding misschien geen probleem vormen, maar bij een minder goede verstandhouding uiteraard wel en mogelijks de twist nog verder doen oplaaien. Naast de juridische werkelijkheid, winnen hier dus ook timing en psychologie aan belang.

² Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het erfrecht ingediend door mevrouw Martine Taelman en c.s. ingediend op 5 augustus 2013, Doc. Senaat 5-2207/1, zitting 2012-2013, p.30

En wat nu als door deze schenking van Bart aan de twee actieve zonen **de reserve van de derde zoon** geschonden wordt? Onder de huidige regeling heeft hij dan recht op de aandelen van het familiebedrijf zelf (reserve in natura), terwijl onder het nieuwe recht hij enkel een aanspraak op de waarde en dus een vorderingsrecht heeft (reserve in waarde). Gelet op de wens van Bart spreekt dit dan weer in het voordeel van het nieuwe erfrecht, althans indien de twee actieve zonen over voldoende middelen beschikken.

De keuze voor een schenking van een familiebedrijf vóór of na 1 september 2018 en al dan niet met voorbehoud van vruchtgebruik is dus complex en delicaat, niet langer enkel op fiscaal vlak, gelet op het huidige [Standpunt 15004](#) van Vlabel, maar bovendien én voornamelijk ook op civiel vlak.

1.2. SCHENKINGEN GEDAAN ONDER LAST TOT INBRENG IN NATURA

In bepaalde, vaak internationale dossiers (bijvoorbeeld met een Frans, Nederlands of Amerikaans aanknopingspunt) wordt om uiteenlopende redenen geopteerd om bijvoorbeeld alle 100 aandelen van een vennootschap of alle 100 deelbewijzen van een burgerlijke maatschap te schenken aan 1 kind, evenwel met verplichting tot inbreng in natura in de nalatenschap van de schenker. Bij het overlijden van de schenker verkrijgt het andere kind dan door deze inbreng in natura “zijn” 50 aandelen of deelbewijzen.

In de initiële teksten werd de werking van deze schenking onder last tot inbreng in natura *de facto* tenietgedaan. De inbreng diende immers steeds in waarde te gebeuren, zonder enige uitzondering, ook niet voor reeds verleden schenkingsakten waarin deze last tot inbreng in natura was opgenomen.

In de laatste amendementen werd voor deze reeds gedane schenkingen gelukkig in een overgangsregeling voorzien. Schenkingen gedaan vóór 1 september 2018 waarin uitdrukkelijk bepaald is dat zij gebeurd zijn onder de last tot inbreng in natura, zullen bij een overlijden van de schenker na 1 september 2018 ook nog steeds in natura (dus de aandelen zelf) ingebracht moeten worden in zijn nalatenschap. Het kind dat niet betrokken was bij de initiële schenking verkrijgt dus nog steeds “zijn” deel van de goederen in natura. De reeds uitgevoerde schenkingen houden dus gelukkig ook nog stand onder het nieuwe erfrecht.

Voor (internationale) dossiers waar deze techniek van nut kan zijn, is het wel zaak om de vermogensplanning nog vóór 1 september 2018 af te ronden. Nadien wordt onherroepelijk overgeschakeld naar een inbreng in waarde, zonder enige uitzondering.

1.3. SCHENKINGEN GEDAAN VOOR HET HUWELIJK

Het huidige artikel 858bis B.W. wordt, voor schenkingen gedaan na 1 september 2018, vervangen door een nieuwe variant onder de vorm van een “voortgezet vruchtgebruik” ten voordele van de langstlevende echtgenoot. Hoe de rechtsfiguur van het voortgezet vruchtgebruik civiel en fiscaal gekwalificeerd moet worden is op dit moment nog onduidelijk.

Belangrijk hierbij is wel reeds op te merken dat de langstlevende echtgenoot bij een overlijden na 1 september 2018 niet langer het (erfrechtelijk) vruchtgebruik zal kunnen uitoefenen over de goederen die de andere echtgenoot met voorbehoud van vruchtgebruik geschonken heeft vóór het huwelijk. Een ophijsting dient dus gemaakt te worden van alle schenkingen voor het huwelijk om te bepalen welke rechten de langstlevende echtgenoot heeft. Indien het de bedoeling is dat de langstlevende over bepaalde goederen wel het vruchtgebruik verkrijgt, dient hieraan op andere wijze (bijvoorbeeld door schenking, rekening houdend met de fiscale impact) geredieerd te worden.

2. DE GLOBALE ERFOVEREENKOMST

Een van de belangrijkste vernieuwingen van het nieuwe erfrecht ligt in de versoepeling van het huidige verbod om over toekomstige nalatenschappen overeenkomsten te sluiten. Op vandaag geldt er een principiële verbod op het sluiten van overeenkomsten betreffende niet-opengevallen nalatenschappen. In specifieke gevallen (zoals bijvoorbeeld de contractuele erfstelling ten voordele van de langstlevende echtgenoot of de clause Valkeniers in een huwelijkscontract) laat de huidige wet een uitzondering toe, doch deze uitzonderingen zijn eerder beperkt.

Vanaf 1 september 2018 hebben ouders de mogelijkheid om bij leven reeds een globale overeenkomst over hun nalatenschap af te sluiten met hun vermoedelijke erfgenamen in rechte nederdalende lijn, zijnde in principe al hun kinderen. Met deze mogelijkheid beoogt de wetgever uiteraard om toekomstige twisten tussen erfgenamen te voorkomen en de ouders gemoedsrust te bezorgen. Belangrijk hierbij op te merken is dat deze overeenkomst enkel kan afgesloten worden tussen ouder(s) en zijn vermoedelijke erfgenamen in rechte nederdalende lijn, dus bijvoorbeeld niet tussen broers. Dit is een nadeel voor bijvoorbeeld echtparen zonder kinderen die hun nalatenschap ook definitief wensen te regelen met hun broers en zussen.

Wat houdt deze globale erfovereenkomst precies in? De wettekst bepaalt dat deze overeenkomst het bestaan van een **(subjectief) evenwicht** vaststelt tussen de ouder (of ouders gezamenlijk) en al zijn kinderen. Voor het vaststellen van dit subjectief evenwicht wordt onder meer rekening gehouden met:

- ▶ De schenkingen die de ouder hen als voorschot op erfdeel of bij vooruitmaking heeft gedaan, hetzij vóór de ondertekening van de globale erfovereenkomst, hetzij in de globale erfovereenkomst zelf;
- ▶ De situatie van elk van de kinderen;
- ▶ Indien partijen dit overeenkomen, andere voordelen (zoals bijvoorbeeld in het buitenland studeren, gratis bewonen van de ouderlijke woning) die hetzij vóór de ondertekening van de globale erfovereenkomst, hetzij in de globale erfovereenkomst aan de kinderen worden toegekend.

Indien dit subjectief evenwichtig blijkt te zijn, kunnen de ouders en hun kinderen dus overeenkomen dat de aandelen van het familiebedrijf worden toebedeeld aan de bedrijfsactieve zonen en de aandelen van de patrimoniumvennootschap en de overige roerende waarden aan de niet-actieve zoon. Door ondertekening van deze globale erfovereenkomst verzaakt elke zoon aan de vordering tot inkorting en de mogelijkheid tot inbreng van de giften waarop de overeenkomst betrekking heeft.

Deze overeenkomst heeft dus verregaande gevolgen, vandaar dat garantiemechanismen werden ingebouwd zoals de verplichte tussenkomst van een notaris en een wachtperiode van één maand vanaf de dag waarop de voorbereidende vergadering heeft plaatsgevonden en de effectieve ondertekening.

Niettemin zal een zware verantwoordelijkheid rusten op de notaris gelast met het opstellen van een dergelijke globale erfovereenkomst. Het vaststellen van het subjectief evenwicht zal vaak al geen evidentie zijn, een niet volgens de regels van de kunst geredigeerde erfovereenkomst zal bovendien zwaar worden gesanctioneerd, zowel vanuit civiel oogpunt als vanuit fiscaal oogpunt.

2.1. VERMELDING ALLE SCHENKINGEN

In de globale erfovereenkomst moeten alle huidige en vroegere schenkingen en voordelen worden opgenomen waarmee partijen rekening hebben gehouden om het evenwicht te bereiken. Tevens is het verplicht hieraan een waardering te geven die voor de partijen definitief is.

Dat is civielrechtelijk zeer logisch gelet op het evenwicht dat beoogd wordt, maar heeft dat ook een fiscale impact? De erfovereenkomst moet opgesteld worden bij notariële akte. In de wet wordt niet gemeld dat dit verplicht een Belgische notaris moet zijn, doch uit de logica blijkt dat dit de meest voor de hand liggende optie is. Een Belgische notariële akte moet echter steeds geregistreerd worden. Wat als in deze akte niet-geregistreerde hand- en bankgiften zijn opgenomen van de ouder aan zijn kinderen of akten verleden voor buitenlands notaris, bijvoorbeeld schenkingen van 2, 5 of 10 jaar geleden? Is dan bij de registratie van de globale erfovereenkomst schenkbelasting verschuldigd? Over de vermelding van eerder gedane niet-geregistreerde schenkingen in een Belgische notariële akte is reeds veel inkt gevloeid en zijn tevens procedures over aanhangig gemaakt.

De Memorie van Toelichting stelt hierover dat deze vermelding de heffing van de schenkbelasting niet rechtvaardigt aangezien partijen met de vermelding geen titel van heffing wensen te creëren. Of Vlabel deze (federale) visie zal volgen is evenwel nog af te wachten, vermits deze ingaat tegen de huidige benadering in de praktijk. Hier zou het zeer wenselijk zijn dat voorafgaand een duidelijk standpunt wordt ingenomen om te vermijden dat diegenen die een erfovereenkomst afsluiten geconfronteerd worden met een onverwacht aanslagbiljet.

Kan dan toch geen beroep gedaan worden op bijvoorbeeld een Nederlandse notaris? Deze is uiteraard veel minder vertrouwd met het Belgische recht waardoor bijkomend advies en begeleiding absoluut noodzakelijk is, zeker gelet op de sanctie van absolute nietigheid (zie verder). Bovendien moet de globale erfovereenkomst ingeschreven worden in het Centraal Register voor Testamenten. Ook de praktische haalbaarheid dient dus, wellicht in samenspraak met een Belgische collega notaris, te worden afgestemd.

2.2. ABSOLUTE NIETIGHEID

Elke erfovereenkomst die niet door de wet voorzien is, is absoluut nietig. Dit geldt eveneens voor een toegelaten erfovereenkomst die niet volgens de regels van de kunst (onder meer notariële akte, wachtperiode, vereiste subjectieve evenwicht voor een globale erfovereenkomst) is opgesteld.

De sanctie is dus zeer zwaar en alles vernietigend. Ook na het overlijden van de ouder, zullen de kinderen zich dus wellicht niet kunnen beroepen op de afgesloten erfovereenkomst. Hoewel dit als een beschermingsmaatregel beoogd is, rijst de vraag of dergelijke zware sanctie wel de meest optimale bescherming en beoogde gemoedsrust biedt.

Absolute nietigheid impliceert immers ook dat elke belanghebbende, en dus ook de fiscale administratie, de nietigheid kan inroepen. Wat indien de nietige globale erfovereenkomst werd afgesloten 1 jaar voor het overlijden en 3% schenkbelasting (indien dat de visie van de fiscale administratie zou zijn, zie hoger) werd betaald over een in de erfovereenkomst gedane schenking? Kan over deze schenking dan nog erfbelasting geheven worden, al dan niet met verrekening van de reeds betaalde schenkbelasting? Naar onze mening is dat niet mogelijk, maar ook hier is het afwachten welk standpunt Vlabel zal innemen.

3. ERFENISSEN

3.1. OMZETTING VAN VRUCHTGEBRUIK

Bij het overlijden van een echtgenoot, komt het vruchtgebruik op de hele nalatenschap in de regel toe aan de langstlevende echtgenoot, de kinderen verkrijgen de blote eigendom.

Bij een eerste huwelijk hebben de kinderen er wellicht weinig problemen mee dat hun moeder de gezinswoning blijft bewonen, dat zij de huuropbrengsten int van het appartement aan de kust of het stemrecht uitoefent verbonden aan de aandelen van de patrimoniumvennootschap.

Bij een tweede huwelijk en niet-gemeenschappelijke kinderen is deze situatie vaak al delicaat. Hier is het niet ondenkbeeldig dat de tweede echtgenote en de kinderen uit het eerste huwelijk na het overlijden van hun echtgenoot/vader hun, soms enigszins gedwongen, relatie zo snel mogelijk wensen te beëindigen.

Om in te spelen op deze realiteit van nieuw-samengestelde gezinnen, wordt in het nieuwe wetboek voorzien in een buitengerechtelijk omzettingsrecht voor zowel de langstlevende tweede echtgenoot als de niet-gemeenschappelijke kinderen. Belangrijk is dat het omzettingsrecht enkel wordt toegekend aan niet-gemeenschappelijke kinderen: bij aanwezigheid van gemeenschappelijk en niet-gemeenschappelijke kinderen kunnen enkel de niet-gemeenschappelijke kinderen gebruik maken van hun recht van omzetting.

Indien de langstlevende of een niet-gemeenschappelijk kind de omzetting van het vruchtgebruik op zekere wijze vraagt (hiertoe moet dus niet naar de rechtbank worden gestapt), zal de omzetting moeten plaatsvinden. Ieder krijgt in dat geval - behoudens afwijkende overeenkomst - een onverdeeld aandeel van de nalatenschap in volle eigendom. Ieders aandeel wordt in de regel bepaald op basis van de civiele sterftetabellen die jaarlijks gepubliceerd worden door de Minister van Justitie en rekening houdend met de leeftijd van de vruchtgebruiker op datum van het eerste verzoek tot omzetting. In geval van betwisting zal desgevallend alsnog naar de familierechtbank worden gestapt, maar deze kan de omzetting niet weigeren. Hier blijft, zoals vandaag, wel een belangrijke uitzondering van toepassing:

- ▶ De langstlevende behoudt het vetorecht over de omzetting van het vruchtgebruik op de gezinswoning en de daarin aanwezige huisraad.

Voor nieuw samengestelde gezinnen waar ongewild een situatie van vruchtgebruik/blote eigendom ingevolge het overlijden van de eerste echtgenoot zal bestaan, zal deze situatie dus nu op een eenvoudige manier en hopelijk zonder betwistingen beëindigd kunnen worden.

* * *

Uit de hoger gegeven voorbeelden is eens te meer gebleken dat de regelgeving, nu en na 1 september 2018, zeer complex is. Een studieperiode van één jaar lijkt misschien lang, doch uitstel heeft meestal een negatieve impact op de slaagkansen. Een “proefexamen” onder de vorm van een tijdige doorlichting van uw dossier kan ongewenste gevolgen voorkomen. Wij kijken dan ook graag samen met u naar de civiele en fiscale impact op uw dossier om tijdig en waar nodig het een en ander bij te sturen.

Voor meer informatie omtrent het nieuwe erfrecht en aangaande de civiele en fiscale impact op uw dossier, kunt u contact opnemen met:

Murielle Gijbels – Senior Associate: murielle.gijbels@tiberghien.com

Alain Van Geel – Partner: alain.vangeel@tiberghien.com