

Erfrechtelijke geschillen
Mr. dr. G.T.J. Hoff
Belastingheffing bij overlijden en schenking

Inhoudsopgave	
1.	Inleiding 2
2.	Het belastbare feit voor de erfbelasting 4
3.	Het belastbare feit: de woonplaats van de erflater 7
4.	Het belastbare feit: de erfrechtelijke verkrijgingen 9
5.	Bepalingen in testamenten met fiscale achtergrond 15
6.	Het belastbare feit voor de schenkbelasting 21
7.	Maatstaf van heffing 25
7.1.	Waardering 25
7.2.	Waardering van periodieke uitkeringen en vruchtgebruik 28
7.3.	Waardering van een legaat van een woning tegen inbreng 33
7.4.	Schenkbelasting en waardering van de woning 34
8.	Nabijen en overigen 36
8.1	Het partnerbegrip 37
8.2	Het kindbegrip 41
9.	Tarief 44
10.	Vrijstellingen voor de erf- en schenkbelasting 46
10.1.	Vrijstellingen voor de erfbelasting 47
10.2.	Pensioenimputatie 49
10.3.	Vrijstellingen voor de schenkbelasting 50
11.	Het belastbare feit opnieuw: de fictieve erfrechtelijke verkrijgingen 52
11.1.	Inleiding 52
11.2.	Algemene regels voor fictiebepalingen 53
11.3.	Afstand van de gemeenschap 54
11.4.	Post-it bepaling 55
11.5.	Bestrijding van de uitholling van de nalatenschap door bovenmatige rente 55
11.6.	Omzetting van eigendom in genot 59
11.7.	Verblijvings- en overnemingsbedingen, schuldigerkenning onder voorwaarde van overleven en ongelijke verdeling huwelijksgoederengemeenschap 69
11.8.	Uitkeringen krachtens levensverzekering 76
11.9.	Waardestijging van aandelen in een pensioenvennootschap als gevolg van overlijden van de pensioengerechtigde 82
12.	Het belastbare feit voor de schenkbelasting opnieuw: fictieve schenkingen 84

12.1. Verblijvings- en overnemingsbedingen	84
12.2. Schenkingen op het sterfbed en postume schenkingen	85
12.3. Renteloze, direct opeisbare lening	86
13. Erfrechtelijke verkrijgingen en schenkingen onder voorwaarden	87
13.1. Erfrechtelijke verkrijgingen onder voorwaarde	87
13.2. Schenkingen onder voorwaarde	92
14. Bedrijfsopvolgingsregeling	94
14.1. Inleiding	94
14.2. Waardering van kwalificerend ondernemingsvermogen	100
14.3. Bezitseis: de erflater of schenker	103
14.4. Onderneming: het object van de verkrijging	106
14.5. Voortzettingseis: de verkrijger	115
14.6. Verdeling van de nalatenschap en de huwelijksgemeenschap	117
14.7. Schenking van ondernemingsvermogen	118
14.8. Wijzigingen van de bedrijfsopvolgingsregeling	120
15. Aangifte en aanslag	121
16. Belastingrente en invorderingsrente	123
17. Overdrachtsbelasting, boedelmenging en verdeling	124

1. Inleiding

Op grond van de Successiewet 1956 worden twee belastingen geheven. Bij de heffing van deze belastingen wordt aangeknoopt bij een bijzondere vermogensmutatie, een overgang van vermogensbestanddelen van de ene persoon naar een andere persoon. We spreken in dit verband van het zogeheten ‘belastbare feit’. In de eerste plaats handelt het om de heffing van *erfbelasting* (voorheen successierecht geheten), die wordt geheven over de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde (art. 1 lid 1 onder 1° SW). In de tweede plaats handelt het om de heffing van *schenkbelasting* (voorheen schenkingsrecht geheten). Deze belasting wordt geheven over de waarde van al wat krachtens schenking wordt verkregen van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woonde (art. 1 lid 1 onder 2° SW). Het opleggen van een aanslag erfbelasting of schenkbelasting gebeurt door de Belastingdienst, nadat daarvan door de verkrijger eerst aangifte is gedaan. Art. 36 SW bepaalt dat de belasting geheven wordt van de verkrijger. De belastingheffing naar aanleiding van overlijden of schenking is daarmee een *verkrijgingsbelasting*.

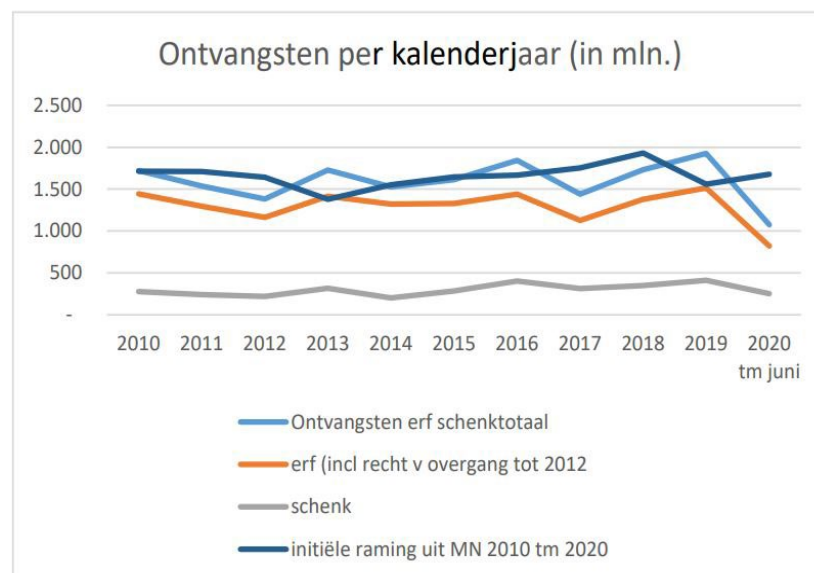
Uit de parlementaire geschiedenis van de Successiewet is op te maken dat een aantal rechtsgronden wordt aangevoerd om de heffing van erfbelasting en schenkbelasting te legitimeren. Deze rechtsgronden liggen mede ten grondslag aan de (vormgeving van de) tariefstructuur van de Successiewet. Te noemen zijn: (i) het draagkrachtbeginsel en (ii) het buitenkansbeginsel. Het *draagkrachtbeginsel* is te onderkennen in het uitgangspunt dat een erfrechtelijke verkrijging of een schenking een toename van de draagkracht van de

verkrijger inhoudt, waarover belasting kan worden geheven. Naarmate de verkrijging groter is, neemt de draagkracht toe en kan ook het belastingtarief hoger worden. Dit wordt aangeduid als de eerste progressie. De sterkste schouders dragen aldus de zwaarste lasten. De andere rechtsgrond is het *buitenkansbeginsel*. De toename van het vermogen als gevolg van een erfrechtelijke verkrijging of een schenking is in zekere zin te beschouwen als een buitenkans die een extra heffing rechtvaardigt.¹ Bij een erfenis of een schenking gaat het om een voordeel dat iemand toevalt, zonder dat daarvoor arbeid is verricht. Het buitenkansbeginsel komt tot uitdrukking in de indeling in tariefgroepen. Deze buitenkans is namelijk afhankelijk van de mate van verwantschap tussen de erflater en de schenker enerzijds en de erfgenaam en de begiftigde anderzijds. Het leidt tot een indeling van de verkrijgers in twee categorieën: 'nabijen' en 'overigen'. Naarmate de verwantschap zwakker is, wordt het tarief hoger. Dat wordt de tweede progressie genoemd. In de tariefstructuur komt tevens de *verzorgingsgedachte* tot uitdrukking. Hierdoor is er een hogere vrijstelling in de erfbelasting voor de partner (de partnervrijstelling) en gelden lagere tarieven voor de partner en de kinderen (de 'nabijen').

De erf- en schenkbelasting zal door de één de meest gehate belasting genoemd worden, maar door een ander getypeerd worden als de meest sociale belasting. Een sociale belasting, omdat het financiële voordeel dat door een schenking (als voorschot op de erfenis) of een erfrechtelijke verkrijging wordt genoten middels de erf- en schenkbelasting wordt afgeroomd.

De Successiewet heeft per 1 januari 2010 onder leiding van de toenmalige staatssecretaris van Financiën Jan Kees de Jager een ingrijpende wijziging ondergaan.² De sleutelwoorden voor deze moderniseringsoperatie waren: eenvoud, toegankelijkheid en evenwichtigheid van de successiewetgeving.

Het belang van de erf- en schenkbelasting voor de rijksschatkist kan met de volgende grafiek geïllustreerd worden.



Grafiek 1: Ontvangsten in mln. per kalenderjaar

¹ Vgl. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 6, alwaar wordt gesteld: "Wat de rechtsgrond betreft is vooral de gedachte doorslaggevend dat het gerechtvaardigd is belasting te heffen over vermogen dat iemand zomaar, zonder het leveren van inspanning is toegevalen."

² *Kamerstukken* 31 930.

Het overzicht is ontleend aan het Onderzoeksrapport 'Ontwikkeling raming en realisatie Schenk- en Erfbelasting' van 11 november 2020 van de Auditdienst Rijk van het ministerie van Financiën. Hieruit blijkt dat met de erfbelasting het grootste financiële belang is gemoeid (ca. € 1,5 miljard per jaar). Het belang van de schenkbelasting is geringer. De daling van de belastingopbrengst in de laatste jaren is toe te schrijven aan de automatiseringsperikelen van de Belastingdienst.

Politiek staat de erfbelasting in de belangstelling, omdat de vermogensongelijkheid in Nederland is toegenomen.³ Breed wordt de wens gedeeld om deze ongelijkheid te verkleinen. Schenkingen en erfenissen zetten de ongelijkheid generatieslang voort. Met behulp van de Successiewet zouden deze verschillen verkleind kunnen worden. Dat kan gebeuren door tariefsverhoging of afschaffing van de jubelton van € 106.671 (2022) die belastingvrij voor een eigen woning mag worden geschonken.⁴ Ook gaan er stemmen op om de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) af te schaffen of deze te versoberen. De BOR stelt ondernemingsvermogen tot ca. € 1,3 miljoen (2024) vrij van erf- en schenkbelasting. Boven dat bedrag is 83% van het ondernemingsvermogen vrijgesteld en kan voor 17% gedurende tien jaar rentedragend betalingsuitstel worden verkregen. Het is reëel om aan te nemen dat lastenverzwaring in de erf- en schenkbelasting de aankomende jaren boven de markt hangt.

Bijzondere aandacht voor de erfbelasting mag in een verhandeling over erfrechtelijke geschillen niet ontbreken. Een schikking treffen op de gang van de rechtbank is voor de erfrechtadvocaat niet mogelijk zonder enige basiskennis van de Successiewet. Wat betekent de uitkomst van een schikking in dit geval voor de door de cliënt verschuldigde erfbelasting? Blijven we met de uitkomst van de schikking nog binnen een vrijstelling (§ 10)? Is de cliënt mogelijk aan te merken als een erfrechtelijke partner (een 'nabije'), waarvoor een ruime partnervrijstelling geldt (§ 8)? Wordt het schikkingsbedrag getroffen met de schappelijke tarieven voor 'nabijen' (10% en 20%) of dient rekening gehouden te worden met de forse tarieven voor 'overigen' (30% en 40%) (§ 9)?

Ook om een andere reden dient de erfrechtadvocaat kennis te hebben van de Successiewet. Hedendaagse testamenten zijn niet goed te begrijpen zonder enige kennis te hebben van de successierechtelijke kant van het erfrecht. Denk bijvoorbeeld aan de ventieltechniek (art. 1 lid 3 SW) of de quasi-wettelijke verdeling van de nalatenschap met breukdelen van 1/100.000 van de erfenis ten behoeve van de langstlevende (§ 5). Die bepalingen komen in fiscaal gestuurde testamenten voor. Enige basiskennis van de Successiewet zal ongetwijfeld behulpzaam of zelfs onmisbaar zijn bij de uitleg van deze testamenten.

2. Het belastbare feit voor de erfbelasting

De erfbelasting wordt geheven over de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde, aldus de omschrijving van het belastbare feit in art. 1 lid 1 onder 1° SW. Onderdelen van deze omschrijving van het belastbare feit zijn: (i) een verkrijging krachtens

³ Zie bijvoorbeeld Het Financieele Dagblad van 21 maart 2021 (Verhoging erfbelasting is perfecte politieke uitruil).

⁴ Het kabinet Rutte IV heeft ervoor gezorgd dat de jubelton per 2024 is komen te vervallen. In 2023 bedroeg de vrijstelling voor de eigen woning maximaal € 28.947.

erfrecht (§ 4), (ii) die afkomstig is van iemand met een woonplaats in Nederland ten tijde van het overlijden (§ 3). Daarnaast moet aandacht besteed worden aan het gegeven dat alleen een netto-verkrijging voor de heffing van erfbelasting in aanmerking komt.

Erfrechtelijke verkrijging

Het vertrekpunt voor de heffing van erfbelasting op grond van de Successiewet is een civielrechtelijke verkrijging krachtens erfrecht (art. 1 lid 1 onder 1° SW). Gelijk bekend, is het erfrecht geregeld in Boek 4 BW. De Successiewet is daarmee een civielrechtelijke heffingswet. Die erfrechtelijke verkrijging kan krachtens het versterkerrecht en/of het testamentair erfrecht zijn. De verkrijging kan zijn een erfstelling, een legaat, één of meer andere wettelijke rechten (zoals een verzorgingsvruchtgebruik voor de langstlevende of het *salaire différé* voor een kind dat zonder adequate vergoeding in het bedrijf van zijn ouder(s) heeft gewerkt), een geldvordering uit hoofde van de wettelijke verdeling van de nalatenschap of een schadevergoedingsvordering uit hoofde van de legitieme portie. Zie § 4 voor een overzicht van mogelijke erfrechtelijke verkrijgingen.

Als tijdstip van de erfrechtelijke verkrijging en het ontstaan van de belastingschuld wordt het moment waarop de erflater overlijdt (ofwel het openvallen van de nalatenschap), gehanteerd. Bijzondere bepalingen gelden voor erfrechtelijke verkrijgingen onder (een) voorwaarde(n) (§ 13.1).

Hierna zal blijken dat de wetgever aandacht heeft gehad voor fiscale ontsnappingsroutes, zodat ook *fictieve erfrechtelijke verkrijgingen* met de heffing van erfbelasting belast kunnen worden (§ 11).⁵ Verkrijgingen die economisch sterk lijken op een verkrijging krachtens erfrecht komen daarmee eveneens binnen het bereik van de erfbelasting. Het gaat hier dus zagezegd om 'een doen alsof het erven is'-benadering, maar uitsluitend indien en voor zover daarvoor een afdoende wettelijke grondslag in de Successiewet is aan te wijzen.

Het voorgaande betekent dat de Successiewet in feite 'verdiept' burgerlijk recht is. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de gehanteerde begrippen (zoals verkrijging krachtens erfrecht (erfopvolging), schenking en verdeling) alsook uit de nauwe samenhang die er bestaat tussen diverse bepalingen uit de Successiewet en de regeling van de quasi-legaten in Boek 4 BW (art. 4:126 BW).⁶ Het gaat daarbij om quasi-erfrecht, te weten contractuele regelingen, niet zijnde uiterste wilsbeschikkingen, maar die in hun feitelijke uitwerking lijken op erfrecht (zoals de schenking of gift ter zake des doods, het verblijvingsbeding bij overlijden en de overeenkomst van levensverzekering).

Gesignaleerd wordt hier nog dat rondom het overlijden van de erflater en de erfopvolging door de erfgenamen andere fiscale wetten in beeld kunnen komen. Verkrijging van onroerend goed is bijvoorbeeld onderworpen aan de heffing van overdrachtsbelasting op grond van de Wet belastingen van rechtsverkeer (Wbr). Een erfrechtelijke verkrijging van onroerend goed is evenwel een uitgezonderde verkrijging (art. 3 Wbr). Te denken valt ook aan de heffing van inkomstenbelasting als gevolg van staking van de onderneming. De Wet

⁵ De fictiebepalingen voor de heffing van erfbelasting en schenkbelasting zijn geregeld in art. 6 t/m art. 17a SW en art. 33 onder 12° SW.

⁶ Zie daarvoor het onderdeel 'In the twilight zone van het erfrecht: de quasi-legaten van art. 4:126 BW'.

op de inkomstenbelasting (IB) kent in dit geval diverse doorschuiffaciliteiten⁷ waarvan de erfgenamen in voorkomend geval gebruik kunnen maken.

Woonplaats

Men hoede zich voor het misverstand dat elke (fictieve) erfrechtelijke verkrijging zonder meer wordt getroffen door de heffing van Nederlandse erfbelasting. Dat misverstand kan gemakkelijk ontstaan doordat de erfbelasting geheven wordt van de verkrijger (art. 36 SW). De verkrijging van een erfenisje van een in Australië wonende tante blijft echter vrij van heffing van Nederlandse erfbelasting. Heffing van Nederlandse erfbelasting is uitsluitend aan de orde indien krachtens erfrecht wordt verkregen van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde. Woonde de erflater ten tijde van het overlijden niet in Nederland, dan zal er door de verkrijger geen erfbelasting verschuldigd zijn. Zie § 3 voor het woonplaatsbegrip van de erflater voor de erfbelasting.

Aftrek van schulden

De erfbelasting wordt geheven over het saldo van de erfrechtelijke verkrijging, oftewel over de netto-verkrijging. Zo bepaalt art. 5 lid 1 SW dat de erfbelasting wordt geheven van hetgeen ieder verkrijgt, eventueel na aftrek van zijn aandeel in de volgens de Successiewet voor aftrek in aanmerking komende schulden, legaten en lasten. Dat schulden of een voor de verkrijging te betalen tegenprestatie (denk aan het legaat tegen inbreng van de waarde) van de erfrechtelijke verkrijging mogen worden afgetrokken, vloeit voort uit het draagkrachtbeginsel (§ 1). Heffing dient uitsluitend plaats te vinden voor zover sprake is van een toename van de draagkracht.

Art. 20 lid 3 SW bepaalt verder dat alleen rechtens afdwingbare schulden van de erflater voor aftrek voor de heffing van erfbelasting in aanmerking komen. Dat betekent dat de kosten van de boedelafwikkeling, het loon van de executeur en dergelijke niet voor aftrek in aanmerking komen, aangezien deze schulden nog niet bestonden ten tijde van het overlijden en dus geen schulden van de erflater kunnen zijn. Hoewel de uitvaartkosten geen schulden van de erflater zijn, mogen deze uitvaartkosten - voor zover deze niet bovenmatig zijn - wél worden afgetrokken van de erfrechtelijke verkrijging (art. 20 lid 1 en 2 SW). Belastingsschulden die nog niet zijn geformaliseerd in een aanslag zijn aftrekbaar, mits deze materieel verschuldigd waren ten tijde van het overlijden van de erflater (art. 20 lid 5 en 6 SW).

Recht van overgang

Tot 1 januari 2010 kende de Successiewet het zogeheten recht van overgang. Het recht van overgang werd geheven over de waarde van in Nederland gelegen situsgoederen, die krachtens erfrecht zijn verkregen van iemand die ten tijde van het overlijden niet in Nederland woonde. Het gaat hier om een combinatie van het territorialiteitsbeginsel (in Nederland gelegen goederen) en het woonplaatsbeginsel (een erflater die niet in Nederland woonde). Nederlandse situsgoederen zijn goederen die een zodanige binding

⁷ De wetgever heeft in bepaalde situaties - zoals bij overlijden - bepaald dat bij de stakende ondernemer niet over de fiscale en stille reserves afgerekend behoeft te worden, maar dat gebruik kan worden gemaakt van geruisloze doorschuiffaciliteiten. Deze faciliteiten voorkomen liquiditeitsproblemen en houden renteloos uitstel van belastingbetaling in.

hebben met ons land, dat Nederland zich ook bevoegd achtte tot heffing van erfbelasting daarover als de erflater in het buitenland woonde bij diens overlijden. Te denken valt bijvoorbeeld aan de vakantiehuisjes in Zeeland die aan Duitsers toebehoren. In verband met Europeesrechtelijke belemmeringen en een zeer beperkte bijdrage aan de totale jaarlijkse opbrengst van de Successiewet is het recht van overgang met ingang van 1 januari 2010 komen te vervallen.

3. Het belastbare feit: de woonplaats van de erflater

Bij de heffing van erfbelasting is de woonplaats van de erflater ten tijde van zijn overlijden het aanknopingspunt (art. 1 lid 1 onder 1° SW). De woonplaats van de verkrijger is niet relevant, hoewel 'de blauwe envelop' door de Belastingdienst wel naar de verkrijger zal worden gestuurd (art. 36 SW). De prangende vraag luidt aldus: waar woonde de erflater ten tijde van zijn overlijden? Indien het antwoord luidt dat de erflater ten tijde van zijn overlijden in Nederland woonde, dan is heffing van Nederlandse erfbelasting op grond van de Successiewet aan de orde, anders niet. Onder 'Nederland' wordt in dit verband verstaan het in Europa gelegen deel van het Koninkrijk (art. 2 lid 3 onder d.3° Algemene wet inzake Rijksbelastingen (AWR)).

In art. 4 lid 1 AWR wordt van het (fiscale) woonplaatsbegrip een open omschrijving gegeven, die weinig houvast lijkt te bieden:

"Waar iemand woont (...), wordt naar de omstandigheden beoordeeld."

Met *"de omstandigheden"* moet rekening worden gehouden om de woonplaats van de erflater vast te stellen. Om die reden bestaat over de invulling van het fiscale woonplaatsbegrip een ruime hoeveelheid rechtspraak. Aan die rechtspraak valt als een goed te hanteren vuistregel te ontleen dat met feiten en omstandigheden die minder eenvoudig te veranderen zijn (zoals waar het sociale en gezinsleven van de erflater zich afspeelde) grotere betekenis wordt toegekend dan aan feiten en omstandigheden die eenvoudig te veranderen zijn (zoals nationaliteit, inschrijving in een basisregistratie personen of plaats waar een bankrekening wordt aangehouden) of op toeval berusten (waar iemand verblijft ten tijde van zijn overlijden).

Een fraaie illustratie van de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het fiscale woonplaatsbegrip voor de heffing van erfbelasting is het volgende geval. Een ondernemer, een handelaar in ferro en non-ferro materialen, was tot 1996 woonachtig in Nederland. Hij heeft zich daarna in Curaçao gevestigd en is aldaar een schrootverwerkingsbedrijf begonnen. Daarna heeft hij zijn blik gericht op Puerto Rico, alwaar hij zich in 2001 vestigde en in 2006 met een *local* trouwde. Ook in Puerto Rico zette hij een succesvol schrootverwerkingsbedrijf op, dat in 2008 voor USD 71,5 miljoen aan een Amerikaanse multinational is verkocht. Hij heeft in Puerto Rico in 2008 een testament gemaakt. Tijdens een verblijf in Nederland, waar hij ook eerder korte perioden is verbleven, is hij kort na aankomst onwel geworden in verband met een hartkwaal en in Groningen (UMCG) overleden. Zijn persoonlijke eigendommen, zoals een horloge, boeken en kleding had hij in Puerto Rico op zijn nachtkastje achtergelaten. Dat detail blijkt een verrassende rol in de uitspraak van de belastingrechter te spelen. Ten tijde van zijn overlijden hield erflater drie bankrekeningen aan in Puerto Rico met een totaal tegoed van ca. USD 11 miljoen. In Nederland hield hij drie bankrekeningen met geringe tegoeden aan.

Aan de zoon van erflater wordt in maart 2012 door de Belastingdienst een aanslag erfbelasting opgelegd van € 4.144.843. Die aanslag is in bezwaar gehandhaafd. De zoon is van deze uitspraak in beroep gekomen bij de rechtbank, die het beroep gegrond heeft verklaard. Tegen deze uitspraak heeft de belastinginspecteur hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch. Het hof moest met name de vraag beantwoorden of erflater op of na 1 januari 2009, en dus ten tijde van zijn overlijden, in Nederland woonde. Ten aanzien van de voor procedures zo belangrijke bewijslastverdeling overweegt het hof in zijn uitspraak van 19 november 2015, [ECLI:NL:GHSHE:2015:4611](#):

"Het Hof stelt, evenals de Rechtbank, voorop dat de Inspecteur feiten en omstandigheden dient te stellen, en bij betwisting aannemelijk dient te maken, die leiden tot de conclusie dat erflater ten tijde van zijn overlijden of in de tien daaraan voorafgaande jaren in Nederland woonde. Hij is immers degene die stelt dat het belastbare feit zich heeft voorgedaan."

Met de volgende overweging beantwoordt het hof de vraag of erflater op of na 1 januari 2009 in Nederland is gaan wonen ontkennend:

"Het voorgaande in overweging nemende is het Hof van oordeel dat de Inspecteur, tegenover de betwisting door belanghebbende, weliswaar aanwijzingen had dat erflater zich vlak voor zijn overlijden oriënteerde ten aanzien van de mogelijkheid om terug te keren naar Europa, doch dat hij niet aannemelijk heeft gemaakt dat het tot meer dan een oriëntatie is gekomen. Uit de feiten en omstandigheden kan slechts de conclusie worden getrokken dat erflater, wellicht, overwoog terug te keren, maar kunnen geen conclusies worden getrokken over het moment waarop de terugkeer zou plaatsvinden noch over het land waar erflater zich zou vestigen. Daarbij neemt het Hof voor wat betreft het tijdstip in aanmerking de in 4.4. genoemde feiten, onder meer dat erflater zonder medeneming van (persoonlijke) eigendommen naar Nederland is gekomen (zijn horloge en het boek dat hij aan het lezen was lagen nog in zijn huis te Puerto Rico op het nachtkastje), de verklaringen van zijn vrienden dat hij voornemens was terug te keren, zijn aandeelhouderschap en de te Puerto Rico uit te oefenen consultancyovereenkomst. Wat betreft het land waar erflater (eventueel) zou gaan wonen, neemt het Hof in aanmerking dat belanghebbende onweersproken heeft gesteld dat erflater in België heeft gekeken naar woningen en dat deze stelling wordt gestaafd door de door belanghebbende bij zijn pleitnota overgelegde bijlage (de notitie van [HH] van het intakegesprek). Gelet op de gemotiveerde weerspreking door belanghebbende van de door de Inspecteur gestelde feiten en omstandigheden die zouden wijzen op een woonplaats in Nederland, ziet het Hof onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat erflater ten tijde van zijn overlijden of op enig moment in 2009 in Nederland woonde."

Zoals men wel beeldend heeft gezegd: het lichaam van de erflater was weliswaar ten tijde van zijn overlijden in Nederland, maar de ziel van erflater was blijkens de locatie van zijn persoonlijke eigendommen in Puerto Rico gebleven. De Nederlandse belastingaanslag van ca. € 4,1 miljoen was met deze uitspraak van tafel.

Fictieve woonplaats

Bij emigratie naar het buitenland blijft de Successiewet de Nederlandse aspirant-erflater nog tien jaar (achter)volgen.⁸ Daartoe wordt gebruik gemaakt van een fictief woonplaatsbegrip. Een Nederlander die in Nederland heeft gewoond en binnen tien jaren nadat hij Nederland metterwoon heeft verlaten, is overleden, wordt geacht ten tijde van zijn overlijden in Nederland te hebben gewoond (art. 3 lid 1 SW).⁹ Met deze strenge maatregel, die overigens uitsluitend voor Nederlanders geldt, wordt beoogd emigratie om fiscale redenen te ontmoedigen. Aan de strenge werking daarvan kan slechts worden ontkomen door een nationaliteitswijziging. Een dubbele nationaliteit zal geen soelaas bieden.

Met een reeks van procedures is gepoogd de toelaatbaarheid van deze wetsbepaling uit de Successiewet ter discussie te stellen. Bij alle denkbare rechterlijke instanties in Nederland en Europa is de rechtsgeldigheid daarvan evenwel overeind gebleven.

4. Het belastbare feit: de erfrechtelijke verkrijgingen

Voor de heffing van erfbelasting komen verschillende erfrechtelijke titels in aanmerking.¹⁰ Zo komen verkrijgingen krachtens erfrecht toe aan: (i) erfgenamen, (ii) legatarissen, (iii) lastbevoordeelden, (iv) legitimarissen, (v) gerechtigden tot andere wettelijke rechten en (vi) fictieve verkrijgers (§ 11). Aparte vermelding verdient hier nog (vii) de wettelijke verdeling van de nalatenschap ter bescherming van de positie van de langstlevende.

Erfstelling

Erfgenamen kunnen krachtens de wet (het versterkerfrecht) dan wel het testament (het testamentair erfrecht) verkrijgen (art. 4:1 BW).

Men kan erfgenaam zijn op grond van de wet (de vier groepen van art. 4:10 BW, met plaatsvervulling (art. 4:12 BW)). Van het versterkerfrecht kan evenwel met een erfstelling (of een onterving) worden afgeweken. Een erfstelling is een uiterste wilsbeschikking op grond waarvan de erflater aan één of meer daarbij aangewezen personen zijn gehele nalatenschap of een aandeel daarin nalaat (art. 4:115 BW). Uitdrukkelijk wordt daarbij bepaald dat bij uiterste wilsbeschikking ingestelde erfgenamen gelijke rechten en verplichtingen hebben als erfgenamen bij versterf (art. 4:116 BW).

Een erfgenaam verkrijgt de nalatenschapsgoederen onder algemene titel. Hij verkrijgt deze goederen van rechtswege (automatisch), zodat geen nadere leveringshandelingen vereist zijn. Een erfgenaam is in beginsel wel aansprakelijk voor de schulden van de erflater. Zie daarvoor art. 4:182 BW (de saisine-regel).

Legaat

Een legaat is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan één of meer personen een vorderingsrecht toekent (art. 4:117 BW). Een legataris verkrijgt veelal een goed of een geldsom uit de nalatenschap. Een legataris verkrijgt onder bijzondere titel, zodat een

⁸ Zie ook het onderdeel 'Internationale aspecten van erf- en schenkbelasting'.

⁹ De werking van de tienjaarstermijn van art. 3 lid 1 SW strekt zich overigens uit tot zowel de erfbelasting als de schenkbelasting.

¹⁰ Zie hiervoor de verschillende onderdelen van deze website onder het kopje 'Erfrecht'.

leveringshandeling nog dient plaats te vinden. Ook goederen die geen deel uitmaken van de nalatenschap kunnen onderwerp zijn van een legaat (art. 4:49 BW). Een legaat wordt geacht te zijn aanvaard, behoudens verwerping (art. 4:201 BW). Een legataris is niet aansprakelijk voor de schulden van de erflater.

Soms moet door de legataris een bepaalde prestatie aan de boedel geleverd worden (bijvoorbeeld een legaat tegen inbreng van de waarde). De saldowaarde van deze verkrijging wordt dan bij de legataris in de heffing betrokken (de netto-verkrijging). De erfgenaam die met de uitvoering van een legaat is belast, kan de waarde daarvan op zijn erfrechtelijke verkrijging in mindering brengen.

Testamentaire last

Een testamentaire last is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan de gezamenlijke erfgenamen of aan één of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen een verplichting oplegt, die niet bestaat in de uitvoering van een legaat (art. 4:130 BW). Bij de testamentaire last ligt de focus op de verplichting, niet op de daaruit eventueel voortvloeiende bevoordeling. Soms wordt aan de lastplichtige een verplichting opgelegd ten gunste van een ander (de lastbevoordeelde), bijvoorbeeld een last strekkende tot afgifte van een goed dat niet tot de nalatenschap behoort.¹¹ Ook voor de lastbevoordeelde is sprake van een erfrechtelijke verkrijging. Degene die de testamentaire last uitvoert, kan de waarde daarvan op zijn erfrechtelijke verkrijging in mindering brengen.

Legitimarissen

Een verkrijging krachtens erfrecht kan ook voortvloeien uit een beroep op de legitieme portie door bepaalde afstammelingen van de erflater (art. 4:63 e.v. BW). Een beroep op de legitieme portie levert geen erfgenaamschap meer op onder het nieuwe erfrecht. De legitimaris is zogezegd 'uitgeboedeld', en doet daardoor niet meer mee aan de verdeling van de nalatenschap. De legitimaris verkrijgt als schadevergoeding voor de onterving of een inferieure erfrechtelijke verkrijging (of 'bezwarend') een geldvordering op de nalatenschap; hij is schuldeiser van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 onder g BW). Om zich van een inferieure verkrijging te ontdoen, dient de legitimaris de nalatenschap te verwerpen en tegelijk de zogeheten 'contantenverklaring' af te leggen (art. 4:63 lid 3 BW).

Andere wettelijke rechten

Ten slotte kunnen ook de andere wettelijke rechten een erfrechtelijke titel opleveren (art. 4:28 e.v. BW). Een voorbeeld daarvan is dat de langstlevende onder omstandigheden een beroep kan doen op het vruchtgebruik van de woning en de inboedel (art. 4:29 BW) of op het verzorgingsvruchtgebruik van andere goederen van de nalatenschap (art. 4:30 BW). De andere wettelijke rechten staan in het teken van het verzorgd achterlaten van de langstlevende, en niet meer dan dat. Daarmee hebben de andere wettelijke rechten een alimentair karakter.

Tot de andere wettelijke rechten worden ook de sommen ineens ten behoeve van de kinderen van de erflater gerekend in verband met (i) de verzorging en opvoeding dan wel

¹¹ We spreken dan van een persoonlijke last, zulks in tegenstelling tot een onpersoonlijke last. Daarvan is sprake als een testamentaire last wordt opgelegd om bijvoorbeeld een kunstverzameling ten toon te stellen.

(ii) levensonderhoud en studie (art. 4:35 BW) en (iii) de billijke vergoeding voor verrichte werkzaamheden (art. 4:36 BW, het *salaire différé*). Deze sommen ineens kunnen door de somgerechtigden jegens de erfgenamen geldend gemaakt worden en leveren een erfrechtelijke titel op.

Wettelijke verdeling van de nalatenschap

Is geen testament opgemaakt en laat de erflater een echtgenoot en ten minste één kind achter, dan is de wettelijke verdeling van de nalatenschap van toepassing (art. 4:13 e.v. BW). De wettelijke verdeling wordt ook wel treffend het Staatstestament genoemd, hoewel van een testament in eigenlijke zin geen sprake is. De wettelijke verdeling van de nalatenschap is onderdeel van het versterkerrecht. De wettelijke verdeling staat in het teken van het ongestoord voortleven van de langstlevende, hetgeen van een geheel andere orde is dan het verzorgd achterlaten van de langstlevende (en dat is de norm bij de andere wettelijke rechten).

Bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap verkrijgt de langstlevende als erfgenaam van rechtswege de goederen van de nalatenschap, waarbij ook de voldoening van de schulden van de nalatenschap voor zijn rekening komt (art. 4:13 lid 2 BW). Ieder van de kinderen verkrijgt – als erfgenaam – van rechtswege een geldvordering ten laste van de langstlevende, overeenkomende met de waarde van zijn erfdeel (art. 4:13 lid 3 BW). Deze vordering is pas opeisbaar als de langstlevende in staat van faillissement is verklaard of als de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen op hem van toepassing is verklaard, en ook wanneer de langstlevende is overleden. De geldvordering is eveneens opeisbaar in de door de erflater eventueel bij uiterste wilsbeschikking genoemde gevallen.

De geldvordering wordt, tenzij de erflater dan wel de langstlevende en het kind tezamen anders hebben bepaald, vermeerderd met een percentage dat overeenkomt met dat van de wettelijke rente, voor zover dat percentage hoger is dan zes, berekend per jaar vanaf de dag waarop de nalatenschap is opengevallen (art. 4:13 lid 4 BW). Bij deze berekening wordt telkens uitsluitend de hoofdsom in aanmerking genomen. De hoogte van de rente bepaalt de successierechtelijke waarde van de door het kind (wegens onderbedeling) verkregen erfrechtelijke vordering op en de schuld (wegens overbedeling) van de langstlevende ouder (§ 5 en § 7.2).¹²

De wettelijke verdeling van de nalatenschap kan door de langstlevende binnen drie maanden na het overlijden ongedaan gemaakt worden (art. 4:18 BW), waarna een onverdeelde nalatenschap tussen de erfgenamen ontstaat.

Wilsrechten

Ook de aan de wettelijke verdeling van de nalatenschap verbonden wilsrechten van de kinderen leveren bij inroepen daarvan een erfrechtelijke titel op (art. 4:19 t/m art. 4:22 BW). Op grond van art. 1 lid 5 SW wordt deze verkrijging voor de toepassing van de Successiewet niet aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht. De uitoefening van de wilsrechten is daarmee gedefiscaliseerd.

¹² Zie ook het onderdeel 'Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvul- en afvullegaten'.

Geen fiscale plaatsvervulling

In het erfrecht geldt het beginsel van plaatsvervulling (art. 4:12 BW). Een kind kan bij wege van plaatsvervulling in de nalatenschap van zijn opa/oma opkomen voor zijn vooroverleden ouder. In successierechtelijke zin blijft het kind echter een kleinkind van opa/oma. Het kind krijgt niet de fiscale status van degene wiens plaats wordt vervuld. Voor het tarief krijgt het (plaatsvervullende) kleinkind derhalve het tarief van een afstammeling in de tweede graad (18%/36%), en niet het tarief van het kind wiens plaats wordt vervuld (10%/20%).

Saisine en beneficiaire aanvaarding

Op grond van de saisine-regel treden de erfgenamen van rechtswege (en dus automatisch) in de lusten (activa) en lasten (passiva) van de erflater (art. 4:182 BW). Het vermogen van de erflater gaat krachtens algemene titel over op de erfgenamen. De erfgenamen zetten als het ware de persoon van de overledene in vermogensrechtelijk opzicht voort. In de Franse taal en plastisch uitgedrukt: *le mort saisit le vif* oftewel de dode reikt de levende de hand.

Een erfgenaam kan de nalatenschap zuiver aanvaarden of aanvaarden *onder voorrecht van boedelbeschrijving* (art. 4:190 lid 1 BW). Deze laatste vorm van aanvaarding van de nalatenschap wordt ook wel beneficiaire aanvaarding genoemd. De betekenis daarvan is dat de erfgenaam wél aansprakelijk is voor de schulden van de nalatenschap, maar dat die aansprakelijkheid in omvang wordt begrensd door de waarde van het aandeel van de erfgenaam in de goederen van de nalatenschap (het saldo van activa en passiva). De erfgenaam die de nalatenschap beneficiair aanvaard heeft, is niet aansprakelijk voor de schulden van de nalatenschap met zijn eigen vermogen (vgl. art. 4:184 lid 2 onder a BW).

Wat houdt beneficiaire aanvaarding van de nalatenschap in voor eventuele aanmerkelijke fiscale schulden van de erflater (zoals nog niet betaalde inkomstenbelasting en invorderingsrente daarover)? Beneficiaire aanvaarding zal de erfgenamen ook tegen deze fiscale schulden van de erflater beschermen. Uit de op art. 49 Invorderingswet (IW) gebaseerde Leidraad Invordering blijkt overigens dat de Ontvanger der belastingen niet overgaat tot invordering van aanslagen als de nalatenschap ontoereikend is. Uiteraard beschermt beneficiaire aanvaarding van de nalatenschap niet tegen de door de erfgenamen verschuldigde erfbelasting over de erfrechtelijke verkrijgingen.

Wordt over één of meer van deze erfrechtelijke verkrijgingen geprocedeerd, dan dient men zich te realiseren dat bij toewijzing van een ingestelde vordering of een ingediend verzoek nog erfbelasting (of inkomstenbelasting) verschuldigd zal worden. De tarieven voor de 'nabijen' en de 'overigen' lopen op tot 20% respectievelijk 40%. Deze erfbelasting zal van de verkrijger geheven worden (art. 36 SW). Enig bedrag dat in een procedure gevorderd wordt, zal dus een brutobedrag zijn. Dat geldt ook voor de geldvordering van de legitimaris op de erfgenamen die in rechte geldend gemaakt wordt (art. 4:7 lid 1 onder g BW). Dat over een erfrechtelijke verkrijging geprocedeerd wordt, zal niet een valide reden opleveren voor het verkrijgen van betalingsuitstel van de Belastingdienst. Liquiditeiten om de belastingaanslag te kunnen betalen, zullen daarvoor tijdig vrijgemaakt moeten worden. Ten slotte zal ook rekening moeten worden gehouden met de verschuldigdheid van belastingrente en invorderingsrente (§ 16). Kortom, bij het procederen over erfrechtelijke verkrijgingen zal de fiscaliteit niet uit het oog verloren mogen worden.

Soms ontstaat er een dispuut over een erfrechtelijke verkrijging – wie krijgt wat uit de erfenis, en wie niet? – waarbij de fiscaliteit zowel het probleem als de oplossing kan zijn.

Ik illustreer dat met het volgende geval.¹³ Het dispuut handelde – zoals zo vaak – tussen de kinderen van de erflater uit een eerdere relatie (de zogeheten voorkinderen) aan de ene zijde en de nieuwe partner van de erflater aan de andere zijde. Het dispuut ging over de uitleg van een testament dat in 2012 was opgemaakt. De erflater was in 2014 overleden. De erflater had ten tijde van zijn overlijden een affectieve relatie met een dame en zij woonden ongehuwd samen.

In het testament waren ten behoeve van de informele partner diverse uiterste wilsbeschikkingen opgenomen met een verzorgingskarakter: enige geldlegaten en een legaat van een recht van gebruik en bewoning van een woning. In dit soort gevallen pleegt ook een regeling in het testament opgenomen te worden voor het einde van de uiterste wilsbeschikkingen ten behoeve van de informele levenspartner. De wilsbeschikkingen worden immers getroffen voor het geval dat de affectieve relatie ten tijde van het overlijden nog bestaat en moeten komen te vervallen als die relatie alsdan niet meer bestaat. Een dergelijke regeling wordt meestal getroffen met behulp van een ontbindende voorwaarde. Het is dan een uitdaging om te beschrijven wanneer een relatie van ongehuwd samenwonenden geëindigd is. De notaris had dit gedaan door te verwijzen naar het fiscale partnerschap voor de erfbelasting, maar had daarbij verwezen naar dit begrip uit de Successiewet 1956 van vóór 1 januari 2010.

Ter toelichting hierop wordt vermeld dat het fiscale partnerschap voor samenwonenden tot 1 januari 2010 materieel benaderd werd, en wel aan de hand van het criterium of betrokkenen een gemeenschappelijke huishouding hadden. Met ingang van 1 januari 2010 is de Successiewet gewijzigd en is in art. 1a SW aansluiting gezocht bij een formeel criterium: de samenwonende partners dienen op hetzelfde woonadres ingeschreven te zijn bij de gemeentelijke basisadministratie (§ 8.1).

In het testament was dus naar de oude regeling van het fiscale partnerschap met het materiële criterium verwezen (gemeenschappelijke huishouding), maar de heffing van erfbelasting zou plaatsvinden volgens de nieuwe regeling met het formele criterium (inschrijving op hetzelfde woonadres). Dat leverde in dit geval problemen op omdat de erflater één jaar voor zijn overlijden zijn woonplaats had verplaatst naar Zwitserland. Zijn partner bleef in Nederland. Buiten twijfel staat daarmee dat de erflater en zijn partner geen successierechtelijke partners meer van elkaar waren voor de toepassing van de Successiewet (vgl. art. 1a lid 1 onder b° SW). De affectieve relatie tussen beiden bleef wel in stand. Met behulp van uitleg van het testament (art. 4:46 BW) was zeer wel verdedigbaar dat de uiterste wilsbeschikkingen ten behoeve van de informele partner niet waren komen te vervallen, omdat het niet de bedoeling van de erflater was de verzorgingsbeschikkingen aan zijn partner – waarmee een waarde van ca. € 1 miljoen was gemoeid – te onthouden.

Ondanks deze gunstige uitleg van het testament waren de druiven toch zuur voor de langstlevende partner. Voor de heffing van erfbelasting loopt deze partner namelijk aan tegen een tarief van 40% en zij mist de partnervrijstelling van (destijds) ca. € 650.000. De kinderen daarentegen hebben weliswaar een (lager) tarief van 20%, maar deze mogen ca. € 1 miljoen uit de erfenis bij de partner inleveren als de procedure wordt verloren.

Als deze feiten zo geschetst worden, waarbij duidelijk is dat het voordeel van de één het nadeel van de ander is, zal ook meteen ingezien kunnen worden dat een compromis op

¹³ Het voorbeeld is ontleend aan een college van Prof. Wouter Burgerhart.

een niveau van ca. € 700.000 haalbaar zou moeten zijn. Maar hoe loopt het in dit geval dan af voor de heffing van erfbelasting? Is de heffing van erfbelasting nog wel aan de orde als de kinderen uit de erfenis een bedrag van ca. € 700.000 voldoen aan de partner? Dat zou uitsluitend aan de orde zijn als de betaling aan de partner als een verkrijging *“krachtens erfrecht”* zou kunnen worden aangemerkt (art. 1 lid 1 onder 1° SW). Dat lijkt niet het geval te zijn als een schikking in een vaststellingsovereenkomst wordt getroffen om daarmee het voeren van een procedure te voorkomen. De titel van de betaling is niet een testamentaire verkrijging, maar één krachtens een vaststellingsovereenkomst. De partner heeft uitsluitend een geldbedrag ontvangen, en geen aanspraak gemaakt op afgifte van de legaten volgens het testament. In dat laatste geval zou heffing van erfbelasting bij de partner niet aan de orde zijn. De keerzijde daarvan is echter ook dat de kinderen de betaling aan de partner niet als een aftrekpost of schuld op hun erfrechtelijke verkrijging in mindering kunnen brengen. Zij zullen die betaling aan de partner uit hun netto-verkrijging uit de erfenis moeten financieren. Overigens is heffing van schenkbelasting niet aan de orde, omdat deze betaling aan de partner niet uit vrijgevigheid is gedaan. Van een gift is geen sprake. De getroffen schikking is aan de Belastingdienst voorgelegd en die is daarmee akkoord gegaan.

Zou over het voorgaande anders gedacht moeten worden gelet op de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 24 mei 2018, [ECLI:NL:RBZWB:2018:3329](#)? Ook in dat geval bestond er onduidelijkheid over de uitleg van een testament. Tussen een halfzus en een halfbroer van erflater en een stichting was discussie ontstaan over de vraag wie de erfgena(a)me(n) is of zijn van erflater. Daarbij is van belang dat een rechterlijke beslissing hierover ook in dit geval een zwart-witbeslissing zou opleveren. Het pleit zou door de één of de ander gewonnen worden, waarbij voor een gulden middenweg geen plaats was. Om deze discussie over het erfgenaamschap te beëindigen, hebben betrokkenen daarover een vaststellingsovereenkomst gesloten. In de vaststellingsovereenkomst is de stichting als enig erfgenaam genoemd en heeft zij de gehele erfenis verkregen. Aan de halfzus en de halfbroer is door de stichting vervolgens elk een bedrag betaald.

Met de Belastingdienst is een geschil ontstaan of de betalingen die de halfzus en de halfbroer (belanghebbenden in de belastingprocedure) van de stichting hebben ontvangen voor hen een verkrijging krachtens erfrecht vormen in de zin van art. 1 lid 1 onder 1° SW en of de bestreden aanslagen aldus terecht aan hen zijn opgelegd. De rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft deze vraag bevestigend beantwoord, en wel onder verwijzing naar twee uitspraken van de Hoge Raad uit 1954¹⁴ en 1969¹⁵. De rechtbank overweegt:

“Gelet op de in 4.2 en 4.3 aangehaalde arresten van de Hoge Raad is de rechtbank van oordeel dat de betalingen die belanghebbenden op basis van de vso [vaststellingsovereenkomst, JH] van het [Stichting A] hebben ontvangen voor de toepassing van artikel 1 van de Wet moeten worden aangemerkt als krachtens erfrecht verkregen. De strekking van die arresten is immers – voor zover hier van belang – dat in het geval een betwiste aanspraak op (een deel van) de nalatenschap wordt prijsgegeven tegen een geldsom, sprake is van een verkrijging krachtens erfrecht voor de toepassing van de Wet. Dat geval doet zich hier voor gelet op de feiten. De duiding van de betaling in de vso door de betrokken partijen (“Enkel en uitsluitend ter beslechting van hun dispuut en ter vermijding van verdere kosten, disputen en/of procedures”) doet daaraan niet af, nu de betaling moet

¹⁴ [ECLI:NL:HR:1954:AY2864](#).

¹⁵ [ECLI:NL:HR:1969:AB3668](#).

worden gezien in de context van de gehele vso. De omstandigheid dat de bedragen niet direct uit de nalatenschap aan belanghebbenden zijn betaald, maar door het [Stichting A], geeft dus geen aanleiding voor een ander oordeel. Verder verdient opmerking dat anders dan belanghebbenden betogen de voormelde arresten ook voor de toepassing van het huidige artikel 1 van de Wet relevant zijn. Het verschil tussen de huidige tekst van artikel 1 ("krachtens erfrecht") en de oude tekst van artikel 1 van de Successiewet 1859 ("al wat geërfd of verkregen wordt uit de boedel"), is in het licht van de voormelde strekking van de arresten geen relevant verschil voor de hier aan de orde zijnde kwestie. De betalingen zijn derhalve terecht door de inspecteur aangemerkt als verkrijgingen in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onderdeel 1, van de Wet. Voor dat geval is niet in geschil dat de beroepen ongegrond zijn."

Hoger beroep is van deze uitspraak niet ingesteld. De juistheid van deze beslissing van de rechtbank zou echter in twijfel getrokken kunnen worden, aangezien beide uitspraken van de Hoge Raad waarnaar de rechtbank verwijst zien op andersoortige geschillen. In de door de Hoge Raad berechte gevallen stond slechts de omvang van de erfrechtelijke verkrijging ter discussie, oftewel de vraag of die erfrechtelijke verkrijging iets meer of minder zou moeten zijn. Linksom of rechtsom zouden betrokkenen in die gevallen te allen tijde een erfrechtelijke verkrijging van een bepaalde omvang ontvangen hebben. Wordt daarover in een vaststellingsovereenkomst een afspraak gemaakt, dan is zonder meer sprake van een verkrijging "krachtens erfrecht". Dat lag wezenlijk anders in de casuspositie die aan de rechtbank Zeeland-West-Brabant is voorgelegd. In dat geval sloot de erfrechtelijke verkrijging van de één de erfrechtelijke verkrijging van de ander uit. Dat betekenisvolle verschil lijkt aan de aandacht van de rechtbank Zeeland-West-Brabant ontsnapt te zijn.

De slotsom luidt dan ook – en dat is een open deur die wat mij betreft niet ver genoeg kan worden opengezet – dat de fiscaliteit bij de oplossing van erfrechtelijke geschillen soms een beslissende rol kan spelen.

5. Bepalingen in testamenten met fiscale achtergrond

Met een zuiver civielrechtelijke bril op de neus en de familieverhoudingen van de erflater kennende zal eenieder zich moeten verbazen over sommige bepalingen in testamenten. Zo bevatten testamenten die blijkens de preambule met het oog op de verzorging van de langstlevende zijn opgesteld bepalingen die daarop haaks lijken te staan. Aan de langstlevende wordt bijvoorbeeld een erfdeel toegekend van slechts 1/100^e, 1/1.000^e of 1/100.000^e van de nalatenschap en aan de kinderen het resterende leeuwendeel van de erfenis. Aan de langstlevende worden dan weer wel alle goederen van de nalatenschap toegedeeld, met als gevolg dat de langstlevende wordt overladen met rentedragende overbedelingsschulden aan de kinderen.

Ook wordt in testamenten meer dan eens alle macht toegekend aan een executeur-afwikkelingsbewindvoerder die naar eigen inzicht de nalatenschap mag verdelen. De erfgenamen zijn vervolgens aan deze verdeling van de nalatenschap door de executeur-afwikkelingsbewindvoerder (een executeur met drie sterren) gebonden.¹⁶ Die almacht van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder kan de familieverhoudingen gemakkelijk op scherp zetten als tenminste vergeten wordt daarop aan de erfgenamen een begrijpelijke toelichting te geven.

¹⁶ Zie daarvoor het onderdeel 'De almacht van de executeur'.

Een andere, gebruikelijke bepaling in testamenten voorziet in het vervallen van erfrechtelijke verkrijgingen als de verkrijger de erflater niet ten minste dertig dagen overleeft.

Wat is het doel van al deze bijzondere constructies en bepalingen in testamenten? Wie heeft dit allemaal zo kunnen bedenken, en om welke redenen? Deze constructies blijken alle een fiscale achtergrond te hebben. Met het oog op besparing van de te betalen erfbelasting heeft de erflater zich ingelaten met *estate planning*, en dat heeft geleid tot deze bijzondere constructies en bepalingen in zijn testament.¹⁷ Bijgestaan door notariële en fiscale adviseurs om de vermogensoverheveling naar de volgende generatie in goede en fiscaal gunstige banen te leiden, wordt door de erflater optimaal gebruik gemaakt van de mogelijkheden die Boek 4 BW en de Successiewet hem bieden.

Om deze constructies en bepalingen enigszins te doorgronden, wordt hier reeds de volgende beknopte toelichting gegeven.

Ventieltechniek

Boek 4 BW kent één uitgewerkt 'testament' voor de erflater die een echtgenoot én een of meer kinderen achterlaat, het zogeheten Staatstestament. De wettelijke verdeling van de nalatenschap - onderdeel van het versterkerrecht - is een bekend fenomeen (art. 4:13 e.v. BW). De nalatenschapsgoederen van de erflater worden door de wetgever toebedeeld aan de langstlevende en de kinderen krijgen een niet-opeisbare geldvordering op de langstlevende overeenkomende met de waarde van hun erfdeel. Met een dergelijke 'verdeling'¹⁸ van de nalatenschap is *an sich* niks mis als dit aan de wensen van de erflater beantwoordt. Het doel daarvan is de langstlevende ongestoord te laten voortleven. Wel moet bedacht worden dat het wettelijk versterkerrecht verzorgingsrecht ten behoeve van de langstlevende is, en vanwege een gebrek aan flexibiliteit bijvoorbeeld niet gericht is op de bedrijfsopvolging of een bepaalde verdeling van de nalatenschap om andere (fiscale) redenen.

Meer dan eens wordt daarom in het kader van *estate planning* gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de wettelijke verdeling van de nalatenschap in het testament in haar geheel uit te sluiten (art. 4:13 lid 1 BW) of de wettelijke verdeling binnen drie maanden na overlijden door de langstlevende ongedaan te maken (art. 4:18 BW). De erflater of de langstlevende opteert dan voor een andere wijze van verdeling van de (nog onverdeelde onderscheidenlijk de alsnog onverdeelde) nalatenschap dan de wettelijke verdeling, waarbij het ongestoord voortleven van de langstlevende ook nog steeds het primaire doel zal kunnen zijn.

Een krachtige impuls voor de moderne *estate planning* is de introductie in het nieuwe erfrecht van art. 4:13 lid 4 BW geweest.¹⁹ Die bepaling maakt het voor de langstlevende en de kinderen mogelijk om een renteovereenkomst te sluiten, die door een daarop aansluitende wijziging van de Successiewet fiscaal wordt gevolgd. Daarmee werd gebroken met een belangrijk beginsel van de erfbelasting. In lijn met een arrest van de Hoge Raad

¹⁷ Zie ook het onderdeel 'Het ABC van estate planning'.

¹⁸ Bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap is van een werkelijke verdeling van de nalatenschap geen sprake. Immers, er is niet op enig moment een onverdeelde (één of meer nog niet verdeelde gemeenschappelijke goederen) geweest die door de erfgenamen verdeeld moest worden (art. 3:182 BW). Bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap worden de nalatenschapsgoederen door de wetgever automatisch aan de langstlevende toebedeeld (art. 4:13 BW)

¹⁹ Zie ook het onderdeel 'Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvul- en afvullegaten'.

van 2 januari 1903 werd altijd geleerd dat de erfbelastingdruk op het overlijdensmoment wordt gefixeerd, en daarna niet meer gewijzigd kan worden.²⁰ Per overlijdensdatum ligt daarmee vast wie erfbelasting moet betalen, en hoeveel. Het is voor de erfgenamen niet mogelijk om ná het overlijden met elkaar een overeenkomst te sluiten met het doel daarmee de belastingdruk te veranderen. Daarin kwam met ingang van 1 januari 2003 – als gesteld – rigoureuze verandering. Art. 4:13 lid 4 BW bepaalt namelijk het volgende:

“De in lid 3 bedoelde geldsom wordt, tenzij de erflater, dan wel de echtgenoot en het kind tezamen, anders hebben bepaald, vermeerderd met een percentage dat overeenkomt met dat van de wettelijke rente, voor zover dit percentage hoger is dan zes, berekend per jaar vanaf de dag waarop de nalatenschap is opengevallen, bij welke berekening telkens uitsluitend de hoofdsom in aanmerking wordt genomen.”

Het wettelijke uitgangspunt is dat de niet-opeisbare geldvordering van de kinderen op de langstlevende ouder in het kader van de wettelijke verdeling van de nalatenschap een rente draagt gelijk aan de wettelijke rente verminderd met 6%. Dat betekent dat de geldvorderingen van de kinderen lange tijd renteloos waren, aangezien de wettelijke rente tot 1 januari 2024 lager dan of gelijk aan 6% (en wel sinds 1 juli 2023) was. Sinds 1 januari 2024 bedraagt de wettelijke rente 7%. In een bijzin is in art. 4:13 lid 4 BW echter ook bepaald dat (i) de erflater dan wel (ii) de echtgenoot en het kind tezamen een andere, van de wettelijke bepaling afwijkende renteregeling kunnen treffen (*“tenzij de erflater, dan wel de echtgenoot en het kind tezamen, anders hebben bepaald”*). Die afwijkende renteregeling kan getroffen worden in het testament door de erflater of in een renteovereenkomst die ná het overlijden tussen de echtgenoot en de kinderen wordt gesloten.

Met het sluiten van een renteovereenkomst kan de waarde van de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende en de kinderen beïnvloed worden. Een rentedragende geldvordering is voor de schuldeiser (de kinderen) nu eenmaal meer waard dan een renteloze. Een renteloze geldvordering is minder waard, maar die zal dan bij de schuldenaar (de langstlevende) tot een bijtelling bij de erfrechtelijke verkrijging leiden. Immers, de langstlevende geniet een fictief vruchtgebruik van deze renteloze geldvordering; de langstlevende heeft het genot van een renteloze schuld. De kinderen hebben in dat geval de bloot-eigendom van de geldvordering en de langstlevende het fictieve vruchtgebruik daarvan. De rente is aldus een bepalende factor voor de waardering van de erfrechtelijke verkrijgingen van de langstlevende en de kinderen.

Op deze wijze kan de bij het eerste overlijden en het tweede overlijden van een ouderpaar verschuldigde erfbelasting beïnvloed worden. De waarde van de nalatenschap van de langstlevende kan door een in rekening te brengen rente over de geldvordering van de kinderen ‘uitgehouden’ worden. De hoogte van de geldvordering op de langstlevende waarover rente in rekening wordt gebracht, hangt samen met de omvang van het erfdeel van de langstlevende. Hoe kleiner het erfdeel van de langstlevende, die dus wel alle goederen van de nalatenschap verkrijgt, hoe groter de geldvordering van de kinderen. Daarin schuilt de verklaring voor die wonderlijke omvang van het erfdeel van de langstlevende in sommige testamenten.

²⁰ HR 2 januari 1903, PW 9536, waarin voor het recht van overgang is overwogen dat *“volgens de wet de rechten van den fiscus alleen en uitsluitend bepaald worden naar toestanden, die op het oogenblik van overlijden in werkelijkheid bestaan”*. Op deze hoofdregel zijn in de Successiewet inmiddels diverse uitzonderingen geformuleerd.

Hoe hoger de rente, hoe meer de nalatenschap van de langstlevende wordt 'uitgehouden'. Ook voor de fiscale wetgever geldt echter het spreekwoord: al te goed is buurmans gek. Fiscaal wordt een rente van 6% samengesteld nog geaccepteerd (art. 9 lid 2 SW). Een hogere rente dan 6% samengesteld mag tussen de langstlevende en de kinderen civielrechtelijk wel overeengekomen worden, maar dat leidt niet tot uitholling van de nalatenschap van de langstlevende met successierechtelijk effect.

Zoals gezegd, wordt de gesloten renteovereenkomst fiscaal gevolgd. Dat blijkt met zoveel woorden uit art. 1 lid 3 SW:

"De verkrijging ten gevolge van de vaststelling van een rentevergoeding op grond van:

- a. een uiterste wilsbeschikking ten aanzien van vorderingen en schulden die zijn ontstaan krachtens erfrecht, of*
- b. een overeenkomst als bedoeld in artikel 13, vierde lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, wordt voor de toepassing van deze wet geacht alleen krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen indien deze binnen de met inachtneming van artikel 45 vastgestelde aangiftetermijn is vastgesteld of overeengekomen."*

Duidelijk is dat de rentetechniek om de nalatenschap van de langstlevende uit te hollen breed ingezet kan worden (*"vorderingen en schulden die zijn ontstaan krachtens erfrecht"*): de wettelijke verdeling van de nalatenschap, de ouderlijke boedelverdeling volgens het oude erfrecht, de vrije verdeling, de quasi-wettelijke verdeling en het legaat tegen inbreng van waarde. Uiteraard betekent dit dat bij het eerste overlijden meer erfbelasting verschuldigd wordt dan bij het tweede overlijden. Dat kan echter goed gemaakt worden door de belastingbesparing bij het tweede overlijden. Hoe dit precies uitwerkt, hangt af van: (i) de omvang van het erfdeel van de langstlevende, (ii) de overlevingsduur van de langstlevende en (iii) de hoogte van de rente.

Toegang tot deze techniek wordt alleen geboden als in het testament daarvoor een grondslag is opgenomen.²¹ In de eenzijdige rechtshandeling die een testament tenslotte is, zal opgenomen moeten worden dat nadien bij overeenkomst een andere rente overeengekomen kan worden (de befaamde tenzij-clausule). Het is bezien vanuit het perspectief van de contractsvrijheid misschien wonderlijk dat een dergelijke regeling in een testament opgenomen moet zijn. Partijen zijn toch altijd vrij om met elkaar een regeling te treffen? Dat dit wettelijk zo bepaald is, houdt verband met de toegang die vervolgens wordt geboden tot de fiscale renteregeling van art. 1 lid 3 SW. Die regeling houdt – als gezegd – in dat de gesloten renteovereenkomst fiscaal wordt gevolgd.

Voorbeeld

In de uiterste wil is opgenomen dat de langstlevende aan de kinderen op hun niet-opeisbare erfrechtelijke vorderingen wegens overbedeling van de langstlevende een rente verschuldigd is van 6% samengesteld, tenzij de langstlevende een andere rente vaststelt. Dit betekent dat de geldvorderingen van de kinderen wegens onderbedeling in beginsel nominaal gewaardeerd moeten worden. Binnen 5 maanden na het overlijden wijzigt de langstlevende echter de rente en stelt deze vast op 0%. De langstlevende krijgt hierdoor een voordeel, inhoudende het fictieve vruchtgebruik van de renteloze vorderingen. Bij een

²¹ Zie inmiddels ook het Besluit van 15 juni 2022, *Staatscourant* 2022, nr. 16195, behandeld in het onderdeel 'Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvul- en afvullegaten'.

leeftijd van de langstlevende van bijv. 60 jaar ten tijde van het overlijden van de eerststervende betekent dit dat de waarde van de geldvorderingen van de kinderen gedrukt wordt met 60% ($6\% \times 10$). Zie daarvoor art. 5 Uitvoeringsbesluit SW (§ 7.2). Of anders gezegd: een renteloze geldvordering met een nominale hoofdsom van € 100.000 is in dit geval (successierechtelijk) voor de kinderen slechts € 40.000 (40%) waard en de langstlevende krijgt bij zijn erfrechtelijke verkrijging een bijtelling van € 60.000 wegens een fictief vruchtgebruik van de geldvordering. Aan de twee voorwaarden van art. 1 lid 3 SW is voldaan. De rentevaststelling heeft plaatsgevonden binnen de aangiftetermijn en de bevoegdheid hiertoe is in de uiterste wil gegeven. De rentevaststelling wordt dus voor de heffing van erfbelasting gevolgd.

Defiscalisatie

Op grond van de Wet IB 2001 wordt het inkomen uit sparen en beleggen in box 3 belast. Het per 1 januari van enig belastingjaar aanwezige vermogen wordt belast, de zogeheten vermogensrendementsheffing. Normaal gesproken zou de langstlevende voor de heffing van inkomstenbelasting op grond van de Wet IB 2001 de overbedelingsschuld aan de kinderen uit hoofde van de wettelijke verdeling in box 3 als schuld mogen opvoeren en zouden de kinderen hun onderbedelingsvordering in box 3 als vermogen moeten opgeven. De wetgever heeft dat onwenselijk geacht. Daarom is in art. 5.4 Wet IB 2001 de defiscalisatie van bepaalde erfrechtelijke verkrijgingen geïntroduceerd (oftewel deze schulden en vorderingen worden fiscaal genegeerd). Uitgezonderd van de bezittingen in box 3 zijn bepaalde *“niet opeisbare geldvorderingen op de echtgenoot van een overleden ouder van de belastingplichtige”*. Het betreft volgens art. 5.4 lid 1 Wet IB 2001 de niet-opeisbare erfrechtelijke geldvorderingen:

- a. die voortvloeien uit de verdeling van de nalatenschap van die ouder;
- b. die voortvloeien uit een door die echtgenoot schuldig gebleven vergoeding voor een legaat tegen inbreng van de waarde aan die echtgenoot op grond van een uiterste wilsbeschikking van die ouder;
- c. die anderszins voortvloeien uit een uiterste wilsbeschikking van die ouder; of
- d. ter zake van een legitieme portie als bedoel in artikel 80, eerste lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek van de belastingplichtige die niet opeisbaar zijn op grond van artikel 81 van Boek 4 van dat wetboek of die niet opeisbaar zijn omdat de opeisbaarheid afhankelijk is van een voorwaarde of van omstandigheden als bedoeld in de artikelen 82 of 83 van Boek 4 van dat wetboek.

De niet-opeisbare erfrechtelijke geldvordering, die het kind (de belastingplichtige) op de echtgenoot van zijn overleden ouder heeft verkregen, levert in beginsel geen box 3-bezitting op. Hetzelfde geldt voor de tegenover deze niet-opeisbare vordering staande schuld van de echtgenoot van de overleden ouder (art. 5.4 lid 2 Wet IB 2001). In voorkomend geval zal de langstlevende ouder de belasting met betrekking tot het

krachtens erfrecht door het kind verkregen vermogen moeten voldoen en blijft het kind daarvan gevrijwaard.²²

Rampenclausule

Een andere opmerkelijke bepaling in testamenten is de aan een erfrechtelijke verkrijging verbonden voorwaarde dat de verkrijger de erflater ten minste 30 dagen moet overleven. Is dat niet het geval, dan komt de erfrechtelijke verkrijging door de werking van de ontbindende voorwaarde te vervallen. Meestal wordt een dergelijke voorwaarde niet verbonden aan één specifieke uiterste wilsbeschikking, maar aan alle in een testament voorkomende uiterste wilsbeschikkingen. De clause wordt om die reden veelal in één van de slotbepalingen in het testament opgenomen.

Wat is de achtergrond van een dergelijke voorwaarde? De erflater wil op deze wijze voorkomen dat het vermogen kort na elkaar tweemaal vererft. Dat betekent namelijk dat tweemaal erfbelasting verschuldigd wordt over dezelfde erfrechtelijke verkrijging. De erflater meent dat een erfrechtelijke verkrijging voor een korte periode geen zin heeft en daarom heeft hij er een andere bestemming voor. Een dergelijke clause kan ook ingezet worden als familieleden kort na elkaar overlijden wegens een noodlottig ongeval. Om die reden staat deze clause ook wel bekend als de rampenclausule.

Fiscaal zou overigens bij het tweemaal kort na elkaar vererven geen sprake zijn van dubbele belasting, want de erfbelasting wordt van twee verschillende verkrijgers geheven (art. 36 SW).

Art. 53 lid 1 SW voorziet in de situatie dat een erfrechtelijke verkrijging als gevolg van het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde komt te vervallen. In dat geval wordt vermindering van de aanslag (als we daaraan al zouden toekomen in deze korte periode) verleend indien en voor zover ten gevolge van de vervulling van een voorwaarde wijziging wordt gebracht in de persoon van de verkrijger. De erfbelasting wordt in dat geval teruggekregen of deze hoeft niet betaald te worden.

Inmiddels heeft de fiscale wetgever met ingang van 1 januari 2010 een helpende hand geboden en de gebruikelijke testamentaire rampenclausule voorzien van een wettelijke grondslag. Art. 53 lid 4 SW bepaalt thans:

“De erfbelasting die van een verkrijger is geheven, wordt verminderd tot nihil indien over het verkregene, bij het overlijden van die verkrijger binnen dertig dagen na de verkrijging, nogmaals erfbelasting wordt geheven.”

Aan die termijn van 30 dagen is geen bijzondere magie verbonden. Dat de fiscale wetgever niet voor een langere termijn heeft gekozen, zal verband houden met het feit dat de kans groter wordt dat op deze fiscale tegemoetkoming een beroep kan worden gedaan als in de Successiewet voor een langere termijn zou worden gekozen.

Het fiscale belang van de rampenclausule is daarmee evident. Erfrechtelijk kan er nog steeds een goede reden zijn om – ondanks het bepaalde in art. 53 lid 4 SW – een dergelijke

²² Vgl. ook de regeling bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 lid 2 BW en art. 4:14 lid 1 BW). In dat geval moet de langstlevende ouder ook de door het kind verschuldigde erfbelasting voor zijn rekening nemen. Die erfbelasting wordt in mindering gebracht op de onderbedelingsvordering van het kind. De onderbedelingsvordering wordt immers berekend in het saldo van de nalatenschap en dus onder aftrek van de verschuldigde erfbelasting (art. 4:7 lid 1 onder e BW). De inkomstenbelasting kent een dergelijke compensatie niet.

rampenclausule in een testament op te nemen. Dat leert bijvoorbeeld het onfortuinlijke lotgeval van het jong getrouwde echtpaar dat kort na elkaar in de Dominicaanse Republiek aan voedselvergiftiging is overleden (gerechtshof Den Haag 12 mei 2020, [ECLI:NL:GHDHA:2020:891](#)). In dat geval was de volgorde van overlijden – de jonggetrouwden overleden kort na elkaar – bepalend voor de wijze van erfopvolging.²³

Ten slotte moet nog wel bedacht worden dat de testamentaire rampenclausule een onvoorzien effect heeft. Als gevolg van deze clausule worden alle testamentaire verkrijgingen – zowel erfstellingen als legaten – *voorwaardelijk* gemaakt. Dat heeft consequenties voor de legitieme portie, omdat voorwaardelijke verkrijgingen inferieur zijn, en niet door een legitimaris zonder meer geaccepteerd behoeven te worden (vgl. art. 4:72 onder a BW voor inferieure erfstellingen en art. 4:73 lid 1 onder a BW voor inferieure legaten).

6. Het belastbare feit voor de schenkbelasting

De schenkbelasting wordt op grond van de Successiewet geheven over de waarde van al wat krachtens schenking wordt verkregen (art. 1 lid 1 onder 2° SW). Onder het begrip 'schenking' wordt voor de toepassing van de Successiewet verstaan: (a) de schenking, (b) de gift en (c) de voldoening aan een natuurlijke verbintenis (art. 1 lid 7 SW).

Schenking

De formele schenking is geregeld in art. 7:175 lid 1 BW. De schenking is een overeenkomst om niet, die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt. Het element 'om niet' geeft aan dat op geen enkele wijze een (reële) tegenprestatie bedongen is.

Gift

Wat betreft de gift wordt in art. 1 lid 7 SW verwezen naar art. 7:186 lid 2 BW. Als gift wordt aangemerkt iedere handeling die er toe strekt dat degene die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt. Te denken valt daarbij aan de verkoop van een goed tegen een lagere dan de normale prijs of een koop tegen een hogere dan de normale prijs. Een ander voorbeeld is het lenen van geld tegen een lagere dan een marktconforme rente (vgl. art. 15 lid 1 SW).

De verhouding tussen de schenking en de gift kan als volgt worden uitgedrukt. Iedere schenking is een gift, maar niet iedere gift is een schenking. Het begrip 'gift' is derhalve ruimer, en omvat mede het begrip 'schenking'.²⁴ Zie voor deze begrippen verder ook het onderdeel 'Schenking en erfrecht'.

²³ Zie hiervoor ook het onderdeel 'Wil de ware erfgenaam opstaan?'.

²⁴ De Successiewet blijkt zich aan deze civielrechtelijke begripsaanduidingen intussen niet te storen. Art. 1 lid 7 SW bepaalt namelijk: "Onder schenking wordt voor de toepassing van deze wet verstaan de gift, bedoeld in artikel 186, tweede lid van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (...)." De civielrechtelijke begrippen schenking en gift hebben in fiscalibus stuivertje gewisseld.

Natuurlijke verbintenis

Onder het schenkingsbegrip van art. 1 lid 7 SW valt mede het voldoen aan een natuurlijke verbintenis. De natuurlijke verbintenis wordt omschreven als een rechtens niet-afdwingbare verbintenis die ontstaat wanneer de wet of een rechtshandeling aan een verbintenis de afdwingbaarheid onthoudt of wanneer iemand jegens een ander een dringende morele verplichting heeft van zodanige aard dat naleving daarvan, ofschoon rechtens niet afdwingbaar, naar maatschappelijke opvattingen als voldoening van een aan die ander toekomende prestatie moet worden aangemerkt (art. 6:3 BW). Het belang van de kwalificatie van een natuurlijke verbintenis als schenking is niet groot, omdat art. 33 onder 12° SW deze bevoordeling krachtens een natuurlijke verbintenis onder voorwaarden weer vrijstelt van de heffing van schenkbelasting. Hierdoor is het wel aan de belastingplichtige om een beroep te doen op de vrijstelling voor de erfbelasting, en zo nodig te bewijzen dat sprake is van een natuurlijke verbintenis (omkering van de bewijslast).

Tijdstip van verkrijging

Als tijdstip van een verkrijging krachtens schenking en het ontstaan van de belastingschuld wordt het moment waarop de schenking tot stand komt, gehanteerd. Bijzondere bepalingen gelden voor een schenking onder opschortende dan wel ontbindende voorwaarde(n) (§ 13.2).

Niet als schenking wordt beschouwd: verwerping van de nalatenschap

Voor de toepassing van de Successiewet wordt niet als schenking aangemerkt de bevoordeling als gevolg van verwerping van een erfrechtelijke verkrijging door een erfgenaam of legataris (art. 1 lid 8 SW).

Bij de vaststelling van de verschuldigde belasting wordt voorkomen dat door verwerping ten gunste van andere erfgenamen erfbelasting kan worden bespaard (art. 30 SW). De door de erfrechtelijke verkrijgers verschuldigde erfbelasting mag niet minder bedragen dan de erfbelasting die zonder de verwerping verschuldigd zou zijn geweest.

Voorbeeld

Vader overlijdt en moeder en zoon zijn ieder tot erfgenaam voor de onverdeelde helft benoemd. De wettelijke verdeling van de nalatenschap is uitgesloten (vgl. art. 4:13 lid 1 BW). Er zijn verder geen afstammelingen. De nalatenschap bedraagt € 680.000, wat voor ieder een verkrijging betekent van € 340.000. De zoon heeft een vrijstelling van ca. € 21.000 (2022), terwijl moeder de partnervrijstelling van ca. € 680.000 (2022) heeft. De zoon verwerpt de nalatenschap waardoor zijn erfrechtelijke verkrijging met terugwerkende kracht alsnog bij zijn moeder terecht komt, zulks in de veronderstelling dat de gehele nalatenschap bij moeder onbelast is. Dit is een successierechtelijke *blooper*. Door art. 30 SW is de moeder na verwerping van de nalatenschap door de zoon niet minder erfbelasting verschuldigd dan door de zoon verschuldigd zou zijn geweest zonder verwerping.

Niet als schenking wordt beschouwd: boedelmenging

Evenmin is als schenking te beschouwen de wijziging van het huwelijksvermogensregime staande het huwelijk. Door het beëindigen van de koude uitsluiting van de gemeenschap van goederen en het ontstaan van de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen kan een huwelijkspartner worden bevoordeeld zonder dat daarbij sprake is van een schenking.²⁵ Dit kan zich uiteraard ook voordoen als een vermogende persoon in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen trouwt met een partner die financieel onbemiddeld is.

Voorbeeld

De ene echtgenoot heeft een vermogen van € 2 miljoen en de ander van € 1 miljoen. Als het echtpaar besluit hun huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting op te heffen en de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen in te voeren, lijkt de ene echtgenoot de andere te bevoordelen. Er is in de ogen van de Hoge Raad geen sprake van een schenking, omdat er geen voltooide vermogensverschuiving is (HR 28 januari 1959, NJ 1959, 171). Als de armste echtgenoot immers € 4 miljoen in de oudejaarsloterij wint, zou hij met het in stand laten van de koude uitsluiting beter af zijn geweest. Zelfs bij het invoeren van een wettelijke algehele gemeenschap van goederen op het sterfbed is er volgens de Hoge Raad geen sprake van een schenking (HR 17 maart 1971, BNB 1971/94).

Kan het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk aangemerkt worden als een schenking?

De Hoge Raad overwoog onder meer in zijn uitspraak van 28 januari 1959, [ECLI:NL:HR:1959:AY1786](#), NJ 1959, 17:

“dat dit echter niet betekent, dat – indien de ene partij, te dezen de man, een groter vermogen in de gemeenschap brengt dan de ander, de vrouw – reeds door dit intreden van de gemeenschap zich een eenzijdige waardeverschuiving uit het vermogen van den man naar dat van de vrouw heeft voltrokken, zoals deze kenmerkend is voor bevoordeling door schenking en daarmede tevens voor de verkrijging door schenking in den zin der Successiewet;

dat daarom voor de vraag of en in hoeverre door de huwelijksgemeenschap een der echtgenoten ten laste van den ander is bevoordeeld niet beslissend is hetgeen de boedelmenging door en bij het intreden van de gemeenschap tot ogenblikkelijk gevolg heeft, maar wat bij het einde van de huwelijksgemeenschap in verband met het gegeven saldo der vermogensverschuivingen het resultaat voor de dan weer afzonderlijk bestaande vermogens der echtgenoten blijkt te zijn;

dat de Successiewet 1956 voor het heffen van schenkingsrecht in een zodanig geval geen aanknopingspunt geeft en indien het wenselijk is, in verband met de thans mogelijk geworden wijziging van huwelijkse voorwaarden gedurende het huwelijk, een bevoordeling, waartoe de instelling van een huwelijksgemeenschap uiteindelijk kan hebben geleid, in verband met een vrijgevigheid, waartoe deze bevoordeling valt terug te brengen, te belasten, de wetgever dit geval zal moeten regelen;”

²⁵ Zie daarvoor ook het onderdeel ‘Relatievermogensrecht en erfrecht’.

In dit geval waren de echtgenoten gehuwd in koude uitsluiting. Bij huwelijkse voorwaarden werd de wettelijke algehele gemeenschap van goederen ingevoerd. Van een gerechtigdheid van elk der echtgenoten tot de eigen vermogens werden de echtgenoten in het nieuwe regime beiden voor 100% gerechtigd tot de huwelijksgemeenschap, onder respectering van een gelijk recht van de ander. Met het oog op spreiding van het vermogen over twee nalatenschappen en het plannen van de erfbelastingdruk is deze stap goed te begrijpen.

Het vervolg hierop was de uitspraak van de Hoge Raad van 17 maart 1971, [ECLI:NL:HR:1971:AX5018](#):

“dat artikel 12, lid 1, voornoemd, sprekende over al wat door een erflater is geschonken, uiteraard het oog heeft op hetgeen volgens artikel 1, lid 2, der Successiewet 1956 voor de toepassing van deze wet onder schenking wordt verstaan; dat daartoe een bevoordeling van de ene echtgenoot door de andere als gevolg van boedelmenging door een wijziging van de huwelijkse voorwaarden als de onderhavige niet kan worden gerekend, omdat niet reeds door het intreden van de algehele gemeenschap van goederen zich een op een bepaald ogenblik voltooide eenzijdige waardeverschuiving uit het vermogen van de ene naar dat van de andere echtgenoot voltrekt, zoals deze kenmerkend is voor bevoordeling door schenking en daarmee tevens voor de verkrijging door schenking in de zin der Successiewet 1956”.

In deze zin ook de uitspraak van de Hoge Raad van 2 februari 2024, [ECLI:NL:HR:2024:165](#), waarin bij huwelijkse voorwaarden de stap is gezet naar een ongelijke breukdelengemeenschap (90% voor de langstlevende / 10% voor de vermoedelijk eerststervende):

“Het Hof is terecht ervan uitgegaan dat het aangaan van huwelijkse voorwaarden als de onderhavige geen schenking inhoudt. Daarmee heeft zich immers nog niet een eenzijdige vermogensverschuiving uit het vermogen van de ene, in het vermogen van de andere echtgenoot voltrokken, die kenmerkend is voor een schenking. Dit is niet anders als de echtgenoten, zoals in dit geval, volgens de huwelijkse voorwaarden voor ongelijke delen zullen zijn gerechtigd tot de goederen die tot de huwelijksgemeenschap behoren.”

Zie hiervoor tevens het Besluit van 29 maart 2018, *Staatscourant* 2018, nr. 18050. Het Besluit is genomen kort na de introductie van de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen.

Art. 3 lid 2 SW

Art. 3 lid 2 SW geldt alleen voor de schenkbelasting.²⁶ Eenieder die binnen Nederland gewoond heeft en binnen één jaar na het verlaten van Nederland een schenking doet, wordt geacht op dat tijdstip in Nederland te wonen. De nationaliteitseis geldt hier niet. In een dergelijke situatie kan er derhalve door Nederland schenkbelasting worden geheven ter zake van een schenking die door de ene buitenlander aan de andere buitenlander in het buitenland wordt gedaan. Aan de uitvoerbaarheid van deze regeling mag getwijfeld worden.

²⁶ Zie ook het onderdeel ‘Internationale aspecten van erf- en schenkbelasting’.

7. Maatstaf van heffing

7.1. Waardering

Uitgangspunt voor de vaststelling van het belastbare bedrag bij de heffing van erfbelasting is de waarde die aan hetgeen erfrechtelijk is verkregen in het economische verkeer op het moment van de verkrijging dient te worden toegekend (art. 21 lid 1 SW). De vaststelling van de grootte van de erfrechtelijke verkrijging vindt plaats naar het moment van overlijden. De erfbelasting is daarmee een *tijdstipbelasting*, zodat waardeontwikkelingen ná het overlijden van de erflater – en dat kunnen waardeontwikkelingen ten positieve of ten negatieve zijn – buiten beschouwing blijven.

Onder de *waarde in het economische verkeer* wordt verstaan de prijs die bij verkoop op de voor het desbetreffende goed meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de best biedende gegadigde wordt betaald.²⁷ Het gaat dus om de optimale verkoopprijs.

Dat de optimale verkoopprijs niet altijd eenvoudig is vast te stellen, leert de volgende uitspraak van de Hoge Raad van 12 juli 2013, [ECLI:NL:HR:2013:31](#). In deze zaak behoorde tot de nalatenschap van de op 20 november 2003 overleden erflater een Chinese porseleinen pot.²⁸ De pot werd door een deskundige (tezamen met drie andere potten) op € 60.000 geschat. Op basis van deze taxatie is aangifte voor de erfbelasting gedaan. De pot – die de familie gebruikte om cassettebandjes in te bewaren, zo leert het verhaal – werd door Christie's Amsterdam naar Londen gestuurd, waar een grotere expertise aanwezig is op het gebied van Chinees porselein. Naar later blijkt, was het een zeer zeldzame Chinese pot uit de periode van de Han-Yuan dynastie. In Londen werd de waarde van de pot geschat tussen € 300.000 en € 400.000. Op 12 juli 2005 vindt de veiling plaats. Tot grote verbijstering van eenieder wordt de pot geveild voor ongeveer € 23 miljoen. Dat heeft op 25 november 2005 geleid tot een suppletieaangifte voor de erfbelasting door de erfgenamen, waarbij aan de pot een waarde van € 100.000 werd toegekend.

Zoals de belastingadviseur van belanghebbenden opmerkte, reageerde de inspecteur als de hond van Pavlov.²⁹ Met dagtekening 18 maart 2008 heeft de inspecteur navorderingsaanslagen aan de erfgenamen opgelegd. Daarbij is de inspecteur uitgegaan van een waarde van de Chinese pot op de overlijdensdatum van € 23 miljoen, leidende tot een aanslag voor de erfbelasting van € 6,2 miljoen. De inspecteur stelde zich dus op het standpunt dat de verkoopopbrengst op de veiling een indicatie bij uitstek was voor de aan de pot per overlijdensdatum toe te kennen waarde, twintig maanden eerder. De erfgenamen waren echter van oordeel dat deze opbrengstwaarde niet de waarde van de pot was op de overlijdensdatum.

Met een deskundigenrapport in de hand is geprobeerd met de Belastingdienst tot een vergelijk te komen. Toen dat niet lukte, was een belastingprocedure onvermijdelijk. De rechtbank oordeelde dat aan de pot een waarde op de overlijdensdatum van € 10 miljoen

²⁷ Zie bijvoorbeeld HR 20 juni 1962, *BNB* 1962/273 en HR 5 februari 1969, *BNB* 1969/63.

²⁸ Ten onrechte wordt in de literatuur ook wel gesproken over een Chinese vaas, maar een pot heeft ook een deksel.

²⁹ Met een Pavlovreactie wordt een aangeleerde, onbewuste reactie bedoeld. De Rus Ivan Pavlov constateerde dat honden begonnen te kwijlen, zodra ze door hadden dat ze op korte termijn te eten kregen. Pavlov besloot de speekselproductie van de dieren te gebruiken in een nieuw gedragsexperiment. Telkens als hij zijn honden te eten gaf, liet hij kort hiervoor een belletje rinkelen. Onbewust begonnen de dieren het belletje hierdoor te associëren met eten. Uiteindelijk begonnen de honden zelfs te kwijlen als Pavlov alleen maar met het belletje rinkelde, zonder dat er eten in de buurt was. Deze onbewuste en aangeleerde reactie kwam bekend te staan als de Pavlovreactie.

toekwam.³⁰ Het hof heeft zich in appel verenigd met het oordeel van de rechtbank. Ook het hof heeft geoordeeld dat de waarde van de Chinese pot op de overlijdensdatum moet worden gesteld op € 10 miljoen. Omdat geen van beide partijen de door haar voorgestane waarde in het economische verkeer van de Chinese pot aannemelijk had gemaakt, heeft de rechtbank, en in het voetspoor daarvan ook het hof, de waarde op de overlijdensdatum schattenderwijs vastgesteld. Bij die vaststelling is de op 12 juli 2005 gerealiseerde verkoopprijs op de veiling tot uitgangspunt genomen. Voorts is rekening gehouden met de algemene waardestijging, zoals die naar voren kwam in een aan belanghebbenden uitgebracht deskundigenbericht, op de markt van Chinees keramiek uit de tijd van de Han-Yuan dynastie in de periode tussen de overlijdensdatum en de veilingdatum van ten minste 100%, alsmede met een groeiende schaarste van zeldzaam Chinees aardewerk en met de snel toenemende welvaart in China in die periode.

In cassatie wordt hiertegen tevergeefs opgekomen. De Hoge Raad overweegt dat het hof er terecht van is uitgegaan dat onder de waarde in het economische verkeer moet worden verstaan de prijs die bij aanbidding van een zaak ten verkoop op de voor die zaak meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meestbiedende gegadigde zou zijn betaald. Het oordeel dat belanghebbenden de door hen verdedigde waarde niet aannemelijk hebben gemaakt met de ingebrachte taxaties van deskundigen in het licht van de op 12 juli 2005 gerealiseerde beduidend hogere verkoopprijs, berust op de aan de feitenrechter voorbehouden waardering van de bewijsmiddelen. Dat oordeel behoefde geen nadere motivering, ook niet in het licht van de opinies van de door belanghebbenden geraadpleegde deskundigen. Het stond het hof vrij om, zoals het heeft gedaan, bij het ontbreken van een verkoopprijs op de overlijdensdatum in een geval als het onderhavige, waarin partijen de door hen verdedigde waarden niet aannemelijk hebben gemaakt, de later gerealiseerde verkoopprijs tot uitgangspunt te nemen en op basis daarvan de waarde op de overlijdensdatum schattenderwijs vast te stellen, met inachtneming van de marktontwikkelingen in de tussenliggende periode. De omstandigheid dat in het onderhavige geval die tussenliggende periode twintig maanden omvat, staat daaraan evenmin in de weg. De schatting van de invloed van de marktontwikkelingen tussen de overlijdensdatum en de verkoopdatum is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt, aldus de Hoge Raad. De beslissing van het hof op dat punt is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering dan door het hof is gegeven. Ook van dit oordeel behoefde het hof zich niet te laten weerhouden door de schattingen en opinies van door belanghebbenden geraadpleegde deskundigen, aldus de Hoge Raad.

In aanvulling op het uitgangspunt van de waarde in het economische verkeer (vgl. art. 21 lid 1 SW) zijn met betrekking tot bepaalde nalatenschapsgoederen bijzondere waarderingsregels in de Successiewet geformuleerd.

Effecten

Voor effecten die in een prijscourant worden opgenomen (zoals effecten die zijn genoteerd aan de effectenbeurs van Euronext), wordt de waarde in het economische verkeer gesteld

³⁰ In het vakblad Fiscaal UptoDate werd opgemerkt dat de rechter zich *“de kwaliteiten van een echte kunstkenner heeft aangemeten”*. In ons systeem is de rechter intussen wel opgedragen om knopen door te hakken. Opmerkelijk is dat de rechtbank voorbij is gegaan aan het aanbod om een deskundige – één van de specialisten op het gebied van Chinees porselein – te horen.

op de slotnotering die is vermeld in de prijscourant die betrekking heeft op de laatste beursdag voorafgaande aan de dag van de erfrechtelijke verkrijging (art. 21 lid 3 SW).

Eigen woning en verhuurde woningen

Onroerende zaken die in gebruik zijn als eigen woning worden gewaardeerd naar de WOZ-waarde (art. 21 lid 5 SW). De wetgever hanteert voor de eigen woning een waarderingsforfait, terwijl voorheen werd uitgegaan van de waarde in het economische verkeer. Dat leidde tot veel procedures naar aanleiding van taxatierapporten met een discutabele kwaliteit. Gelet op het feit dat de frequentie waarmee de WOZ-waarde wordt aangepast zou worden opgevoerd, is die keuze te billijken.³¹ Achteraf is het echter ongelukkig dat in 2010 voor die andere systematiek is gekozen in een dalende conjunctuur. Immers, de WOZ-waarde bleek langzamer te dalen dan de marktwaarde. Dat gaf erfgenamen het gevoel erfbelasting te moeten betalen over gebakken lucht, indien de WOZ-waarde in de markt niet gerealiseerd kon worden. Die tijden zijn inmiddels veranderd.

De erfrechtelijke verkrijger van de eigen woning mag op verzoek uitgaan van de WOZ-waarde die geldt voor het kalenderjaar ná het kalenderjaar van de verkrijging (art. 21 lid 5 t/m 10 SW). De WOZ-waarde is ook bepalend voor verhuurde woningen, tenzij een lagere waarde door de verhuurde staat aannemelijk wordt gemaakt.

Onderneming

De waarde van een onderneming wordt bepaald alsof de onderneming wordt voortgezet (waarde *going concern* of voortzettingswaarde), maar ten minste op de liquidatiewaarde (art. 21 lid 13 SW). Uitgegaan moet immers worden van rationeel handelende verkrijgers. Met name bij ondernemingen in de landbouw- en visserijsector of campings kan de liquidatiewaarde meer opleveren dan de voortzettingswaarde.

Geldvorderingen

Geldvorderingen in het kader van de wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 lid 3 BW), geldvorderingen die zijn verkregen indien een nalatenschap is verdeeld overeenkomstig de wettelijke verdeling (de quasi-wettelijke verdeling) en legitieme geldvorderingen (art. 4:80 lid 1 BW) worden gewaardeerd als renteloze vorderingen, indien daarop het rentepercentage zoals opgenomen in art. 4:13 lid 4 BW en art. 4:84 BW van toepassing is (art. 21 lid 15 SW). De schulden die met deze geldvorderingen corresponderen worden op dezelfde wijze gewaardeerd.

Dit is een praktische benadering, aangezien op deze vorderingen, bij wijze van inflatiecorrectie, de wettelijke verhoging wordt bijgeschreven, die gelijk is aan de wettelijke rente te verminderen met 6%. Hoe de wettelijke rente zich in de toekomst zal ontwikkelen, is niet te voorspellen. Ten behoeve van de heffing van erfbelasting mogen vorderingen met de rentevoet van art. 4:13 lid 4 BW en art. 4:84 BW als renteloos worden beschouwd. Vervolgens kan de waarde van deze geldvorderingen bepaald worden, rekening houdende met de leeftijd van de langstlevende.

³¹ Bekend is het gegeven dat de WOZ-waarde van woningen veelal achterblijft bij de waarde in het economische verkeer. Dat voorkomt procedures, terwijl gemeentes met behulp van hun lokale tarieven toch de opbrengst kunnen genereren die zij wensen. Eens in de vier jaar is een (protest)stem daartegen mogelijk.

Aan de langstlevende komt – als onderdeel van de wettelijke verdeling van de nalatenschap – in economische zin het vruchtgebruik van de niet-opeisbare en renteloze geldvorderingen van de kinderen ten goede. Deze geldvorderingen worden aan de langstlevende levenslang renteloos ter beschikking gesteld. Voor de bepaling van de waarde van het fictief vruchtgebruik van deze geldvorderingen gelden enkele bijzondere regels (zie hierna).

Het is mogelijk om de contante waarde van de geldvorderingen – en daarmee de hoogte van de daarover verschuldigde erfbelasting – te beïnvloeden door overeen te komen dat op de geldvorderingen een andere rente zal worden bijgeschreven dan de wettelijke verhoging van art. 4:13 lid 4 BW of art. 4:84 BW. Naarmate de contractuele rente hoger wordt, stijgt de contante waarde van de geldvorderingen van de kinderen en daarmee hun erfrechtelijke verkrijging en wordt het fictief vruchtgebruik van de geldvorderingen van de langstlevende kleiner. Fiscaal wordt het resultaat van het sluiten van een dergelijke renteovereenkomst gevolgd (art. 1 lid 3 SW), mits een dergelijke overeenkomst binnen de aangiftetermijn van acht maanden na overlijden wordt gesloten. Op deze wijze is het mogelijk om tot op zekere hoogte zelf te bepalen hoeveel belasting bij het eerste overlijden betaald moet worden (de zogeheten ventieltechniek, § 5).³²

7.2. Waardering van periodieke uitkeringen en vruchtgebruik

Voor de waardering van periodieke uitkeringen en vruchtgebruik kent de Successiewet enkele bijzondere voorschriften.

Onder een *periodieke uitkering* wordt in art. 18 lid 2 SW niet alleen verstaan de uitkering in geld, maar ook *“elke andere, voortdurende, of op vastgestelde tijdstippen terugkerende, prestatie”*. De periodieke uitkering kan worden verkregen krachtens een legaat of een derdenbeding of van een verzekeringsmaatschappij.

De Successiewet kent een ruim begrip vruchtgebruik. Onder *vruchtgebruik* wordt mede verstaan: vruchtgenot, gebruik en bewoning, vruchten en inkomsten, jaarlijkse opbrengst en soortgelijke uitkeringen uit daartoe aangewezen goederen (art. 18 lid 1 SW). Het vruchtgebruik kan een gelegateerd vruchtgebruik van bijvoorbeeld een effectenportefeuille of een vakantiehuisje zijn. Zoals we hebben gezien in § 7.1 behoort een fictief vruchtgebruik eveneens tot de mogelijkheden.

Hoe moet de waarde hiervan worden vastgesteld? Bij de waardering van periodieke uitkeringen en vruchtgebruik moet in elk geval een onderscheid worden gemaakt tussen: (i) uitkeringen die afhankelijk zijn van het leven van één of meerdere personen en (ii) uitkeringen voor een bepaalde tijd. De waardering verloopt volgens een vast stramien, waarbij bijvoorbeeld de gezondheidstoestand van degene van wiens leven de uitkering afhankelijk is buiten beschouwing blijft. Verder geldt dat de waarde van het vruchtgebruik wordt berekend door uit te gaan van een jaarlijks normrendement van 6% (art. 21 lid 14 SW en art. 10 Uitvoeringsbesluit SW). Dat percentage moet vermenigvuldigd worden met een factor die bij de leeftijd van de gerechtigde hoort (art. 21 lid 14 SW en de tabellen van art. 5 en art. 6 Uitvoeringsbesluit SW). Ten slotte geldt dat de waarde van hetgeen onder de last van een vruchtgebruik of van een periodieke uitkering wordt verkregen, wordt gesteld op de waarde in onbezwaarde staat, verminderd met de waarde van die last (art. 21 lid 11 SW).

³² Zie daarvoor verder het onderdeel ‘Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvul- en afvullegaten’.

Zo is de waarde van het bloot-eigendom het verschil tussen de volle eigendom en de waarde van het (fictief) vruchtgebruik.

Voorbeelden

Vader heeft een nalatenschap van € 1 miljoen en heeft aan moeder het levenslang vruchtgebruik daarvan gelegateerd. Ten tijde van het overlijden van vader is moeder 60 jaar. Zijn dochter is enig erfgename. Wat is de successierechtelijke waarde van ieders erfrechtelijke verkrijging?

Moeder krijgt het vruchtgebruik van de nalatenschap. Bij haar leeftijd hoort volgens art. 5 Uitvoeringsbesluit SW factor 10, te vermenigvuldigen met 6%, zodat de waarde van het vruchtgebruik 60% van € 1 miljoen is, namelijk € 600.000. Dat bedrag valt in beginsel binnen de partnervrijstelling. Voor de dochter resteert een successierechtelijke verkrijging van € 1 miljoen - € 600.000 = € 400.000 (te verminderen met de kindvrijstelling van ca. € 25.000 (2024)).

Om de waarde van een periodieke uitkering of een vruchtgebruik te bepalen, moet – als gesteld – onderscheid gemaakt worden tussen: (i) een periodieke uitkering in geld, die van het leven van één of meerdere personen afhankelijk is en (ii) een periodieke uitkering in geld die na een bepaalde tijd vervalt.

Ad (i) : periodieke uitkering of vruchtgebruik afhankelijk van het leven van één of meerdere personen

Een uitkering kan afhankelijk zijn van het leven van één of meerdere personen. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de tabel van art. 5 Uitvoeringsbesluit SW:

De waarde van een periodieke uitkering in geld van het leven van één persoon afhankelijk, wordt gesteld op het jaarlijkse bedrag, vermenigvuldigd met:

16,	wanneer degene gedurende wiens leven de uitkering moet plaatshebben,	jonger dan 20 jaar is,
15,		20 jaar of ouder, doch jonger dan 30 jaar is,
14,		30 jaar of ouder, doch jonger dan 40 jaar is,
13,		40 jaar of ouder, doch jonger dan 50 jaar is,
12,		50 jaar of ouder, doch jonger dan 55 jaar is,
11,		55 jaar of ouder, doch jonger dan 60 jaar is,
10,		60 jaar of ouder, doch jonger dan 65 jaar is,
8,		65 jaar of ouder, doch jonger dan 70 jaar is,
7,		70 jaar of ouder, doch jonger dan 75 jaar is,
5,		75 jaar of ouder, doch jonger dan 80 jaar is,

4,		80 jaar of ouder, doch jonger dan 85 jaar is,
3,		85 jaar of ouder, doch jonger dan 90 jaar is,
2,		90 jaar of ouder is.

Ad (ii): periodieke uitkering of vruchtgebruik voor bepaalde tijd

Een uitkering kan voor een bepaalde tijd toegekend zijn (al dan niet afhankelijk van het leven van één of meerdere personen). Een voorbeeld is een jaarlijkse uitkering gedurende vijf jaar of een jaarlijkse uitkering totdat de verkrijger de leeftijd van 30 jaar heeft bereikt. In dit geval wordt gebruik gemaakt van de tabel van art. 6 lid 1 Uitvoeringsbesluit SW:

De waarde van een periodieke uitkering in geld welke na een bepaalde tijd vervalst, wordt gesteld op het jaarlijkse bedrag, vermenigvuldigd met het aantal jaren gedurende welke zij moet plaatshebben, iedere euro berekend tegen de volgende bedragen:

	indien de uitkering afhankelijk is van het leven van een persoon			indien de uitkering niet van het leven afhankelijk is
	jonger dan 40 jaar	40 jaar of ouder, doch jonger dan 60 jaar	60 jaar of ouder	
het eerste vijftal jaren	0,84	0,83	0,75	0,85
het tweede vijftal jaren	0,62	0,60	0,40	0,64
het derde vijftal jaren	0,46	0,42	0,15	0,48
het vierde vijftal jaren	0,34	0,28	0,04	0,36
het vijfde vijftal jaren	0,25	0,18	0,02	0,28
de volgende jaren	0,12	0,06	-	0,15

De volgens de eerste drie kolommen van deze tabel berekende waarde (waarbij de uitkering voor een bepaalde tijd afhankelijk is van het leven van een persoon) mag niet hoger zijn dan de waarde die ingevolge art. 5 Uitvoeringsbesluit SW in aanmerking genomen zou moeten worden (art. 6 lid 2 Uitvoeringsbesluit SW). Wordt de waarde berekend volgens de vierde kolom van deze tabel (waarbij de uitkering voor een bepaalde tijd niet van het leven van de gerechtigde afhankelijk is) dan mag de aldus berekende waarde niet meer bedragen dan zeventien maal het jaarlijks uit te keren bedrag (eveneens art. 6 lid 2 Uitvoeringsbesluit SW).

Daarnaast gelden nog de volgende, aanvullende regels.

Een periodieke uitkering/vruchtgebruik dat eindigt bij het overlijden van de langstlevende van twee of meer personen, wordt gewaardeerd als een periodieke uitkering/vruchtgebruik van een persoon die vijf jaar jonger is dan de jongste gerechtigde (art. 7 lid 1 Uitvoeringsbesluit SW).

Een periodieke uitkering/vruchtgebruik dat eindigt bij het overlijden van de eerststervende van twee of meer personen, wordt gewaardeerd als een periodieke uitkering/vruchtgebruik van een persoon die vijf jaar ouder is dan de oudste gerechtigde (art. 7 lid 2 Uitvoeringsbesluit SW).

Opgemerkt wordt – nogmaals – dat bij de waardering van een periodieke uitkering en het vruchtgebruik abstract te werk wordt gegaan, zodat geen rekening wordt gehouden met bijvoorbeeld de *gender* van de gerechtigde, de daadwerkelijke gezondheidstoestand van de gerechtigde en de vraag of aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid tot vervreemding en vertering is toegekend.³³

Betreft het een uitkering in geld voor onbepaalde tijd, die niet afhankelijk is van het leven, dan is de waarde gelijk aan het zeventienvoud van het jaarlijkse bedrag (art. 6 lid 3 Uitvoeringsbesluit SW). Dat kan aan de orde zijn bij een uitkering die aan een stichting voor onbepaalde tijd is toegekend.

Als de periodieke uitkering belast is voor de inkomstenbelasting, mag hiermee bij de waardering rekening worden gehouden. De berekende waarde mag dan worden verminderd met een latente belastingclaim van 30% (art. 20 lid 5 en 6 SW).

Voorbeeld, uitkering voor bepaalde tijd

Theo heeft aan zijn vier vriendinnen (van 29 jaar), (30), (33) en (31), tezamen en bij opvolging, het levenslange recht van gebruik en bewoning gelegateerd van zijn vakantiehuisje in De Fryske Marren. De woning heeft een waarde van € 200.000.

De jaarlijkse opbrengst wordt gesteld op € 12.000 (art. 10 Uitvoeringsbesluit SW). Omdat het recht van gebruik en bewoning pas eindigt bij het overlijden van de langstlevende van de vier vriendinnen moet het worden berekend als een vruchtgebruik van iemand die vijf jaar jonger is dan de jongste. We moeten dus kijken naar de leeftijdsfactor die volgens de eerste tabel hoort bij iemand van 24 (29 – 5) jaar en dat is factor 15. Het vruchtgebruik is dus $15 \times € 12.000$ ofwel € 180.000 waard. Iedere legataris heeft voor de erfbelasting een verkrijging van € 45.000.

Zou Theo hebben bepaald dat het woonrecht na tien jaar eindigt, dan moeten we kijken naar de tweede tabel. Aangezien het recht moet worden beschouwd als een vruchtgebruik van iemand van 24 jaar komen we in de linker tabel terecht. Het gelegateerde recht is waard $(5 \times 0.84 \text{ (het eerste vijftal jaren)} \times € 12.000) + (5 \times 0.62 \text{ (het tweede vijftal jaren)} \times$

³³ Zo ook het Besluit van 15 juni 2022 van de staatssecretaris van Financiën, *Staatscourant* 2022, 16195. Onder 5. (Waardering vruchtgebruik met interingsbevoegdheid) wordt vermeld dat bij de waardering van een vruchtgebruik geen rekening wordt gehouden met de interingsbevoegdheid. Verzoeken om toepassing van de hardheidsclausule hierover worden afgewezen.

€ 12.000) ofwel € 87.600 en iedere legataris heeft een verkrijging van € 21.900 voor de erfbelasting.

Voorbeeld, uitkering van leven afhankelijk

Monique (64 jaar) krijgt tot haar overlijden een ouderdomspensioen van € 20.000 per jaar. Bij haar leeftijd hoort volgens de eerste tabel een factor van 10 (art. 5 Uitvoeringsbesluit SW). De gekapitaliseerde waarde van het ouderdomspensioen bedraagt dus $10 \times € 20.000 = € 200.000$.

Voorbeeld, uitkering voor bepaalde tijd en van leven afhankelijk

Amalia (63 jaar) krijgt op grond van het testament van haar vader gedurende vijftien jaar een lijfrente van € 5.000 per jaar. De uitkering vervalt bij haar overlijden. De uitkering moet op grond van art. 6 lid 1 Uitvoeringsbesluit SW als volgt worden gewaardeerd volgens de meest linker kolom van de tweede tabel:

$$5 \times 0,75 \times € 5.000 = € 18.750$$

$$5 \times 0,40 \times € 5.000 = € 10.000$$

$$5 \times 0,15 \times € 5.000 = \underline{€ 3.750}$$

In totaal: € 32.500

Voorbeeld, uitkering voor bepaalde tijd en niet van leven afhankelijk

Bert (61 jaar) krijgt gedurende vijftien jaar een periodieke uitkering gelegateerd van € 10.000 per jaar. Deze is niet afhankelijk van zijn leven (na zijn overlijden krijgen zijn erfgenamen recht op de uitkering). De uitkering moet op grond van art. 6 lid 1 Uitvoeringsbesluit SW als volgt worden gewaardeerd volgens de rechter kolom:

$$5 \times 0,85 \times € 10.000 = € 42.500$$

$$5 \times 0,64 \times € 10.000 = € 32.000$$

$$5 \times 0,48 \times € 10.000 = \underline{€ 24.000}$$

In totaal € 98.500

Voorbeeld, uitkering afhankelijk van twee levens

Aan Ben (48 jaar) en zijn echtgenote Esther (43 jaar) is een periodieke uitkering van € 5.000 per jaar gelegateerd. De uitkering zal eindigen bij het overlijden van de langstlevende.* Voor de bepaling van de waarde moet worden uitgegaan van de leeftijd van iemand die vijf jaar jonger is dan de jongste van het stel (art. 7 lid 1 Uitvoeringsbesluit SW). Er moet derhalve uitgegaan worden van de factor die hoort bij een leeftijd van 38 jaar. Bij die leeftijd hoort volgens de eerste tabel factor 14 (art. 5 Uitvoeringsbesluit SW). De gekapitaliseerde waarde van de uitkering bedraagt dus $14 \times € 5.000 = € 70.000$.

* Zou de periodieke uitkering eindigen bij het overlijden van de eerststervende, dan moet worden uitgegaan van de leeftijd van degene die vijf jaar ouder is dan de oudste van het stel (art. 7 lid 2 Uitvoeringsbesluit SW). In dat geval zou factor 12, behorende bij een leeftijd van 53 jaar, gehanteerd moeten worden.

In de voorbeelden is geen rekening gehouden met de inkomstenbelasting. De aanspraken op een pensioen en lijfrente e.d. zijn vrijgesteld van erfbelasting als de premies aftrekbaar waren voor de inkomstenbelasting (art. 32 lid 1 onder 5° SW). Deze uitkeringen moeten wel gewaardeerd worden voor de pensioenimputatie (§ 10.1).

7.3. Waardering van een legaat van een woning tegen inbreng

In een testament kan een legaat van een woning aan een legataris toegekend worden. De legataris verkrijgt dan een vorderingsrecht, een recht op levering van de woning. Ook kan zijn bepaald dat de legataris een bepaalde tegenprestatie dient te leveren en die in de nalatenschap moet inbrengen, ofwel een legaat tegen inbreng van de waarde.

Voor de waardering van de vordering van een legataris geldt als hoofdregel de waarde in het economische verkeer (art. 21 lid 1 SW). Hetzelfde geldt voor de waardering van de inbrengverplichting bij een legaat tegen inbreng. Wordt een woning gelegateerd, dan geldt daarvoor de speciale waarderingsregel van art. 21 lid 5 SW (waardering op de WOZ-waarde) (§ 7.1).

Ten behoeve van de heffing van erfbelasting moet het legaat (d.w.z. de vordering van de legataris tot verkrijging van de woning) op de WOZ-waarde gewaardeerd worden.³⁴ Bij een legaat van een woning tegen inbreng van (een deel van) de waarde van de woning moet voor de waardering van deze inbrengverplichting ook uitgegaan worden van de speciale waarderingsregeling van art. 21 lid 5 SW.³⁵ De inbrengverplichting van de legataris (en het daartegenover staande vorderingsrecht van de erfgenamen) is namelijk gerelateerd aan de waarde van de gelegateerde woning. Het maakt voor de waardering van de inbrengverplichting niet uit of de inbreng al dan niet (tijdelijk) schuldig wordt gebleven, behoudens dan het mogelijke fictief vruchtgebruik van de inbrengvordering. Deze wijze van waardering geldt niet als in het testament is opgenomen dat een vast geldbedrag door de legataris moet worden ingebracht.

Voorbeelden

A is enig erfgenaam van de nalatenschap met daarin een woning met een WOZ-waarde van 200 en een waarde in het economische waarde (WEV) van 190. De woning is gelegateerd aan B, tegen inbreng van de WEV. De woning en de inbrengverplichting worden voor de erfbelasting beide gewaardeerd op 200. De verkrijging door legataris B wordt dan ook gewaardeerd op de WOZ-waarde van de woning van 200 minus de inbrengverplichting van 200 is 0. Erfgenaam A verkrijgt een vordering op de legataris, die voor de erfbelasting ook wordt gewaardeerd op 200. Dit ongeacht het feit dat de vordering civielrechtelijk beoordeeld *lager* is.

³⁴ Zie ook het Besluit van 15 juni 2022, *Staatscourant* 2022, nr. 16195.

³⁵ In HR 11 december 2015, [ECLI:NL:HR:2015:3491](#), oordeelde de Hoge Raad: "De omvang van de door belanghebbende verkregen legaten was, voor zover hier van belang, bepaald op tien procent van het saldo van de nalatenschap. Het hof is terecht ervan uitgegaan dat bij de waardering van die nalatenschap voor de heffing van erfbelasting de daartoe behorende woning moet worden gewaardeerd met toepassing van de in de SW neergelegde regels, waaronder artikel 21, lid 5, van de SW (Vgl. HR 21 februari 2014, nr. 13/00455, [ECLI:NL:HR:2014:339](#), BNB 2014/126). Die waarderingsmaatstaf moet ook worden toegepast voor zover de omvang van de legaten afhankelijk is van de waarde van die woning (vgl. HR 13 december 1995, nr. 29716, [ECLI:NL:HR:1995:AA3167](#), BNB 1996/70). De tegen 's-Hofs oordelen gericht klachten falen derhalve."

C is enig erfgenaam van de nalatenschap met daarin een woning met een WOZ-waarde van 180 en een WEV van 190. De woning is gelegateerd aan D, tegen inbreng van de WEV. De woning en de inbrengverplichting worden voor de erfbelasting beide gewaardeerd op de WOZ-waarde van 180. Voor de erfbelasting wordt de verkrijging door legataris D dan ook gewaardeerd op 0. Voor de erfbelasting verkrijgt erfgenaam C een vordering op de legataris, die ook wordt gewaardeerd op 180. Dit ongeacht het feit dat de vordering civielrechtelijk beoordeeld *hoger* is.

E is enig erfgenaam van de nalatenschap met daarin een woning met een WOZ-waarde van 180 en een WEV van 170. De woning is gelegateerd aan F, tegen inbreng van 40% van de WEV van de woning. De woning wordt voor de erfbelasting gewaardeerd op de WOZ-waarde van 180. De inbrengverplichting wordt gewaardeerd op 40% van de WOZ-waarde, dus op 72. Legataris F verkrijgt voor de erfbelasting de woning gewaardeerd op 180 minus de inbrengverplichting van 72, dus in totaal 108. De door erfgenaam E verkregen vordering op legataris F wordt gewaardeerd op 72. Dit ongeacht het feit dat de vordering civielrechtelijk beoordeeld *lager* is.

G is enig erfgenaam in de nalatenschap met daarin een woning met een WOZ-waarde van 120 en een WEV van 140. De woning is gelegateerd aan H, tegen inbreng van het vaste bedrag van 100. De hoogte van deze inbreng is niet gekoppeld aan de waarde van de woning. De verkrijging van de legataris wordt voor de erfbelasting gewaardeerd op de WOZ-waarde van de woning minus de inbrengverplichting van 100, dus op 20. De door erfgenaam G verkregen vordering op de legataris wordt voor de erfbelasting gewaardeerd op 100.

7.4. Schenkbelasting en waardering van de woning

Hoe moet voor de heffing van schenkbelasting worden omgegaan met de waardering van een woning die wordt overgedragen (i) tegen schuldigerkenning van de koopsom met (gedeeltelijke) kwijtschelding dan wel (ii) tegen een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer (WEV)?

Ad (i) - Kwijtschelding van een schuldig gebleven koopsom

Stel dat een ouder een woning heeft met een WEV van € 200.000, dat de woning wordt verkocht tegen een koopsom gelijk aan de WEV en dat een deel van de koopsom wordt kwijtgescholden. Is in een dergelijk geval het object van schenking de woning of het bedrag van de kwijtschelding? De Hoge Raad oordeelde in zijn uitspraak van 26 februari 2016, [ECLI:NL:HR:2016:319](#), dat in het voorliggende geval dat bij verkoop van de woning tegen een koopsom gelijk aan de WEV gevolgd door kwijtschelding van een deel van de koopprijs, het object van schenking niet de woning is, maar de kwijtschelding.³⁶ In dat geval

³⁶ In het bewuste geval was het pand verkocht voor de waarde in het economische verkeer (€ 250.000). Vervolgens was een deel van de koopprijs ter grootte van € 40.000 kwijtgescholden. De WOZ-waarde van het pand bedroeg € 258.000. De Hoge Raad stelde de omvang van de gift vast op € 40.000. Omdat de woning was verkocht tegen de waarde in het economische verkeer lag in die rechtshandeling geen gift besloten en was het waarderingsvoorschrift van art. 21 lid 5 SW niet aan de orde.

was 16% van de koopprijs kwijtgescholden. De waarde van hetgeen geschonken is, is het kwijtgescholden bedrag. Waardering van de woning met toepassing van de speciale waarderingsregel van art. 21 lid 5 SW is dan ook niet aan de orde. Het samenstel van rechtshandelingen, namelijk de verkoop van een woning gevolgd door de kwijtschelding van een deel van de koopprijs, brengt niet met zich dat het object van schenking de woning is.

Volgens de staatssecretaris van Financiën blijft het een belangrijke vraag of bij elk kwijtscheldingspercentage het object van de schenking de kwijtschelding is.³⁷ Als ten gevolge van de kwijtschelding een koopprijs resteert die ten opzichte van de WEV van een relatief geringe betekenis is, lijkt dat niet het geval en wordt de woning (in plaats van de kwijtschelding) het object van de schenking. De staatssecretaris heeft in het Besluit van 15 juni 2022 de grens waarbij het object van schenking de kwijtschelding is, vastgesteld op 90%. Dit houdt het volgende in: als de kwijtschelding van de koopprijs 90% of meer van de WEV bedraagt, is het object van de schenking de woning en niet de kwijtschelding. Op grond van art. 21 lid 5 SW wordt dan voor de waarde van hetgeen geschonken is de WOZ-waarde van de woning als uitgangspunt genomen.

Bij elkaar opvolgende kwijtscheldingen kan onduidelijkheid bestaan over het verband tussen de verkoop van de woning en de daaropvolgende kwijtscheldingen van de koopprijs. Naarmate de kwijtscheldingen langer na het moment van verkoop plaatsvinden, zal er minder snel sprake zijn van een dergelijk verband. De staatssecretaris stelt dat voor de 90%-grens alleen de kwijtscheldingen meetellen die uiterlijk plaatsvinden op de dag van de juridische levering, zijnde de dag waarop de akte van levering wordt ingeschreven in het openbare register van het kadaster. De kwijtscheldingen die na de dag van de juridische levering plaatsvinden, blijven voor de beoordeling of 90% of meer van de WEV is kwijtgescholden buiten aanmerking. Dit betekent dat als op de dag van de juridische levering in totaal minder dan 90% van de WEV van de woning is kwijtgescholden, het totale bedrag van de kwijtscheldingen als object van schenking wordt aangemerkt. Dit geldt ongeacht of de verkoper van de woning schriftelijk heeft vastgelegd dat hij het voornemen heeft om de schuldig gebleven koopprijs na de juridische levering (in één of meerder keren) kwijt te schelden.

Ad (ii) - Verkoop van de woning voor een koopsom lager dan de WEV

Bij verkoop van een woning tegen een koopprijs die lager is dan de WEV, kan sprake zijn van een gift (art. 7:186 lid 2 BW en art. 1 lid 7 SW). Aangezien bij de verkoop een woning wordt overgedragen, dient volgens de staatssecretaris blijkens het Besluit van 15 juni 2022 voor de waardering van deze gift de WOZ-waarde als uitgangspunt te worden genomen. Daarbij is gelet op doel en strekking van de speciale waarderingsregel van art. 21 lid 5 SW.

Voorbeelden

Oom verkoopt in 2019 een woning aan zijn neef voor een prijs die lager is dan de WEV. Die koopprijs is 290, de WEV is 300 en de WOZ-waarde is 280. Er is sprake van een schenking. Omdat de schenking plaatsvindt bij de verkrijging van de woning, geldt de waarderingsregel van art. 21 lid 5 SW. Omdat de WOZ-waarde lager is dan de koopprijs is de hoogte van de schenking nihil.

³⁷ Het Besluit van 15 juni 2022, *Staatscourant* 2022, nr. 16195.

Vader verkoopt in 2019 zijn woning aan zijn zoon voor een prijs die lager is dan de WEV. De koopprijs is 200, de WEV is 270 en de WOZ-waarde is 280. Er is sprake van een schenking. Omdat de schenking plaatsvindt bij de verkrijging van de woning, geldt de waarderingsregel van art. 21 lid 5 SW. De hoogte van de schenking is 280 minus 200 is 80.

Ad (i) en (ii) - Verkoop van de woning voor een koopsom lager dan de WEV én kwijtschelding van (een deel van) de schuldig gebleven koopsom

Verkoop van de woning voor een koopprijs die lager is dan de WEV gevolgd door een (gedeeltelijke) kwijtschelding van de koopprijs zijn twee afzonderlijke schenkingen. Met betrekking tot de eerste schenking - verkoop tegen een koopprijs lager dan de WEV - geldt de waarderingsregel van art. 21 lid 5 SW, de WOZ-waarde. Met betrekking tot de tweede schenking - de (gedeeltelijke) kwijtschelding van de schuldig gebleven koopprijs - is de hoogte van de schenking gelijk aan het bedrag van de kwijtschelding. Dit geldt ook als de schuldig gebleven koopprijs al dan niet in fasen wordt kwijtgescholden.

De termijn waarbinnen de twee schenkingen elkaar opvolgen is voor de waardering van de schenkingen niet relevant. Ook is niet van belang of door deze twee schenkingen 90% of meer van de WEV wordt kwijtgescholden.

Voorbeelden

Oom verkoopt in 2019 een woning aan zijn neef voor een prijs die lager is dan de WEV. Die koopprijs is 290, de WEV is 300 en de WOZ-waarde is 280. De koopprijs van 290 wordt door de neef schuldig gebleven. Nog in hetzelfde jaar scheldt de oom van deze koopprijs 270 kwijt. De eerste schenking had een waarde van nihil. Het object van de tweede schenking is de kwijtschelding, waardoor de waarde van die schenking 270 is.

Vader verkoopt in 2019 zijn woning aan zijn zoon voor een prijs die lager is dan de WEV. De koopprijs is 200, de WEV is 270 en de WOZ-waarde is 280. De akte van levering passeert eind 2019, daarin is vastgelegd dat de vader 110 van de koopprijs van 200 kwijtscheldt. Het object van deze schenking is de kwijtschelding en de waarde bedraagt 110. Voor de toepassing van het tarief en de vrijstelling worden deze twee schenkingen bij elkaar opgeteld (art. 27 SW). Het totaal van de schenkingen bedraagt 190.

8. Nabijen en overigen

Voor een goed begrip van de tariefindeling (art. 24 SW) en de vrijstellingen (art. 32 SW (erfbelasting) en art. 33 SW (schenkbelasting)) van de Successiewet is in de relatie tot de overledene het onderscheid tussen 'nabijen' en 'overigen' van belang. Immers, de langstlevende partner van de overledene - een nabije - is ingedeeld in de lage tariefgroep (10% en 20%) én deze partner heeft voor de heffing van de erfbelasting een aanzienlijke partnervrijstelling van € 795.156 (2024) (art. 32 lid 1 onder 4°.a. SW). De hedendaagse testamentenpraktijk is zelfs grotendeels gebaseerd op het effectief gebruik maken van deze partnervrijstelling.

Hieruit blijkt de vuistregel dat hoe nauwer de verwantschap is tot de erflater, hoe hoger de vrijstelling en hoe lager het tarief (*tweede progressie*, § 1).

Het loont dus zonder meer de moeite om te bezien of het in een bepaalde zaak mogelijk is van een 'overige' een 'nabije' te maken.³⁸ Dat scheelt niet alleen fors in het tarief, maar dat kan ook leiden tot een aanzienlijke partnervrijstelling.

8.1 Het partnerbegrip

In art. 5a Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR) is het basispartnerbegrip geformuleerd voor de fiscale wetgeving. Het basispartnerschap geldt in beginsel voor alle belastingwetten. In art. 1a SW zijn op het basispartnerschap evenwel enkele nuanceringen en afwijkingen geformuleerd voor het partnerbegrip dat in de erf- en schenkbelasting wordt gehanteerd. Gelet op deze verschillen tussen de (overige) fiscale wetgeving en de Successiewet verdient het daarom de voorkeur te spreken van de successierechtelijke partner (en niet van de fiscale partner). We onderscheiden bij de successierechtelijke partner: (i) echtgenoten/geregistreerde partners en (ii) samenwoners.

Ad (i) - Echtgenoten/geregistreerde partners

Volgens art. 5a lid 1 AWR wordt als fiscale partner aangemerkt: de echtgenoot. Voor de fiscale wetgeving wordt de geregistreerde partner op één lijn met de echtgenoot gesteld (art. 2 lid 6 AWR). Het huwelijk en het geregistreerd partnerschap worden voor fiscale doeleinden gelijkgeschakeld. Opvallend is dat deze bepaling geen definitie of verwijzing bevat van wat onder een huwelijk of een geregistreerd partnerschap moet worden verstaan. Daarvoor dienen we terug te vallen op de bepalingen van Boek 1 BW.³⁹

Vervolgens treden in de Successiewet enkele verschillen aan de dag met het fiscale partnerbegrip in de AWR. Zo blijft op grond van art. 1a lid 6 SW een aantal bepalingen van art. 5a AWR voor de Successiewet buiten toepassing. Voor zover hier relevant leidt dat er bijvoorbeeld toe dat de status van successierechtelijke partner pas eindigt na ontbinding van het huwelijk als gevolg van de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand (art. 1:163 lid 1 BW), en niet reeds na indiening van een verzoek tot echtscheiding zoals bedoeld in art. 1:150 BW of een verzoek tot scheiding van tafel en bed zoals bedoeld in art. 1:169 BW (vgl. art. 1a lid 6 SW j° art. 5a lid 4 onder a SW).

³⁸ Het over het hoofd zien of niet adviseren hierover is voor een notaris klachtwaardig (Notariskamer 14 december 2021, [ECLI:NL:GHAMS:2021:3581](#), in welk geval de notaris de erflater had moeten wijzen op het aanzienlijke verschil in de verschuldigde erfbelasting voor partners en andere verkrijgers).

³⁹ Dat betekent ook dat het zogeheten 'singuliere huwelijk' niet wordt erkend (vgl. HR 1 februari 2019, [ECLI:NL:HR:2019:155](#)). In die zaak was de man in 2014 overleden. De vrouw was zijn enig erfgenaam. De man en de vrouw woonden feitelijk samen, maar niet op hetzelfde woonadres volgens de gemeentelijke basisadministratie. In dispuut was of de vrouw een beroep kon doen op de partnervrijstelling van de Successiewet 1956. De waarde van de nalatenschap bedroeg bijna € 1 miljoen. De inspecteur verleende een vrijstelling van slechts € 2.092 (2014). De vrouw voerde aan dat zij op singuliere wijze met de man een huwelijk was aangegaan, ter ondersteuning waarvan (waarschijnlijk idyllisch) beeldmateriaal was overgelegd. Bovendien had de vrouw de man intensief verzorgd en beschikten zij over een (toekomstig) gemeenschappelijk graf. De Hoge Raad hoefde uiteindelijk geen oordeel hierover te vellen, omdat het griffierecht niet op tijd betaald was. Het hof had in appel geconcludeerd dat gelet op de tekst van de Successiewet en de wetsgeschiedenis de partnervrijstelling niet van toepassing was.

Ook blijkt een verschil tussen de Successiewet en het Burgerlijk Wetboek op te treden in geval van scheiding van tafel en bed (art. 1:169 e.v. BW).⁴⁰ Als echtgenoten van tafel en bed gescheiden zijn, zijn zij formeel nog steeds gehuwd. De scheiding van tafel en bed komt tot stand door de inschrijving van de beschikking in het huwelijksgoederenregister (art. 1:173 lid 1 BW). Volgens art. 5a lid 3 AWR zijn de echtgenoten dan echter niet meer elkaars successierechtelijke partner. Dat zou betekenen dat degenen die van tafel en bed gescheiden zijn nadien tot de categorie 'overigen' zouden gaan behoren, met alle consequenties van dien. In het Beleidsbesluit fiscale echtgenoten van 5 juli 2010 (nr. DGB2010/872M) is goedgekeurd dat de van tafel en bed gescheiden echtgenoot voor de toepassing van het tarief van de Successiewet (en dus niet voor de vrijstelling) als partner wordt aangemerkt (10% en 20%), mits men geen andere partner heeft. Dat speelt uiteraard alleen als de van tafel en bed gescheiden echtgenoot testamentair bedacht is. De van tafel en bed gescheiden echtgenoot kan namelijk niet meer aanspraak maken op de status van versterfgenaam in de eerste groep (art. 4:10 lid 1 onder a BW).

Scheiding van tafel en bed kan door verzoening ongedaan gemaakt worden. Verzoening dient hier op formele wijze begrepen te worden. Scheiding van tafel en bed eindigt door de verzoening van de echtgenoten, en wel op het tijdstip dat zij op hun eensluidende verzoek in het huwelijksgoederenregister hebben doen inschrijven dat de scheiding heeft opgehouden te bestaan (art. 1:176 lid 1 BW). De inschrijving doet alle gevolgen van het huwelijk van rechtswege herleven, alsof er geen scheiding van tafel en bed heeft plaatsgehad (art. 1:176 lid 2 BW).

Ad (ii) - Samenwoners

Ongehuwde samenwoners zijn in beginsel geen successierechtelijke partner van elkaar, maar behoren tot de 'overigen'. Het wordt niettemin wettelijk toegestaan dat samenwoners het huwelijk nabootsen en dan alsnog successierechtelijke partner (en dus een 'nabije') van elkaar worden. Daaraan worden dan wel voor de toepassing van de Successiewet (en in afwijking van art. 5a AWR) de nodige formele eisen gesteld.

De belangrijkste eis is de aanwezigheid van een notarieel samenlevingscontract met een wederzijdse zorgverplichting (art. 1a lid 1 onder c SW). Een onderhands opgemaakt samenlevingscontract volstaat dus niet. De eis van een wederzijdse zorgverplichting houdt in dit geval niet meer in dan dat afspraken zijn gemaakt over de kosten van de huishouding (vgl. art. 1:84 BW). Geregeld moet worden wie wat betaalt van de kosten van de huishouding. Met name wordt dus niet vereist dat in het samenlevingscontract ook alimentatieafspraken gemaakt worden. Met een paar honderd euro aan kosten voor een notarieel samenlevingscontract kan zonder huwelijk of geregistreerd partnerschap op deze wijze een aanzienlijke belastingbesparing gerealiseerd worden, bestaande uit een lager tarief (10% en 20%) én een partnervrijstelling van € 795.156 (2024) in plaats van het hogere tarief (20% en 40%) en geen partnervrijstelling.

De andere voorwaarden waaraan moet worden voldaan om successierechtelijke partner te worden, zijn blijkens art. 1a lid 1 SW:

- a. beide partners zijn meerderjarig;

⁴⁰ Scheiding van tafel en bed komt nog zelden voor. Om religieuze redenen wordt hiervoor nog wel gekozen. In die visie is het huwelijk een in principe onverbreekbare verbintenis tussen man en vrouw die door God zelf gelegd is en voor zijn aangezicht gesloten is, tot de dood scheiding maakt.

- b. inschrijving van beide partners in de gemeentelijke basisadministratie op hetzelfde woonadres;
- c. de partners zijn geen bloedverwanten in de rechte lijn; en
- d. de partners voldoen niet met een ander aan de voorgaande voorwaarden (één partner).

In de Tweede Kamer vond men het vereiste van een notarieel samenlevingscontract kennelijk toch bezwaarlijk. Daarom is per amendement een alternatieve route voor de samenwonende partners geïntroduceerd. Personen die voorafgaand aan het tijdstip van het overlijden (of de schenking) gedurende een *onafgebroken* periode van vijf kalenderjaren een gezamenlijke huishouding hebben gevoerd, hoeven geen notarieel samenlevingscontract met een wederzijdse zorgverplichting te sluiten om aangemerkt te worden als successierechtelijke partner (art. 1a lid 3 SW). De gezamenlijke huishouding dient dan wel te blijken uit de gemeentelijke basisadministratie of een daarmee vergelijkbare buitenlandse administratie. Als in voorkomend geval de onafgebroken periode van vijf kalenderjaren toch een sta-in-de-weg is, dan is een gang naar de notaris gauw gemaakt om alsnog de voordelen van het fiscale partnerschap te behalen.

De in de Successiewet opgenomen bepaling dat bloedverwanten in de rechte lijn niet elkaars partner kunnen zijn, is niet van toepassing op bloedverwanten in de eerste graad indien de bloedverwant-erflater in het jaar voorafgaand aan diens overlijden de andere bloedverwant-afstammeling heeft aangewezen als een begunstigde voor een zogenaamd mantelzorgcompliment (art. 19a Wet maatschappelijke ondersteuning) en die andere bloedverwant die uitkering ook heeft genoten (art. 1a lid 4 SW).

Partnerbegrip; meerrelaties

In sommige, veelal agrarische kringen bestaat het fenomeen van het samenwonen met drie of meer personen (meerrelaties). In dat geval bestaan er twee potentiële partners van de overledene. Hoe zou met deze situatie moeten worden omgegaan, omdat de Successiewet nu eenmaal de eis stelt dat een persoon op enig moment slechts één successierechtelijke partner kan hebben? In dit geval kan door een expliciete keuze voor een partner, blijkende uit een notarieel samenlevingscontract duidelijk gemaakt worden wie de ware partner is. De staatssecretaris van Financiën heeft op 6 juni 2011 (nr. DB 2011/138U) bevestigd dat door de keuze in een notarieel samenlevingscontract en een redelijke wetstoepassing men niet meer samen met de derde persoon woont. De staatssecretaris meldde:

"Ik vind, mede gelet op de volgorde die in artikel 1a van de Successiewet 1956 is gevolgd in samenhang met artikel 5a van de AWR en artikel 1.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001, dat het feit dat twee personen een notarieel samenlevingscontract hebben afgesloten de doorslag moet geven. Ik zal daarom in een beleidsbesluit goedkeuren dat in een dergelijk geval de personen met een notarieel samenlevingscontract elkaars partner zijn. De ander die bij hen woont, blijft dan buiten aanmerking bij de beoordeling van het partnerschap van de notarieel samenwoners."

Zie de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 13 april 2018, [ECLI:NL:RBGEL:2018:1697](#), voor een geval van drie samenwonende zussen waarin het misliep. Er was geen notarieel samenlevingscontract opgemaakt. Eén van de drie zussen

claimde de partnerstatus van de overledene in de aangifte erfbelasting met een ruime partnervrijstelling. Zij stelde dat ook zonder samenlevingscontract de partnerstatus voor haar in aanmerking kwam nu de samenwoning met de overleden zus langer dan vijf jaren duurde. De belastinginspecteur wees dit beroep op de partnerstatus af en kreeg daarin gelijk van de rechtbank Gelderland:

"Zowel eiseres als mevrouw [C. de andere zus] kunnen op basis van artikel 1a, eerste lid, onderdelen a tot en met d, van de SW als partner van erflaatster worden aangemerkt. Op basis van artikel 1a, eerste lid, onderdeel e, van de SW kunnen daarom geen van beiden als partner van erflaatster worden aangemerkt. Uit de wettekst volgt namelijk dat een persoon op enig moment slechts één partner kan hebben (zie ook artikel 5a, vijfde lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen in samenhang met artikel 1a, zesde lid, van de SW). Dit volgt ook uit de parlementaire behandeling:

'In het nieuwe uniforme basispartnerbegrip kan iedereen maar één partner hebben en is geen plaats meer voor de zogenoemde meerrelaties. De faciliteit voor meerrelaties is destijds ingevoerd in een tijdperk waarin de Successiewet 1956 vooropliep met het voor de fiscaliteit rekening houden met voor die tijd moderne samenlevingsvormen. Het was een tijdperk waarin geëxperimenteerd werd met verschillende, buitenhuwelijkse samenlevingsvormen, waaronder de zogeheten commune. De vrijstelling voor meerrelaties kon ook in die situaties van toepassing zijn, evenals in de voornamelijk in de agrarische sfeer voorkomende situaties waarin broers en zusters gezamenlijk in de ouderlijke woning waren blijven wonen. Thans wordt voor de schenk- en erfbelasting voor de partnergrip teruggekeerd naar de tweerelaties: het huwelijk, de geregistreerde partners en de samenwoners met vergelijkbare onderlinge verplichtingen. Deze begrenzing geldt als gevolg van de uniformering van het basispartnerbegrip in de Algemene wet inzake rijksbelastingen voor alle relevante wetten. De eenheid die de uniformering van het partnerbegrip teweeg brengt, acht ik van groot belang. Voorts zie ik geen aanleiding een uitzondering te creëren voor broers en zusters die in de ouderlijke woning zijn blijven wonen. Het onderscheid ten opzichte van andere broers en zusters is niet zodanig dat dit een rechtvaardiging oplevert voor een bijzondere, ongelijke behandeling.' Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 33."

Partnerbegrip; duur van de samenwoning

De gemeenschappelijke huishouding moet tot het moment van de verkrijging hebben bestaan, en wel bij een verkrijging krachtens erfrecht ten minste zes maanden en bij schenking ten minste twee jaar (art. 1a lid 2 SW). De gemeenschappelijke huishouding wordt niet verbroken geacht als dit uitsluitend het gevolg is van redenen die buiten de wil van de als successierechtelijke partner aangemerkte personen liggen. Daarbij kan gedacht worden aan opname in een verzorgingshuis of verpleeginrichting.

Indien samenwoners nog maar kort samenwonen en men samen eigenaar is van een woning en inboedel, dan is het niet verstandig meteen al een testament (over en weer) te maken met een benoeming van de ander als erfgenaam. Pas na zes maanden kwalificeert men namelijk als successierechtelijke partner van elkaar (art. 1a lid 2 SW). Overlijden binnen die periode is dan een dure aangelegenheid (de erfrechtelijke verkrijging van het onverdeeld aandeel in de woning en inboedel wordt belast naar tariefgroep II met tarieven

van 30%/40%). Een verblijvingsbeding, een ingewikkelde term voor een afspraak die in feite een verdelingsovereenkomst bij voorbaat is, biedt dan uitkomst. Bij een verblijvingsbeding wordt afgesproken dat goederen die van partijen gemeenschappelijk eigendom zijn (zoals in dit geval de woning en inboedel) bij een bepaalde gebeurtenis – het overlijden van één van hen – toekomen aan de langstlevende van hen beiden. Het gaat dus om een kansovereenkomst, zodat ook geen schenkbelasting verschuldigd wordt. Normaal zou in een dergelijk geval erfbelasting verschuldigd zijn. Verblijven van een goed bij overlijden staat namelijk gelijk aan erven van dat goed (art. 11 lid 2 SW) (§ 11.7). Maar in dit geval zal erfbelasting niet verschuldigd zijn, aangezien de langstlevende nog geen partner van de erflater is én ook niet behoort tot diens directe bloed- of aanverwanten of hun partners (art. 11 lid 5 SW). Het voorgaande betekent dat de ongehuwde samenwoner met een verblijvingsbeding gedurende de eerste zes maanden onder de heffing van erfbelasting uitkomt bij overlijden van de ander (de zogeheten ‘fictievrije vriend(in)’).

Het opmaken van een testament blijft in deze situaties belangrijk, omdat – zolang er nog geen kinderen zijn – de ouders, broers en zussen zullen erven (art. 4:10 lid 1 onder b BW). Het verblijvingsbeding helpt alleen tijdelijk. Na zes maanden wordt het verblijvingsbeding wel behandeld alsof het een testament is (ofwel een fictieve erfrechtelijke verkrijging (§ 11.7)), en vindt heffing van erfbelasting plaats. Maar vanaf dat moment kan de partner als ‘nabije’ een claim leggen op het lagere tarief (tariefgroep I met tarieven van 10%/20%) en een grote partnervrijstelling.

8.2 Het kindbegrip

Bij de tarieven in art. 24 SW en de vrijstellingen voor de erfbelasting in art. 32 SW trekt een bonte stoet kinderen aan het oog voorbij.

Tarieven

In art. 24 lid 1 SW wordt de tariefstructuur geregeld voor de afstammelingen van de erflater in de rechte lijn (zie ook § 9 hierna). Deze afstammelingen vallen alle in tariefgroep I. Een onderscheid wordt daarbij gemaakt tussen afstammelingen in de eerste graad (kinderen die tot tariefgroep I worden gerekend, met tarieven van 10% en 20%) en afstammelingen in de verdere graad (kleinkinderen en achterkleinkinderen die tot tariefgroep I.A worden gerekend, met tarieven van 18% en 36%, een opslag van 80%).

Vrijstellingen

- Ziek of gehandicapt kind

In art. 32 lid 1 onder 4°.b SW wordt een ruime vrijstelling van € 75.546 (2024) toegekend aan het zieke of gehandicapte kind. Dat kind wordt omschreven als *“kinderen die grotendeels op kosten van de overledene werden onderhouden en die ten gevolge van ziekte of gebreken vermoedelijk in de eerstkomende drie jaren buiten staat zullen zijn om met arbeid die voor hun kracht berekend is, de helft te verdienen van hetgeen lichamelijk en geestelijk gezonde personen van gelijke leeftijd in staat zijn aan inkomen uit arbeid te verwerven”*.

- Kinderen

Het vertrekpunt voor het kindbegrip is Boek 1 BW. Het gaat dan om kinderen die geboren zijn binnen het huwelijk (of geregistreerd partnerschap), kinderen die erkend zijn, kinderen die geadopteerd zijn en kinderen die gerechtelijk het ouderschap hebben laten vaststellen.⁴¹

Uitgangspunt tot voor kort was dat het biologische (niet erkende) kind voor de toepassing van de Successiewet geen kind is, omdat er geen familierechtelijke betrekking bestaat tussen de biologische vader en het kind.⁴² Bloedverwantschap leidt dus niet automatisch tot toepassing van tariefgroep I en de vrijstelling voor kinderen. De Successiewet sluit op dit punt aan bij het personen- en familierecht van Boek 1 BW en daaruit volgt dat de juridische term bloedverwantschap niet op één lijn te stellen is met de biologische en feitelijke verwantschap. Op grond van art. 1:199 BW is de vader van een kind de man die het kind heeft erkend.

Wonderlijk genoeg is inmiddels ook een ander geluid te horen. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt in zijn beslissing van 17 mei 2022, [ECLI:NL:GHARL:2022:4050](#), dat er – nota bene met een beroep op Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse taal – ruimte bestaat voor een successierechtelijk meerouderschap, zodat een biologisch kind fiscaal in meer dan twee nalatenschappen als kind kan erven. Het hof overweegt:

“Tussen partijen is niet in geschil dat in civielrechtelijke zin er geen familierechtelijke betrekking bestaat tussen erflater en belanghebbende. Ingevolge het bepaalde in artikel 1:197 van het BW staan een kind, zijn ouders en hun bloedverwanten in familierechtelijke betrekking tot elkaar. Artikel 1:198 van het BW bepaalt wie de moeder is van een kind en artikel 1:199 van het BW bepaalt wie de vader is van een kind. Ingevolge het bepaalde in artikel 1:199, onderdeel c, van het BW, is vader van een kind de man die het kind heeft erkend. Dit brengt mee dat in juridische zin [X] de vader van belanghebbende is. Een kind kan niet meer dan twee juridische ouders hebben. Dit neemt niet weg dat het begrip ‘kind’ voor de toepassing van de belastingwet, waaronder de SW, een eigen definitie kent die is opgenomen in artikel 2, lid 3, onderdeel i, van de AWR. In de wettekst is niet verwezen naar het begrip ‘familierechtelijke betrekking’, maar is aangesloten bij het begrip ‘bloedverwant’. Ingevolge het bepaalde in artikel 3:1, lid 1, van het BW, wordt de graad van bloedverwantschap bepaald door het getal der geboorten, die de bloedverwantschap hebben veroorzaakt. Een biologisch kind is een bloedverwant in de eerste graad van zijn biologische ouder. Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse taal (digitale uitgave) definieert ‘bloedverwant’ als iemand met wie je een gemeenschappelijke voorouder hebt en een ‘bloedverwant in de rechte lijn’: die van iemand afstamt (bijvoorbeeld zoon en vader). Op grond van de tekst van artikel 2, lid 3, onderdeel i, van de AWR, en ook op grond van het spraakgebruik lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat belanghebbende, door de biologische bloedverwantschap, als bloedverwant en daarmee als kind als bedoeld in artikel 32, lid 1, aanhef en ten vierde, onderdeel c, van de SW, kan worden gezien. Het Hof heeft noch in de SW noch in de wetsgeschiedenis aanknopingspunten gevonden dat voor de uitleg van het

⁴¹ Het kindbegrip is van belang voor het tarief (art. 24 lid 1 SW) en de vrijstelling voor de erfbelasting (art. 32 lid 1 onder 4° SW) en de schenkbelasting (art. 33 onder 5° SW).

⁴² In deze zin rechtbank Gelderland 22 maart 2021, [ECLI:NL:RBGEL:2021:1347](#). De erfrechtelijke verkrijging van het biologische kind ter grootte van € 503.932 werd naar het derdentarief (tariefgroep II, de ‘overigen’) belast.

begrip kind moet worden uitgegaan van een familierechtelijke betrekking. De omstandigheid dat artikel 3:1, lid 1, van het BW, voor het bepalen van de graad van bloedverwantschap vermeldt dat een erkenning, een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of een adoptie als een geboorte telt, leidt niet tot een ander oordeel. De wetgever heeft met artikel 3:1, lid 1, van het BW, het begrip 'bloedverwant' uitgebreid waardoor een juridische, familierechtelijke verhouding ook onder het begrip 'bloedverwant' valt. Aldus is voor het bestaan van bloedverwantschap een biologische relatie niet vereist. Hieruit valt naar het oordeel van het Hof niet af te leiden dat een biologisch kind niet als bloedverwant van zijn biologische ouder kan worden aangemerkt. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is het Hof van oordeel dat belanghebbende als kind van erflater heeft te gelden als bedoeld in artikel 32, lid 1, aanhef en ten vierde, onderdeel c, van de SW, en mitsdien in aanmerking komt voor de kindvrijstelling."

Het hof heeft aldus het successierechtelijke meerouderschap uitgebreid met de enkel biologische kinderen. Het is nu wachten op het definitieve oordeel van de Hoge Raad dienaangaande. De conclusie van de A-G luidt dat voor het begrip 'kind' in art. 32 lid 1 onder 4.c SW uitgegaan moet worden van de betekenis die daaraan in het civiele recht toekomt ([ECLI:NL:PHR:2023:1201](#)). De Successiewet kent niet een eigen definitie van het begrip kind, zodat aansluiting moet worden gezocht bij de definitie die daaraan in art. 2 lid 3 onder i AWR wordt gegeven. Volgens die definitie gaat het erom of betrokkene een eerstegraads bloedverwant of aanverwant in de neergaande lijn is. Het begrip bloedverwant moet worden uitgelegd volgens de betekenis die daaraan in het civiele recht wordt gegeven. Het gaat dan om het bestaan van een familierechtelijke betrekking als bedoeld in art. 1:197 BW. Voor het begrip 'afstammelingen' in art. 24 lid 1 SW moet eveneens worden aangesloten bij het civiele recht. In het berechte geval wordt het biologische kind niettemin als kind en afstammeling voor de Successiewet behandeld. De reden daarvoor is de specifieke situatie van betrokkene, waarin *family life* met erflater bestond (art. 8 EVRM). Erflater wilde de betrokkene als kind erkennen, maar die erkenning heeft door een aantal omstandigheden niet plaatsgevonden.

Het fiscaal kindbegrip is in bepaalde opzichten uitgebreider dan Boek 1 BW. Zo merkt art. 2 lid 3 onder i AWR als kind aan: een "*eerstegraads bloedverwant en aanverwant in de neergaande lijn*". Ten opzichte van Boek 1 BW voegt het fiscaal recht aan het kindbegrip derhalve toe: (i) het stiefkind (d.i. een kind uit een eerder huwelijk van de echtgenoot of echtgenote of geregistreerd partner) en (ii) het schoonkind (d.i. de man of vrouw met wie de eigen zoon of dochter is getrouwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan).

Deze uitbreiding van het kindbegrip is ook te ontlelen aan art. 19 lid 1 onder a SW, waar voor de toepassing van de Successiewet aanverwantschap met bloedverwantschap wordt gelijkgesteld. Daar past nog wel onmiddellijk de kanttekening bij dat in het personen- en familierecht op grond van art. 1:3 lid 2 BW door ontbinding van het huwelijk aanverwantschap niet wordt opgeheven, maar successierechtelijk onder omstandigheden wel. Volgens art. 19 lid 1 onder b SW eindigt deze gelijkstelling ingeval het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan anders dan door overlijden is geëindigd (bijvoorbeeld door echtscheiding).

- Quasi-stiefkind

Verder kan nog onderscheiden worden een quasi-stiefkind. Het begrip stiefkind is verbonden aan het huwelijk en geregistreerd partnerschap (art. 4:8 lid 3 BW). Nu het partnerbegrip belangrijk is uitgebreid (§ 8.1) en voor de bepaling van aanverwantschap de kwalificatie als partner met het huwelijk en geregistreerd partnerschap gelijkgesteld wordt, kennen we successierechtelijk ook het quasi-stiefkind.

- Pleegkinderen

Pleegkinderen worden onder omstandigheden ook gezien als kinderen die in familierechtelijke betrekking tot de pleegouder staan (art. 19 lid 1 onder c SW). Als pleegkinderen worden aangemerkt zij die vóór het tijdstip waarop zij de leeftijd van 21 jaar hebben bereikt dan wel het tijdstip waarop zij vóór die leeftijd in het huwelijk zijn getreden gedurende ten minste vijf jaren uitsluitend door de pleegouder – dan wel uitsluitend door hem en zijn echtgenoot tezamen – als een eigen kind zijn onderhouden en opgevoed (art. 19 lid 2 SW). In het Pleegkinderenbesluit⁴³ wordt een nadere toelichting op het begrip pleegkind gegeven.

9. Tarief

De erf- en schenkbelasting worden geheven volgens hetzelfde tarief dat hoger wordt naarmate de waarde van de belaste verkrijging hoger wordt (*eerste progressie*). Bovendien is de belasting hoger naarmate er minder nauwe bloed- of aanverwantschap bestaat tussen erflater of schenker enerzijds en de verkrijger anderzijds (*tweede progressie*).⁴⁴ De erf- en schenkbelasting zijn verschuldigd door de verkrijger (art. 36 SW).

Tarief

Onderstaand wordt de in 2024 geldende tariefstructuur weergegeven voor de erf- en schenkbelasting (art. 24 SW).

Gedeelte van de belaste verkrijging tussen		I. indien verkregen door partner of afstammelingen in de rechte lijn*	II. in overige gevallen
(1)	(2)		
€ 0	€ 152.368	10%	30%
€ 152.368	hoger	20%	40%

* Voor afstammelingen in de tweede of verdere graad bedraagt de belasting het ingevolge deze kolom verschuldigde, vermeerderd met 80% daarvan.

⁴³ Zie Besluit van 5 juli 2010, *Staatscourant* 2010, nr. 10783.

⁴⁴ Het in de Successiewet gemaakte onderscheid in de tariefstructuur en vrijstellingen naar de mate van verwantschap is niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel, het discriminatieverbod en/of het recht van eigendom. Zie daarvoor EHRM 22 juni 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0622DEC004675799 en HR 19 oktober 2007, [ECLI:NL:HR:2007:AZ1715](https://eclii.nl/HR:2007:AZ1715).

Onder een 'belaste verkrijging' wordt verstaan de waarde van de erfrechtelijke verkrijging of schenking ná aftrek van de vrijstelling (§ 10).

In de praktijk wordt de groep afstammelingen van de erflater of schenker in de tweede of verdere graad als tariefgroep I.A. aangeduid. De daarvoor geldende tarieven zijn respectievelijk 18% (met een belaste verkrijging tussen nihil en € 152.368) en 36% (met een belaste verkrijging van meer dan € 152.368). Die regeling is er om te voorkomen dat een erflater om redenen van belastingbesparing zijn vermogen rechtstreeks aan zijn kleinkinderen vermaakt (*generation skipping*).

Onzekerheid omtrent verwantschap

Art. 29 lid 1 SW geeft een regeling voor situaties waarin gegevens voor de toepassing van het tarief ontbreken, omdat er onzekerheid bestaat omtrent de verwantschap met de erflater of omtrent de persoon van de schenker of de verkrijger. In die situaties wordt de hoogste belasting geheven die verschuldigd zou kunnen zijn. Blijkt later dat er te veel belasting is geheven, dan volgt vermindering van de aanslag en krijgt de verkrijger de te veel betaalde belasting terug.

Bestaat onzekerheid over de persoon van de schenker, dan wordt deze ten tijde van de schenking geacht in Nederland te wonen (art. 29 lid 2 SW). De begiftigde is dan schenkbelasting verschuldigd.

Art. 29 SW wordt eveneens toegepast indien de naam of de woonplaats van de schenker of de begiftigde desgevraagd niet wordt genoemd (art. 29 lid 4 SW).

Samenvoegingsbepalingen

Erfrechtelijke verkrijgingen door partners worden voor de tarieftoepassing en de vrijstellingen altijd samengevoegd. De aldus samengevoegde verkrijgingen worden toegerekend aan de persoon die het nauwste verwant is aan de erflater (art. 25 SW). Deze bepaling is van belang voor de omvangbepalingen in de vrijstellingen. Zij voorkomt ook dat de werking van de progressieve tariefstructuur wordt afgezwakt door de verkrijgingen over beide partners te verdelen.

Voorbeeld

In 2022 is vader overleden. Zijn nalatenschap is groot € 40.000. Hij heeft bij testament zijn dochter en haar echtgenoot tot zijn erfgenamen benoemd (elk € 20.000). Art. 25 SW leidt ertoe dat na aftrek van de vrijstelling van € 21.559 (2022) een totale belaste verkrijging resteert van € 18.441, waarover 10% erfbelasting betaald moet worden. Zonder art. 25 SW zouden de dochter en haar echtgenoot twee geheel vrijgestelde erfrechtelijke verkrijgingen hebben ontvangen.

Partners worden voor de berekening van de schenkbelasting als één persoon (ofwel als schenker, ofwel als begiftigde) aangemerkt. Ook dit gebeurt om te voorkomen dat schenkbelasting wordt bespaard door de schenking te splitsen. De schenkbelasting wordt alsdan berekend naar de naaste verwantschap tussen de schenker of diens partner en de begiftigde of diens partner (art. 26 lid 1 SW).

Worden de schenkingen gedaan binnen één jaar voor het huwelijk van de schenkers of de begiftigden, dan wordt het huwelijk geacht ten tijde van de schenkingen te hebben bestaan (art. 26 lid 2 SW). Op deze wordt voorkomen dat de samenvoegingsbepaling wordt ontlopen door schenkingen kort voor het aankomende huwelijk te doen.

Schenkingen die gedurende het kalenderjaar door dezelfde schenker aan dezelfde begiftigde zijn gedaan, worden voor de tariefbepaling samengevoegd (art. 27 SW). De aangifte schenkbelasting behoeft pas te worden gedaan binnen twee maanden na het verstrijken van het kalenderjaar waarin de schenkingen hebben plaatsgevonden (art. 46 SW).

Schenkingen, door ouders (gehuwd of niet) tezamen of afzonderlijk gedurende een kalenderjaar aan een kind gedaan, worden aangemerkt als één schenking ter grootte van het gezamenlijke bedrag (art. 28 SW).

Leefvormneutraal maken van de erf- en schenkbelasting

In de politiek is aandacht gevraagd voor het leefvormneutraal maken van de huidige tarief- en vrijstellingenstructuur van de erf- en schenkbelasting. Thans worden gehuwden, geregistreerde partners en onder voorwaarden ook samenwonenden als successierechtelijke partners aangemerkt, met allerlei daaraan verbonden voordelen (§ 8.1). Alleenstaanden – mensen zonder partner en kind(eren) – kunnen niet tegen een lager tarief of met een hogere vrijstelling nalaten of schenken. Aan de minister van Justitie en Veiligheid is gevraagd door het kamerlid Van Ginneken (D66) of de opvatting wordt gedeeld dat dit onderscheid niet gerechtvaardigd is en dat de innigheid van de relatie met iemand, ook al is die in juridische zin geen familielid, zou moeten doorwerken in de erf- en schenkbelasting. Ook is gevraagd of de minister bereid is te onderzoeken wat ervoor nodig is om iedereen toe te staan aan een paar dierbaren voordelig te schenken of na te laten, ook als zij geen familielid zijn. Deze wens is wel aldus verwoord dat het mogelijk zou moeten zijn één of meer keren de ‘successierechtelijke joker’ in te zetten. De minister heeft in zijn reactie⁴⁵ aangegeven dat de geesten daarvoor nog niet rijp zijn:

“Kortom, een wijziging van de wijze waarop schenkingen en erfenissen afkomstig van alleenstaanden worden belast zou een fundamentele wijziging betekenen van de uitgangspunten die aan het huidige stelsel ten grondslag liggen. Bovendien zou het stelsel complexer worden en heeft een wijziging budgettaire implicaties. Het kabinet heeft daarom op dit moment geen voornemens voor een dergelijke wijziging van de schenk- en erfbelasting.”

10. Vrijstellingen voor de erf- en schenkbelasting

De vrijstellingen voor de erfbelasting (art. 32 SW)) en de schenkbelasting (art. 33 SW) zijn alle *voetvrijstellingen*. Een dergelijke vrijstelling geldt ongeacht of de heffingsgrondslag het bedrag van de vrijstelling overschrijdt. Eerst nadat de vrijstelling op de waarde van de verkrijgingen krachtens erfrecht dan wel schenking in mindering is gebracht, wordt het tarief daarop losgelaten.

⁴⁵ Zie de brief van 22 juni 2022 aan de Tweede Kamer met als onderwerp ‘Schenk- en erfbelasting en de legitieme portie in het erfrecht’ (kenmerk 4048257).

10.1. Vrijstellingen voor de erfbelasting

De vrijstellingen voor de erfbelasting bedragen voor de navolgende personen in 2024 (art. 32 lid 1 SW):

a. partners (echtgenoot, geregistreerde partner en samenwonende partner): € 795.156

Deze vrijstelling wordt verminderd met de helft van de waarde van het verkregen pensioen, van lijfrenten alsmede van aanspraken op periodieke uitkeringen bij overlijden welke door een partner ten gevolge van het overlijden worden verkregen, met dien verstande dat na deze korting de vrijstelling niet minder bedraagt dan € 205.420 (art. 32 lid 2 SW). Zie verder § 10.2 (pensioenimputatie).

b. kind (kind, pleegkind, stiefkind en kleinkind): € 25.187

c. achterkleinkind: € 2.658

d. ziek of gehandicapt kind: € 75.546

Deze laatste categorie wordt omschreven als kinderen die grotendeels op kosten van de overledene werden onderhouden en die ten gevolge van ziekte of gebreken in de eerstkomende drie jaren buiten staat zullen zijn om met arbeid die voor hun kracht berekend is, de helft te verdienen van hetgeen lichamelijk en geestelijk gezonde personen van gelijke leeftijd in staat zijn aan inkomen te verwerven (art. 32 lid 1 onder 4° b SW).

e. ouder: € 59.643

f. andere erfgenaam (zoals broer of zus of derden): € 2.658

Deze vrijstellingen zijn – als gezegd – voetvrijstellingen. Is de waarde van de erfrechtelijke verkrijging lager dan of gelijk aan de vrijstelling, dan is geen erfbelasting verschuldigd. Is de waarde van de erfrechtelijke verkrijging hoger dan de vrijstelling, dan wordt over het bedrag dat boven de vrijstelling uitkomt erfbelasting verschuldigd. Dit meerdere heet dan een belaste verkrijging.

ANBI

Een algehele vrijstelling voor de erfbelasting geldt voor algemeen nut beogende instellingen (ANBI's), beter bekend onder de benaming 'goede doelen'. Dit zijn lichamen (veelal in de rechtsvorm van een vereniging of stichting dan wel een buitenlandse instelling die daarmee vergelijkbaar is) die voor ten minste 90% (oftewel nagenoeg uitsluitend) werkzaam zijn ten behoeve van het algemeen belang (art. 5b AWR), en niet een familie- of ander particulier belang. De uitoefening van commerciële activiteiten staat niet in de weg aan het verkrijgen of het behouden van de ANBI-status. De commerciële inkomsten dienen dan wel binnen een redelijke termijn geheel of nagenoeg geheel ten goede te komen aan de doelstelling van de ANBI.⁴⁶

⁴⁶ Zie verder de Uitvoeringsregeling AWR 1994.

ANBI's worden door de inspecteur op verzoek als zodanig aangemerkt (art. 5b lid 6 AWR). ANBI's verrichten activiteiten op het terrein van welzijn, cultuur, onderwijs, wetenschap en onderzoek, bescherming van natuur en milieu, daaronder begrepen bevordering van duurzaamheid, gezondheidszorg, jeugd- en ouderenzorg, ontwikkelingssamenwerking, dierenwelzijn, religie, levensbeschouwing en spiritualiteit, de bevordering van de democratische rechtsorde, volkshuisvesting, een combinatie van genoemde doelen, alsmede het financieel of op andere wijze ondersteunen van een ANBI (art. 5b lid 3 AWR).⁴⁷ Andere voorwaarden die de belastingdienst aan de ANBI-status stelt, zijn bijvoorbeeld:

- de ANBI heeft met het geheel van haar algemeen nuttige activiteiten geen winstoogmerk;
- niemand kan beschikken over het vermogen van de ANBI alsof het zijn eigen vermogen is;
- de ANBI houdt slechts een vermogen aan dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de continuïteit van de voorziene werkzaamheden om de doelstelling van de instelling te bereiken;
- leden van het beleidsbepalende orgaan van de ANBI ontvangen slechts een kostenvergoeding;
- bij liquidatie keert de ANBI een eventueel batig saldo uit aan een andere ANBI dan wel aan een buitenlandse instelling die voor minstens 90% het algemeen nut beoogt; en
- de instelling beschikt over een beleidsplan, voert een administratie en publiceert informatie met betrekking tot haar functioneren op internet.

Of een instelling is aangewezen als ANBI wordt bekendgemaakt op de website van de Belastingdienst.

SBBI

Een algehele vrijstelling geldt ook voor sociaal belang behartigende instellingen (SBBI's). De SBBI's kennen minder zware vereisten dan die van toepassing zijn op de ANBI's (art. 5c AWR). SBBI's kunnen bijvoorbeeld zijn zang- en dansverenigingen, muziek- en harmonieverenigingen, sportverenigingen, buurt- en dorpshuizen, hobbyclubs, personeelsverenigingen, ouderenverenigingen, amateurtoneelverenigingen.

Een steunstichting SBBI is een stichting die voldoet aan bij ministeriële regeling te stellen voorwaarden en die is opgericht uitsluitend met het doel geld in te zamelen ter ondersteuning van een SBBI ten behoeve van een bij ministeriële regeling aan te wijzen doel (art. 5d AWR). Het moet gaan om ondersteuning van een jubileum van een SBBI op het gebied van sport of muziek.

Deze vrijstellingen voor ANBI's en SBBI's gelden voor zover aan de verkrijging niet een opdracht is verbonden die aan de verkrijging het karakter ontnemt van te zijn geschied in het algemeen of sociaal belang en ook aan de overige voorwaarden van de wet is voldaan.

⁴⁷ Het begrip 'algemeen nut' is niet langer een open norm. De wet bevat een limitatieve opsomming van de categorieën die het algemeen nut dienen.

Enkele voorbeelden

Vader overlijdt en moeder, zijn successierechtelijke partner, is bij testament tot enig erfgenaam benoemd. De kinderen zijn als erfgenaam uitgesloten. De huwelijksgemeenschap is groot € 1,3 miljoen. De nalatenschap bedraagt dus € 650.000. Moeder is gelet op de partnervrijstelling van (afgerond) € 680.000 (2022) in beginsel geen erfbelasting verschuldigd (behalve eventuele pensioenimputatie (art. 32 lid 2 SW)). Een enig erfgenaamschap is dus voor mensen met een (relatief) klein vermogen bij het 'eerste' overlijden een successierechtelijk aantrekkelijk testament, zij het dat bij overlijden van de langstlevende ouder van dat aantrekkelijke nog maar weinig resteert. Dan vererft immers het gehele huwelijkvermogen in één keer naar de erfgenamen (de kinderen), en niet in twee etappes (één gedeelte via vader en één gedeelte via moeder, zodat gebruik gemaakt kan worden van tweemaal het lage tarief en tweemaal de kindvrijstelling).

Een neef erft van zijn tante € 220.000. Eerst brengen wij in mindering de voetvrijstelling van (afgerond) € 2.274 (2022), waarna € 217.726 overblijft. Op grond van de eerste schijf is verschuldigd (tot ca. € 130.000) 30%, dat is € 39.000, te vermeerderen met 40% over € 87.726 = € 35.090, maakt in totaal € 74.090. Het behoeft geen nadere toelichting dat dit hoge bedrag aan belasting niet verschuldigd zou zijn als tante aan neef tijdens leven schenkingen had gedaan tegen het lagere tarief of als gebruik was gemaakt van een vrijstelling. Schenken kan immers in gedeelten.

Opa (weduwenaar) legateert aan ieder van zijn vijf kleinkinderen, direct na zijn overlijden opeisbaar, € 20.000 en laat achter zijn enige dochter die hij heeft benoemd tot zijn enig erfgename. Zijn vermogen is € 250.000. Zijn dochter verkrijgt € 250.000 - € 100.000 (legaten als aftrekbare schulden van de nalatenschap) - € 21.559 (vrijstelling, 2022) = € 128.441 te belasten tegen 10%, dat is € 12.844. Ieder van de kleinkinderen krijgt € 20.000 vrij van erfbelasting. Hadden de kleinkinderen meer gekregen dan het bedrag van de vrijstelling dan was het meerdere belast tegen 18% (opslag van 80%), en was uiteraard ook de aftrekbare last voor de dochter hoger geweest.

10.2. Pensioenimputatie

Het partnerpensioen is vrijgesteld van de heffing van erfbelasting. Het gaat dan om een vrijstelling met betrekking tot de waarde van aanspraken ingevolge een pensioenregeling, alsmede de waarde van lijfrenten (art. 32 lid 1 onder 5° SW) en van aanspraken op periodieke uitkeringen (art. 32 lid 2 SW). In art. 32 lid 3 en 4 SW worden de gehanteerde begrippen 'pensioenregeling' en 'lijfrenten' verder uitgewerkt.

Indien de uitkering afhankelijk is van het leven van de verkrijger, wordt de waarde van het pensioenrecht of de lijfrente-uitkering bepaald door het jaarlijks uit te keren bedrag te vermenigvuldigen met de factor van art. 5 Uitvoeringsbesluit SW (§ 7.2). Indien het een uitkering betreft gedurende een bepaalde periode, al dan niet afhankelijk van het leven, wordt de waarde bepaald volgens het bepaalde in art. 6 Uitvoeringsbesluit SW (eveneens § 7.2).

Het partnerpensioen vermindert de hoogte van de partnervrijstelling van € 795.156 (2024). Op de waarde van het te imputeren bedrag mag een forfaitaire latente inkomstenbelastingaftrek in mindering worden gebracht van 30% (art. 20 lid 5 en 6 SW). De reden daarvoor is dat het om periodieke uitkeringen gaat en deze uitkeringen mettertijd in

de heffing van inkomstenbelasting worden betrokken. Bij de imputatie op de partnervrijstelling hoeft de waarde van de pensioen- of lijfrentewaarde derhalve maar voor 70% te worden meegenomen.

De vermindering bedraagt de helft van de contante waarde van de pensioenrechten e.d., verminderd met de aftrek wegens latente inkomstenbelasting als bedoeld in art. 20 lid 5 en 6 SW (*brutomethode*). Het op de partnervrijstelling te imputeren bedrag is gelijk aan de volgens het Uitvoeringsbesluit SW berekende waarde van de uitkering, vermenigvuldigd met 0,7 (vanwege de correctie voor de latente inkomstenbelasting). Daarvan wordt vervolgens de helft in mindering gebracht op de partnervrijstelling.

Voorbeeld

Johan komt te overlijden. Zijn echtgenote Hortense (54 jaar) ontvangt na zijn overlijden een levenslang weduwenpensioen van € 35.000. Bij de leeftijd van 54 jaar hoort de factor 12 (art. 5 Uitvoeringsbesluit SW). De pensioenimputatie bedraagt dan $(€ 35.000 \times 12 \times 0,7) \times 50\% = € 147.000$. In dat geval resteert als vrijstelling $€ 680.645 - € 147.000 = € 533.645$.

Volgens de *nettomethode* bedraagt de latente inkomstenbelastingaftrek nooit meer dan 30% van de partnervrijstelling, te verminderen met het bedrag dat na imputatie als vrijstelling overblijft. De forfaitaire aftrek voor 2022 bedraagt derhalve niet meer dan 30% van € 504.808 $(€ 680.645 - € 175.837) = € 151.442,40$.

Er resteert na aftrek wel altijd een minimale partnervrijstelling van € 205.420 (2024).

Voorbeeld

De waarde van het weduwenpensioen bedraagt $12 \times € 35.000 = € 420.000$. De helft hiervan bedraagt € 210.000. De latente inkomstenbelasting bedraagt maximaal $30\% \times (€ 680.645 - € 175.837) = € 151.442$. De pensioenimputatie bedraagt $€ 210.000 - € 151.441 = € 58.558$. De resterende vrijstelling van de weduwe bedraagt $€ 680.645 - € 58.558 = € 622.087$.

10.3. Vrijstellingen voor de schenkbelasting

In art. 33 lid 1 onder 5° en 7° SW zijn de vrijstellingsbedragen opgenomen voor schenkingen aan kinderen en voor schenkingen in overige gevallen. De vrijstellingsbedragen per jaar zijn in 2024:

- a. kind (kind, pleegkind): € 6.633;
- b. kind tussen 18 en 40 jaar oud: € 31.813 (eenmalig) of € 66.268 (studie of opleiding);
- c. overig (zoals kleinkind): € 2.658.

De verruimde schenkingsvrijstelling voor de eigen woning – ook wel de ‘jubelton’ genoemd – wordt per 1 januari 2024 afgeschaft.⁴⁸ Per 1 januari 2023 is het bedrag daarvan al verlaagd naar € 28.947, en dat is gelijk aan de regulier verhoogde vrijstelling in dat jaar.

⁴⁸ De gedachte achter de herintroductie van de jubelton in 2017 was dat de schenking gebruikt zou worden om de hypotheekschuld van een woning af te lossen. In de praktijk werd de jubelton ingezet

ANBI

Een algehele vrijstelling voor de schenkbelasting geldt voor algemeen nut beogende instellingen (ANBI's), beter bekend onder de benaming 'goede doelen'. Dit zijn lichamen die voor ten minste 90% (ofwel nagenoeg uitsluitend) werkzaam zijn ten behoeve van het algemeen belang (art. 5b AWR), en niet een familie- of ander particulier belang. De uitoefening van commerciële activiteiten staat niet in de weg aan het verkrijgen of het behouden van de ANBI-status. De commerciële inkomsten dienen dan wel binnen een redelijke termijn geheel of nagenoeg geheel ten goede te komen aan de doelstelling van de ANBI.⁴⁹

ANBI's worden door de inspecteur op verzoek als zodanig aangemerkt (art. 5b lid 6 AWR). ANBI's verrichten activiteiten op het terrein van welzijn, cultuur, onderwijs, wetenschap en onderzoek, bescherming van natuur en milieu, daaronder begrepen bevordering van duurzaamheid, gezondheidszorg, jeugd- en ouderenzorg, ontwikkelingssamenwerking, dierenwelzijn, religie, levensbeschouwing en spiritualiteit, de bevordering van de democratische rechtsorde, volkshuisvesting, een combinatie van genoemde doelen, alsmede het financieel of op andere wijze ondersteunen van een ANBI (art. 5b lid 3 AWR). Of een instelling is aangewezen als ANBI wordt bekendgemaakt op de website van de Belastingdienst.

Volgens de inkomstenbelasting zijn aftrekbare periodieke giften, giften in de vorm van vaste en gelijkmatige periodieke uitkeringen die uiterlijk bij overlijden eindigen en worden gedaan aan een ANBI of een vereniging (art. 6.34 Wet IB 2001). Daarbij geldt dat deze giften moeten zijn vastgelegd in een notariële of onderhandse⁵⁰ akte van schenking en deze giften moeten gedurende vijf jaar of meer minimaal jaarlijks uitkeren (art. 6.38 lid 1 Wet IB 2001). Periodieke giften zijn fiscaal interessant omdat deze volledig voor aftrek voor de inkomstenbelasting in aanmerking komen.⁵¹ Maar daar komt verandering in.

Het kabinet heeft besloten om de aftrek van periodieke giften als bedoeld in art. 6.34 Wet IB per 1 januari 2023 te maximeren op € 250.000 per kalenderjaar.⁵² De grens van € 250.000 geldt voor de belastingplichtige en zijn fiscale partner tezamen. De aanleiding voor invoering van een maximum is het Interdepartementaal beleidsonderzoek Vermogensverdeling, het IBO-rapport van 2022. Hierbij is gekeken naar opmerkelijk gebruik van fiscale regelingen waaronder de aftrek van grote periodieke giften aan (eigen) ANBI's. Het aantal extreem hoge periodieke giften van meer dan € 1 miljoen is toegenomen blijkens de aangiften 2019 en 2020. Tegenover die extreem hoge giften staat vervolgens ook een hoog inkomen waardoor het belastbare inkomen per saldo sterk gereduceerd of zelfs tot nihil teruggebracht. Het kabinet is van mening dat het maatschappelijk ongewenst is om een giftenaftrek te verlenen voor zulke hoge giften. Met het oog op het voorkomen van anticipatiegedrag heeft het kabinet deze beperking van de maximumaftrek voor periodieke giften meteen laten ingaan. Er wordt wel een overgangperiode voorgesteld

om de aankoop van een woning te financieren, hetgeen tot een prijsopdrijvend effect op de oververhitte woningmarkt heeft geleid.

⁴⁹ Zie verder de Uitvoeringsregeling AWR 1994.

⁵⁰ Zie art. 41 Uitvoeringsregeling Wet IB 2001 voor de aan de onderhandse akte van schenking gestelde eisen.

⁵¹ Zie art. 6.39 lid 1 Wet IB 2001 voor de aftrek van andere giften dan periodieke giften.

⁵² Nota van wijziging bij het Belastingplan 2023.

van vier kalenderjaren voor periodieke giften die zijn aangegaan voorafgaand aan 4 oktober 2022 te 16.00 uur.

SBBI

Een algehele vrijstelling voor de schenkbelasting geldt ook voor sociaal belang behartigende instellingen (SBBI's). De SBBI's kennen minder zware vereisten dan die van toepassing zijn op de ANBI's (art. 5c AWR). SBBI's kunnen bijvoorbeeld zijn zang- en dansverenigingen, muziek- en harmonieverenigingen, sportverenigingen, buurt- en dorpshuizen, hobbyclubs, personeelsverenigingen, ouderenverenigingen, amateurtoneelverenigingen.

Een steunstichting SBBI is een stichting die voldoet aan bij ministeriële regeling te stellen voorwaarden en die is opgericht uitsluitend met het doel geld in te zamelen ter ondersteuning van een SBBI ten behoeve van een bij ministeriële regeling aan te wijzen doel (art. 5d AWR). Het moet gaan om ondersteuning van een jubileum van een SBBI op het gebied van sport of muziek.

Deze vrijstellingen voor de schenkbelasting gelden voor zover aan de verkrijging niet een opdracht is verbonden die aan de verkrijging het karakter ontnemt van te zijn geschied in het algemeen of sociaal belang en ook aan de overige voorwaarden van de wet is voldaan.

Enkele voorbeelden (met tarieven van 2024)

Vader schenkt aan ieder van zijn minderjarige zonen (vrij te besteden) € 15.000. Ieder kind heeft een vrijstelling van (afgerond) € 6.600. Aldus resteert een verkrijging van € 8.400 tegen 10%, zodat er € 840 schenkbelasting per kind verschuldigd is.

Vader schenkt aan moeder, zijn successierechtelijke partner, € 50.000. Moeder is wat de vrijstelling betreft 'overig' en heeft dus slechts de restvrijstelling van € 2.600 (afgerond), maar is voor wat het tarief betreft 'nabij', zodat verschuldigd is 10% over € 47.400 (€ 50.000 - € 2.600) oftewel € 4.740 aan schenkbelasting.

Opa schenkt aan zijn vijf kleinkinderen ieder € 25.000. De kleinkinderen zijn voor de vrijstellingen 'overig', maar voor het tarief 'nabij', zij het met een 80% opslag. Belast wordt € 25.000 - € 2.600 (afgerond) = € 22.400 tegen 18% oftewel verschuldigd is per kleinkind € 4.032 aan schenkbelasting.

Tante schenkt aan haar neef € 125.000. Belast wordt € 125.000 - € 2.600 (afgerond) = € 122.400, waarvan 30% wordt belast. Dat maakt in totaal € 36.720 aan schenkbelasting.

11. Het belastbare feit opnieuw: de fictieve erfrechtelijke verkrijgingen

11.1. Inleiding

Zolang als de Successiewet bestaat, worden pogingen ondernomen om constructies te bedenken waarmee de heffing van erfbelasting kan worden voorkomen. De Successiewet knoopt voor de heffing aan bij civielrechtelijke verkrijgingen "*krachtens erfrecht*" (art. 1 lid

1 onder 1° SW). Het is daarom voor sommigen een uitdaging (of zelfs een sport) een constructie te ontwerpen die economisch hetzelfde effect heeft als een erfrechtelijke verkrijging, maar die civielrechtelijk niet als een belastbare verkrijging krachtens erfrecht wordt gezien. Het is begrijpelijk dat de wetgever al deze creatieve vondsten niet lijdzaam aanvaardt, maar op enig moment – zodra de rijksschatkist te veel inkomsten mist – in actie komt. De wetgever heeft inmiddels een reeks bepalingen in de Successiewet opgenomen, waarin een dergelijke andersoortige verkrijging bij wege van wetsfictie gelijk wordt gesteld aan een erfrechtelijke verkrijging. Deze bepalingen worden als fictiebepalingen aangeduid. Deze fictiebepalingen zijn – zo is het wel eens beeldend uitgedrukt – het resultaat van een voortdurend kat- en muisspel van de Belastingdienst en belastingplichtigen.

Het voorgaande betekent dat de heffingsgrondslag voor de erfbelasting ruimer is dan de waarde van de ‘echte’ nalatenschap. De oorzaak daarvan is – als gesteld – gelegen in het feit dat ook andere vormen van verkrijging van goederen bij wetsfictie met een erfrechtelijke verkrijging worden gelijkgesteld. Met deze bestempeling tot fictieve erfrechtelijke verkrijgingen wordt beoogd te bereiken dat situaties die civielrechtelijk niet als een verkrijging krachtens erfrecht kunnen worden aangemerkt, maar die daarmee naar economische maatstaven wel vergelijkbaar zijn, in de heffing van erfbelasting kunnen worden betrokken. Het zou anders te gemakkelijk zijn om de Successiewet te ontgaan.

Ter illustratie geef ik een voorbeeld van een fictieve erfrechtelijke verkrijging. Stel dat ouders hun woning verkopen aan hun kinderen, en dat daarbij overeengekomen wordt dat de levering en betaling van de woning worden uitgesteld tot het overlijden. In dat geval is – ook volgens de Hoge Raad⁵³ – geen sprake van een erfrechtelijke verkrijging als de ouders overlijden. De kinderen kunnen de waardeoverdracht van de woning alsdan belastingvrij in ontvangst nemen. Per 1 januari 2010 is hiervoor een stokje gestoken. Een erfrechtelijke verkrijging is op grond van art. 11 lid 2 SW aan de orde bij:

“(…) goederen waaromtrent een overeenkomst is gesloten krachtens welke die goederen bij overlijden van de rechthebbende zullen toebehoren aan of kunnen worden overgenomen door de overige contractanten of één of meer van hen, alsmede op goederen waaromtrent door de erflater een verplichting tot levering is aangegaan en de levering plaatsvindt bij overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip.”

Deze fictiebepaling geldt uitsluitend indien de verkrijger behoort tot de ‘verdachtenclub’, bestaande uit de partner van de erflater of de bloed- of aanverwanten van de erflater tot en met de vierde graad of hun partners (art. 11 lid 5 SW). Met derden die niet tot deze ‘successierechtelijke verdachtenclub’ behoren, kunnen dergelijke overeenkomsten zonder risico van heffing van erfbelasting gesloten worden (zie verder § 11.7).

11.2. Algemene regels voor fictiebepalingen

Art. 7 SW geeft drie algemene regels voor de fictiebepalingen van art. 8, art. 10, art. 11 en art. 13 lid 2 SW. Op deze algemene regels wordt teruggegrepen bij de bespreking van de onderscheiden fictieve verkrijgingen.

Ten eerste wordt bepaald dat de waarde van hetgeen ter zake van de fictieve verkrijging door de verkrijger is opgeofferd of van hetgeen door de erflater ten laste van de verkrijger

⁵³ HR 6 juni 2008, *BNB* 2008/303.

werd bedongen op het bedrag van de fictieve verkrijging in mindering kan worden gebracht, maar niet verder dan tot nihil (art. 7 lid 1 SW).

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 10 oktober 2014, [ECLI:NL:HR:2014:2921](#), de begrippen 'opgeofferd' en 'bedongen' voorzien van een nadere omschrijving.⁵⁴ Tot hetgeen de verkrijger heeft opgeofferd, behoort slechts hetgeen hij werkelijk heeft opgeofferd, en niet een tegenprestatie die aanvankelijk is overeengekomen maar later is kwijtgescholden, en dit ongeacht of van meet af aan de intentie bestond om tot kwijtschelding over te gaan. De term 'bedongen' ziet niet op de tegenprestatie die de erflater voor zichzelf heeft bedongen maar op een prestatie die ten behoeve van een derde is bedongen, waarbij met name valt te denken aan een vruchtgebruik dat door erflater ten behoeve van zijn partner wordt bedongen, zodat de verkrijger de waarde van dat vruchtgebruik op de fictieve verkrijging in mindering kan brengen.

Ten tweede wordt bepaald dat overdrachtsbelasting (die niet tot toepassing van art. 13 Wet Belastingen van Rechtsverkeer heeft geleid) en schenkbelasting (die is betaald ter zake van de verkrijging die fictief wordt belast) mag worden afgetrokken van de erfbelasting die ter zake van de fictieve verkrijging verschuldigd is (art. 7 lid 2 SW). Deze regeling is van overeenkomstige toepassing verklaard voor een verkrijging op grond van art. 12 SW (sterfbedschenking, § 12.2).

Ten derde wordt bepaald dat bij de ingevolge de eerste twee algemene regels in mindering te brengen bedragen vanaf het moment van (daadwerkelijke) betaling tot het moment van overlijden een enkelvoudige rente van 6% (althans het percentage van art. 21 lid 14 SW) per jaar mag worden opgeteld, waardoor de vermindering groter wordt (art. 7 lid 3 SW).

11.3. Afstand van de gemeenschap

Wanneer de erfgenamen van de erflater afstand doen van het aandeel in de huwelijksgemeenschap waarin erflater was gehuwd, verkrijgt de langstlevende ouder het betreffende aandeel in de huwelijksgemeenschap krachtens huwelijksgoederenrecht (art. 1:103 BW). Zonder nadere regeling zou in dat geval geen erfbelasting geheven kunnen worden. Afstand van de gemeenschap heeft immers tot gevolg dat de erflater geacht wordt nooit een aandeel in de goederen van de huwelijksgemeenschap te hebben gehad, zodat hij vanuit deze gemeenschap niets heeft nagelaten.

Op grond van art. 6 SW kan over de krachtens huwelijksvermogensrecht plaatsgevonden aanwas bij de langstlevende echtgenoot alsnog erfbelasting worden geheven, en wel door die aanwas te behandelen als een fictief legaat.

Voorbeeld

Een echtpaar is gehuwd in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen. De waarde van de huwelijksgemeenschap is € 4 miljoen. De man overlijdt en de vrouw is enig erfgenaam. De vrouw doet namens haar overleden echtgenoot afstand van zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap. Per saldo is de vrouw door boedelmenging gerechtigd tot het gehele gemeenschapsvermogen en is de waarde van de nalatenschap van de man in beginsel nihil. Civielrechtelijk vindt als gevolg van de afstand geen verkrijging krachtens

⁵⁴.

erfrecht door de vrouw plaats. Via de fictie van art. 6 SW wordt echter voor de heffing van erfbelasting de helft van de waarde van de huwelijksgemeenschap (€ 2 miljoen) aangemerkt als een fictieve verkrijging krachtens erfrecht.

11.4. Post-it bepaling

In sommige kringen bestaat de naïeve gedachte dat de erflater bij leven roerende zaken zou kunnen voorzien van labels met de namen van de personen aan wie deze zaken na zijn overlijden moeten worden afgegeven. De erflater doet in feite alsof hij deze roerende zaken voor die personen houdt, terwijl het eigenlijk gaat om zaken die eigendom van de erflater zijn. Art. 8 lid 1 SW construeert in dit geval een fictieve erfrechtelijke verkrijging en laat daarmee zien dat het ijdele hoop is om op deze wijze te proberen de heffing van erfbelasting te vermijden. Dergelijke roerende zaken worden geacht krachtens erfrecht te zijn verkregen door degenen aan wie deze roerende zaken moeten worden afgegeven. Zij zijn een fictief legataris. Deze bepaling staat daarom wel bekend als de post-it of stickerbepaling. Het is mogelijk om tegenbewijs van het wettelijke vermoeden te leveren, bijvoorbeeld in het geval dat bepaalde zaken aan een ander toebehoren maar dat deze aan de erflater in bruikleen waren gegeven. De naleving van deze post-it bepaling is natuurlijk moeilijk te controleren.

Schuldigerkenning bij uiterste wil

Op vergelijkbare wijze wordt een schuldig erkenning door de erflater bij uiterste wil in de heffing van erfbelasting betrokken (art. 8 lid 3 SW). Ook hier is tegenbewijs mogelijk. Blijkens art. 8 lid 4 onder 5° SW blijft de heffing van erfbelasting achterwege indien komt vast te staan dat de erflater tijdens het leven daadwerkelijk een rechtens afdwingbare schuld had. De bewijslast daarvan rust op de verkrijger. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de erflater een bepaald bedrag verschuldigd is aan een klusjesman voor verrichte diensten, en dat deze schuld daarom in de vijf voor twaalf verleden uiterste wil is vermeld.

11.5. Bestrijding van de uitholling van de nalatenschap door bovenmatige rente

Het doel van art. 9 SW is te voorkomen dat de heffing van erfbelasting bij het overlijden van de langstlevende ouder wordt ontgaan door kunstmatig gecreëerde hoge schulden aan de kinderen.⁵⁵ Die hoge schulden kunnen ontstaan doordat op de erfrechtelijke vorderingen die de kinderen in het kader van bijvoorbeeld de wettelijke verdeling van de nalatenschap hebben verkregen als gevolg van het (voor)overlijden van de eerste ouder een rente van meer dan 6% samengesteld wordt bijgeschreven.⁵⁶ Onze fiscale wetgever houdt niet van Zuid-Amerikaanse rentes. De maximale rente waarmee fiscaal rekening mag worden

⁵⁵ In zekere zin heeft de introductie van art. 9 SW geleid tot invoering van belastingheffing met terugwerkende kracht. Deze bepaling ziet namelijk ook op erfrechtelijke verkrijgingen die vóór 1 januari 2010 zijn ontstaan. De Hoge Raad heeft evenwel in zijn uitspraak van 19 juni 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1673](#), geoordeeld dat deze materieel terugwerkende kracht niet in strijd is met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

⁵⁶ Dergelijke geldvorderingen op de langstlevende ouder kunnen eveneens ontstaan uit bijvoorbeeld een ouderlijke boedelverdeling (OBV) of een keuzelegaat tegen inbreng van de waarde.

gehouden, is 6% samengestelde rente (oftewel rente op rente).⁵⁷ De nalatenschap van de langstlevende ouder wordt door de 'bovenmatige' rente op de schulden aan de kinderen aldus excessief 'uitgehouden'. De rente zorgt als het ware voor een vermogensoverheveling - op papier - van de langstlevende naar de kinderen.⁵⁸

Het voorkomen van uitholling van de nalatenschap wordt fiscaal bereikt door het bovenmatige deel van de rente bij het overlijden in de heffing van erfbelasting te betrekken en bij betaling tijdens leven in de heffing van schenkbelasting. Weliswaar behoort de renteschuld van de erflater civielrechtelijk tot het passief van de nalatenschap, maar voor de heffing van erfbelasting vormt de daartegenover staande bovenmatige rentevordering van de schuldeiser een fictieve erfrechtelijke verkrijging. Wordt de bovenmatige rentecomponent bij leven reeds betaald, dan leidt dit tot een fictieve schenking.

Art. 9 SW richt zich niet alleen op de bijschrijving van de bovenmatige rente bij de hoofdsom, maar ook op de waardering van geldvorderingen die zijn ontstaan vanwege het overlijden van de eerststervende ouder. In art. 9 lid 1 SW wordt bepaald dat een geldvordering die ontstaat als gevolg van een verkrijging krachtens erfrecht, ongeacht de hoogte van de rente krachtens de uiterste wilsbeschikking of een renteovereenkomst ex art. 1 lid 3 SW, niet voor meer dan de nominale waarde in aanmerking wordt genomen. Bovennominaal worden rentedragende geldvorderingen niet gewaardeerd, ook niet als een hogere rente dan 6% samengesteld daartoe aanleiding zou kunnen geven.⁵⁹ Als gezegd, het voorgaande laat onverlet dat indien de rente op een dergelijke geldvordering meer dan 6% bedraagt, de gehele renteschuld civielrechtelijk weldegelijk tot het passief van de nalatenschap behoort.⁶⁰

Het tweede lid van art. 9 SW betreft het bovenmatige deel van de renteschuld - en dat is het geval als de rente hoger is dan een samengestelde rente van 6% - als een fictieve verkrijging in de heffing van erfbelasting (bij opeisbaarheid bij overlijden) dan wel in de heffing van schenkbelasting (bij aflossing of opeisbaarheid tijdens leven).

Worden bij leven betalingen gedaan door de erflater, dan is het mogelijk een betaling aan te merken als terugbetaling van de hoofdsom dan wel als betaling van de rente, aldus de staatssecretaris. Wordt rente betaald, dan is het niet mogelijk om te bepalen dat uitsluitend de niet-bovenmatige rente wordt voldaan. De rentebetaling wordt in dat geval evenredig toegerekend aan het bovenmatige en het niet-bovenmatige deel.

⁵⁷ Zie daarvoor HR 11 juli 1989, *BNB* 1989/260. Dit leidt na 12 jaar tot een verdubbeling van de schuld van de langstlevende ouder aan de kinderen. Het percentage van 6 is thans opgenomen in art. 21 lid 14 SW j° art. 10 Uitvoeringsbesluit SW.

⁵⁸ Zie ook het onderdeel 'Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvul- en afvullegaten'.

⁵⁹ We kennen immers ook geen 'negatief' vruchtgebruik van de langstlevende ouder op de vorderingen van de kinderen. Het percentage dat voor het fictief vruchtgebruik wordt gehanteerd kan niet minder dan 0 zijn.

⁶⁰ Dat opent perspectieven om de langstlevende ouder als gevolg van de oprenting van een grote hoofdsom aan erfrechtelijke vorderingen 'technisch failliet' te laten gaan, zonder dat de langstlevende daarvan bij leven enige last ondervindt. De langstlevende is en blijft eigenaar van het nalatenschapsvermogen, maar wordt met schulden aan de kinderen overladen. De langstlevende ouder gaat dus niet echt failliet. Voor de heffing van erfbelasting leidt dit ertoe dat de kinderen het vermogen als aflossing van de schuld ontvangen en daarover geen erfbelasting behoeven te betalen. Het leidt er ook toe dat op deze wijze legitimarissen effectief buitenspel gezet worden; de nalatenschap is immers negatief. Nadelen zijn dat de erflater niet meer iets kan nalaten aan een ander dan de kinderen en ook geen verschil meer kan maken tussen de kinderen. *Needless to state* dat in dit soort gevallen ook goed gekeken moet worden naar de opeisingsgronden van de geldvorderingen op de langstlevende ouder.

Art. 9 lid 3 SW ziet ten slotte op gevallen waarin een kind van de erflater op grond van art. 4:19 BW of art. 4:21 BW een wilsrecht uitoefent.⁶¹ Daarbij verkrijgt het kind tot het bedrag van zijn rentedragende vordering goederen uit de nalatenschap ter voldoening van die vordering. Voor overschrijding van de normrente in deze gevallen geldt een eigen regeling.

Voorbeelden

Om de toepassing van art. 9 SW te illustreren, worden de volgende, aan de parlementaire geschiedenis van de Successiewet ontleende voorbeelden gegeven.⁶²

Een man en een vrouw zijn met elkaar gehuwd en hebben twee kinderen. De man overlijdt en zijn nalatenschap bedraagt € 900.000. De vrouw en de kinderen zijn ieder voor een gelijk deel erfgenaam. Erflaters testament voorziet in een ouderlijke boedelverdeling waarbij de langstlevende echtgenote alle goederen verkrijgt, waar tegenover zij wegens overbedeling de erfdelen van de kinderen in geld schuldig blijft (2 x € 300.000). Op grond van het testament zijn de onderbedelingsvorderingen van de kinderen en de rente daarover niet opeisbaar bij leven van de langstlevende echtgenote. Het testament bepaalt dat de schuld een enkelvoudige rente van 10% draagt. Bij het overlijden van de vrouw twee jaar later bedraagt de rente op de overbedelingsschuld aan haar kinderen € 600.000 x 2 jaar x 10% = € 120.000. Deze rentelast behoort civielrechtelijk tot de schulden van de nalatenschap van de vrouw (art. 4:7 lid 1 onder a BW). Indien een samengestelde rente van 6% was overeengekomen, zou deze renteschuld (€ 600.000 x 6%) + (€ 636.000 x 6%) = € 36.000 + € 38.160 ofwel € 74.160 bedragen.

Het verschil in rente van € 120.000 - € 74.160 = € 45.840, ofwel per kind de helft, vormt een fictieve verkrijging, verkregen bij het overlijden van moeder (art. 9 lid 2 SW). De grondslag voor de heffing van erfbelasting is daarmee gelijk aan de grondslag die zou zijn ontstaan indien in het testament van de man had gestaan dat de rente op de onderbedelingsvorderingen 6% samengesteld bedraagt. De bovenmatige rente wordt dus als het ware genegeerd voor heffing van erfbelasting.

In de praktijk komt het voor dat bij testament of renteovereenkomst een enkelvoudige rente wordt bepaald waarvan de uitkomst gelijk dient te zijn aan die bij een samengesteld rentepercentage. Deze samengestelde rente is dan een rekengrootheid ter bepaling van de enkelvoudige rente.⁶³ Ook in deze gevallen kan art. 9 SW van toepassing zijn. Het volgende voorbeeld ziet op een dergelijke rentebepaling.

Een man en een vrouw zijn met elkaar getrouwd en hebben twee kinderen. De man overlijdt, zijn nalatenschap bedraagt € 900.000. De wettelijke verdeling is van toepassing. In het testament is opgenomen dat de langstlevende echtgenoot over de overbedelingsschuld een enkelvoudige rente is verschuldigd die gelijk is aan 6% samengesteld, rekening houdende met haar statistische levensverwachting. Deze rente is, net zoals de hoofdsom, pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende ouder. Ten tijde van het overlijden van de man is de statistische levensverwachting van de vrouw 40

⁶¹ Zie daarvoor het onderdeel 'Het Staatstestament: de wettelijke verdeling van de nalatenschap'.

⁶² *Kamerstukken II*, 2009-2010, 31 930, nr. 16, p. 7-8.

⁶³ Zie verder het Besluit van 15 juni 2022 (*Staatscourant* 2022, nr. 16195) onder 2.4 (Levensverwachtingstabellen).

jaar. De enkelvoudige rente die hoort bij een samengestelde rente van 6% is dan 23,2%. Bij het overlijden van de man wordt, de onderbedelingsvordering van elk van de kinderen op de nominale waarde gewaardeerd (€ 300.000) aangezien de enkelvoudige interest van 23,2% gelijk is aan 6% samengesteld.

Wanneer de vrouw tien jaar na haar man overlijdt (derhalve eerder dan de statistische levensverwachting), bedraagt de rentelast op de overbedelingsschuld in het passief van haar nalatenschap $2 \times € 300.000 \times 10 \text{ jaar} \times 23,2\% = € 1.392.000$. Bij een rente van 6% samengesteld zou de renteschuld na tien jaar afgerond € 474.000 hebben bedragen. Op grond van art. 9 lid 2 SW leidt dit tot een fictieve verkrijging bij het overlijden van de vrouw van de bovenmatige rente. Deze bovenmatige rente bedraagt per kind € 459.000 (de helft van € 1.392.000 - € 474.000). Deze fictieve verkrijging wordt gevoegd bij de werkelijke erfrechtelijke verkrijging uit de nalatenschap van moeder. Daardoor wordt de grondslag voor de erfbelasting gelijk aan de grondslag die zou zijn ontstaan indien in het testament van de man had gestaan dat de rente op de onderbedelingsvorderingen 6% samengesteld bedroeg.⁶⁴

Indien tijdens leven de enkelvoudige rente wordt betaald, vindt een soortgelijke herrekening plaats als in de voorbeelden ter bepaling van een eventuele fictieve schenking. Gesteld dat in het geval van het laatste voorbeeld de vrouw in jaar 1 de enkelvoudige termijn aan rente van dat jaar ad € 69.600 (23,2% van € 300.000) betaalt, vindt er een fictieve schenking plaats van € 69.600 - € 18.000 (6% van € 300.000) = € 51.600.

Negatieve nalatenschappen en bovenmatige rente

Opmerkelijk is dat art. 9 SW aanknoopt bij de opeisbaarheid van de rentevordering, en niet bij rente die al dan niet daadwerkelijk wordt genoten. De renteaangroei op de erfrechtelijke vordering kan ertoe leiden dat het vermogen van de langstlevende negatief wordt. Overlijdt de technisch failliete langstlevende en zou ook de opeisbare doch niet ontvangen rente in de heffing van erfbelasting worden betrokken, dan zou in feite niet ontvangen rente in de heffing worden betrokken. De wetsgeschiedenis⁶⁵ vermeldt daarover het volgende:

“De nalatenschap van de langstlevende partner bestaat uit activa met een waarde van € 20 mln, een overbedelingsschuld aan het kind van € 14 mln met een renteschuld van € 9 mln. De nalatenschap is derhalve negatief € 3 mln. Stel dat bij een samengestelde interest van 6% (de normrente) de renteschuld aan het kind € 5 mln zou bedragen. De rente is dan tot een bedrag van € 4 mln bovenmatig. De nalatenschap van de langstlevende zou derhalve, indien de vordering de normrente had gedragen, € 1 mln, hebben bedragen. Artikel 9 beoogt als het ware deze eindsituatie te bereiken.

Uitwerking € 4 mln bovenmatig

<i>Nalatenschap civielrechtelijk</i>	<i>€ 3 mln negatief</i>
--------------------------------------	-------------------------

⁶⁴ Hieruit blijkt dat de fictie toepassing vindt in het geval de langstlevende ouder eerder overlijdt dan de statistische levensverwachting die is gehanteerd voor de berekening van het rentepercentage. In dat geval is de enkelvoudige rentelast hoger dan de samengestelde rentelast. Omgekeerd zal de enkelvoudige rentelast lager zijn dan de samengestelde rentelast als de langstlevende ouder de statistische levensverwachting overleeft.

⁶⁵ *Kamerstukken I, 2009-2010, 31 930, D, p. 22-23.*

Bij fictie artikel 9

€ 4 mln positief

Het (gesaldeerde) geheel van de civiele en fictieve verkrijging van het kind bedraagt nu € 1 mln en leidt tot heffing van erfbelasting over € 1 mln.

Uitwerking € 4 mln bovenmatig, andere erfgenaam

Indien de langstlevende zijn nieuwe partner tot enig erfgenaam heeft benoemd, zijn de verkrijgingen als volgt vast te stellen.

Nalatenschap civielrechtelijk (partner) € 3 miljoen negatief

Fictie artikel 9 (kind) € 4 mln positief

De verkrijging van de nieuwe partner is negatief zodat bij deze geen heffing van erfbelasting plaatsvindt. De fictieve verkrijging van het kind bedraagt € 4 mln en leidt tot heffing over € 4 mln. Dit bedrag ontvangt het kind ook, zodat artikel 9 niet leidt tot het heffen van belasting over niet-ontvangen bedragen.

Indien de nieuwe partner de nalatenschap beneficiair aanvaardt, zullen de schulden slechts voor 20/23 deel kunnen worden voldaan. Dit zou er toe leiden dat de fictieve verkrijging op 20/23 van € 4 mln of € 3,4 mln zou bedragen. Indien evenwel de vordering de normrente uit de Successiewet 1956 zou hebben gedragen, was 1) er geen sprake van een fictieve verkrijging, en 2) de civiele verkrijging € 1 mln. Naar mijn oordeel dient artikel 9 er toe per saldo te bewerkstelligen dat belast wordt hetgeen de civiele verkrijging uitgaande van de normrente op de onderbedelingsvordering zou zijn geweest. Daarom blijft de toepassing van artikel 9 in dit geval beperkt tot € 1 mln. Ik zal dit nog vastleggen in een beleidsbesluit.”

Het door de staatssecretaris in het vooruitzicht gestelde beleidsbesluit is nimmer genomen.

11.6. Omzetting van eigendom in genot

Een erflater zou heffing van erfbelasting kunnen ontgaan door tijdens zijn leven aan hem toebehorende eigendom van goederen om te zetten in genotsrechten van die goederen (een recht van vruchtgebruik, een recht van gebruik en bewoning of een recht op periodieke uitkeringen), eindigende bij zijn overlijden. Te denken valt bijvoorbeeld aan het bij leven op naam van de kinderen zetten van de eigen woning, waarna de ouders in de woning blijven wonen. Het recht van vruchtgebruik vervalt bij het overlijden van de vruchtgebruiker (art. 3:203 lid 2 BW). Het recht van vruchtgebruik vererft dus niet. De bloot-eigendom van het goed wast hierdoor automatisch aan tot volle eigendom, en dat levert voor de bloot-eigenaar en erfgenaam geen civielrechtelijke verkrijging krachtens erfrecht op. Tijdens leven worden door de erflater geen voelbare offers voor het ontvangen genot gebracht en bij overlijden behoren de desbetreffende goederen niet meer tot zijn vermogen, zodat heffing van erfbelasting niet kan plaatsvinden. Het vermogen van de erflater dat anders zou vererven, is met succes omgezet in niet-vererfbaar vermogen.

Om te voorkomen dat op deze wijze wordt ontkomen aan de heffing van erfbelasting wordt de verkrijger van de betreffende goederen bij overlijden van de genotsgerechtigde geacht de vermogensbestanddelen krachtens een fictief legaat te hebben verkregen. De bloot-eigenaar verkrijgt aldus bij wijze van fictie op grond van art. 10 SW de volle eigendom van het goed krachtens erfrecht. Daardoor wordt de heffing van erfbelasting in bepaalde omstandigheden alsnog mogelijk gemaakt. Let wel: heffing vindt niet slechts plaats over het (niet-vererfbare) recht van vruchtgebruik, maar over de volle eigendom. In dit verband

wordt gesproken van de “al wat”-benadering van art. 10 SW. Art. 10 SW wordt daarmee wel aangemerkt als ‘het grote wapen’ van de Belastingdienst.⁶⁶

Voorbeeld

Vader (ongehuwd) schenkt zijn woning aan zijn dochter onder voorbehoud van een levenslang vruchtgebruik. Over de waarde van de bloot-eigendom is bij de schenking schenkbelasting door de dochter verschuldigd. Twintig jaar later overlijdt vader. Hij heeft tot aan zijn overlijden in de woning gewoond. Het enige vermogen dat hij nalaat, is het aan zijn dochter vrij van erfbelasting na te laten bedrag van € 20.000. Civielrechtelijk bevindt de woning zich niet meer in de nalatenschap van vader. Zijn dochter was immers bloot-eigenaar van de woning, het vruchtgebruik eindigt bij zijn overlijden en dat vruchtgebruik vererft niet. Er vindt slechts aanwas plaats van bloot-eigendom naar volle eigendom bij de dochter. Civielrechtelijk wordt door de dochter niets verkregen. Betekent dit dan dat heffing van erfbelasting in dit geval niet kan plaatsvinden? Neen, aangezien vader tot aan zijn overlijden het genot heeft gehad van de woning wordt “al wat” – als bedoeld in art. 10 lid 1 SW – door de dochter civielrechtelijk (onder voorbehoud van een levenslang vruchtgebruik van de overleden vader) tijdens leven is verkregen, successierechtelijk nog steeds geacht deel uit te maken van de nalatenschap van de genieter, in dit geval de vader. De nalatenschap van vader wordt gereconstrueerd door bij wege van fictie de woning daarin terug te plaatsen. De fictieve erfrechtelijke verkrijging door de dochter – nota bene van een woning waarvan de dochter civielrechtelijk al eigenaar was – vindt plaats voor de waarde van de woning ten tijde van het overlijden (art. 21 lid 1 SW). Dat is een zware sanctie in het geval de woning reeds jaren geleden door de dochter in bloot-eigendom was verkregen.

De staatssecretaris van Financiën is onder druk van de Tweede Kamer bereid gebleken een doekje voor het bloeden aan te reiken en te voorzien in overgangsrecht, uitsluitend geldende voor woningen.⁶⁷ De goedkeuring luidt als volgt:

“Ik keur onder voorwaarden goed dat voor de toepassing van artikel 10 van de Successiewet voor onroerende zaken die in gebruik zijn als woning wordt uitgegaan van de waarde van die woning op het tijdstip van de rechtshandeling(en) waarbij het genot is ontstaan, vermeerderd met de waardevermeerdering van 1 januari 2010 tot de overlijdensdatum. De waardevermeerdering vanaf het tijdstip van de rechtshandeling tot 1 januari 2010 wordt dus niet meegenomen in de grondslag van artikel 10 van de Successiewet.”

Hieruit blijkt dat de regeling uitgaat van een *step-up* per 1 januari 2010. Als voorwaarden gelden:

⁶⁶ Deze bepaling maakt reeds sinds 1897 deel uit van de Successiewet 1859. Deze bepaling luidde destijds: *“Al wat door den overledene aan bloed- of aanverwanten, tot den vierden graad ingesloten, of aan hunne echtgenooten werd afgestaan, overgedragen of kwijtgescholden, wordt voor de regeling van de rechten van successie en van overgang geacht bij het overlijden in den boedel te zijn en bij legaat door den verkrijger of bevoordeelde te zijn verkregen, indien de overledene bij den afstand, de overdracht of de kwijtschelding een van het leven afhankelijk vruchtgenot of periodieke uitkering heeft voorbehouden of bedongen.”*

⁶⁷ Oorspronkelijk het Besluit van 4 april 2012 (Staatscourant 2012, nr. 7145), thans het Besluit van 18 oktober 2016 (Staatscourant 2016, nr. 57602).

- Als de waarde per 1 januari 2010 geldt de WOZ-waarde die voor het kalenderjaar 2010, met peildatum 1 januari 2009, voor de woning is vastgesteld;
- Het genot waarop art.10 SW betrekking heeft, is ontstaan vóór 1 januari 2010; en
- Als de waarde op het moment van overlijden lager is dan de waarde op 1 januari 2010, wordt de waarde op het moment van de rechtshandeling in aanmerking genomen. Als de waarde op het moment van overlijden lager is dan de waarde op het moment van de rechtshandeling geldt, op grond van de wet, de waarde op het moment van overlijden.

Enkele voorbeelden kunnen een en ander verduidelijken.

Een ouder droeg zijn woning in 1990 over aan zijn kind onder voorbehoud van vruchtgebruik. De waarde in het economische verkeer van de volle eigendom van de woning was toen € 25.000. Op 1 januari 2010 was de WOZ-waarde € 100.000. De ouder overlijdt in 2020. De WOZ-waarde is dan € 140.000. Door de goedkeuring wordt op grond van art. 10 SW de woning voor € 65.000 (de waarde ten tijde van de rechtshandeling plus de waardestijging vanaf 1 januari 2010) in aanmerking genomen. Buiten aanmerking blijft de waardestijging van 1990 tot 2010 van € 75.000 (€ 100.000 - € 25.000).

Stel dat in het vorige geval de ouder overlijdt in 2011 en dat de WOZ-waarde dan € 98.000 is. Door de goedkeuring blijft de waardestijging van 1990 tot 2010 van € 75.000 (€ 100.000 - € 25.000) buiten beschouwing. De waarde kan door de overgangsregeling echter niet minder worden dan de waarde op het moment van de rechtshandeling. Voor art. 10 SW is de verkrijging € 25.000.

Wetsbepaling

De wettelijke bepaling op grond waarvan in dit geval een fictieve erfrechtelijke verkrijging wordt aangenomen – en dat is art. 10 lid 1 SW – luidt als volgt:

“Al wat iemand ten koste van het vermogen van de erflater heeft verkregen in verband met een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen waarbij de erflater of diens echtgenoot partij was, en alle goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven, worden geacht krachtens erfrecht door overlijden te zijn verkregen, indien:

- a. de erflater in verband daarmee tot aan zijn overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip het genot heeft gehad van een vruchtgebruik of een periodieke uitkering; en*
- b. het vruchtgebruik onderscheidenlijk de periodieke uitkering ten laste is gekomen van de verkrijger.”*

Voor de toepassing van art. 10 SW moet derhalve aan de volgende voorwaarden worden voldaan:

- de verkrijger heeft in verband met een rechtshandeling, of een samenstel van rechtshandelingen, waarbij erflater of diens echtgenoot partij was, iets ten laste van het vermogen van de erflater verkregen;

- de erflater heeft in verband met die rechtshandeling tot aan zijn overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip het genot van een vruchtgebruik of een periodieke uitkering gehad; en
- het vruchtgebruik of de periodieke uitkering is ten laste van de verkrijger gekomen.

Daarnaast geldt dat art. 10 SW alleen van toepassing is als de verkrijger behoort tot de zogeheten 'successierechtelijke verdachtenclub' van art. 10 lid 4 onder a SW (zie hierna).

De klassieke situatie van art. 10 SW is de overdracht door een erflater bij leven van een goed (om baat of om niet) onder voorbehoud van genot. Dat is de situatie die in het voorbeeld hiervoor is geschetst. Er zijn evenwel ook andere situaties die worden bestreken door art. 10 SW (zie verder hierna).

Genotsvoorkomend handelen

Art. 10 SW mist toepassing als de erflater geen genot van het goed heeft gehad. Dat is het geval indien de erflater jaarlijks 6% van de waarde van de goederen in onbezwaarde staat heeft voldaan aan degene te wiens laste het genot komt (art. 10 lid 3 SW). Wordt niet jaarlijks 6% voldaan, dan wordt de waarde van het betreffende goed volledig in de heffing van erfbelasting betrokken (de "al wat"-benadering van art. 10 lid 1 SW).

Voorbeeld

Belanghebbende A koopt op 19 juli 2010 van zijn moeder een woning voor € 117.500 (zijnde de getaxeerde waarde van de woning in verhuurde staat op dat moment). De moeder blijft in de woning wonen en betaalt aan A een huursom van € 650 per maand (in totaal € 7.800 per jaar). Zowel de waarde van de woning in verhuurde staat als de huursom is bepaald door een beëdigd taxateur. In 2011 overlijdt de moeder. De WOZ-waarde van de woning bedraagt voor het kalenderjaar 2010 € 221.000 en voor het kalenderjaar 2011 € 216.000. In geschil is of de inspecteur bij de opgelegde aanslag voor de erfbelasting van A de woning terecht als fictief legaat heeft aangemerkt op grond van art. 10 lid 3 SW.

De Hoge Raad oordeelt in zijn arrest van 8 april 2016, [ECLI:NL:HR:2016:583](#), dat de overdracht van de woning door moeder aan haar zoon, met voorbehoud van een huurrecht met een huursom van minder dan 6% van de WOZ-waarde, leidt tot een fictief legaat. Dit volgt rechtstreeks uit de bewoordingen van art. 10 lid 3 SW. A stelt tevergeefs dat deze bepaling buiten toepassing blijft wanneer partijen strikt zakelijk handelen. Uit de parlementaire geschiedenis komt naar voren dat art. 10 lid 3 SW is ingevoerd om een eenvoudige en toegankelijke regeling tot stand te brengen. Dat is een regeling die ook geldt als zij ertoe leidt dat in individuele gevallen een te hoog of een te laag rendement in aanmerking wordt genomen. De wetgever heeft daarbij scherp willen begrenzen op welke gevallen de bepaling van toepassing is. In zoverre faalt het cassatiemiddel daarom. De vraag of partijen daadwerkelijk strikt zakelijk hebben gehandeld, behoeft daarom geen behandeling. De Hoge Raad verklaart het cassatieberoep van A ongegrond.

Kortom, van een te lage huur is sprake indien deze niet ten minste gelijk is aan 6% van de WOZ-waarde van de woning in onbezwaarde staat (art. 10 lid 3 SW).

De ‘successierechtelijke verdachtenclub’

Het doel van art. 10 SW is om enkel bepaalde ‘besmette verkrijgers’ van nalatenschapsgoederen te treffen. Het is om die reden dat art. 10 SW niet van toepassing is indien de verkrijger van de goederen niet is de partner van de erflater, noch behoort tot diens bloed- of aanverwanten tot en met de vierde graad of hun partners (art. 10 lid 4 onder a SW). Al deze familieleden behoren tot de zogeheten ‘verdachtenclub’ van art. 10 SW. Een transactie met één van de leden van deze club zal worden getroffen door de werking van art. 10 SW. Een transactie van de erflater met onafhankelijke (en dus fictievrije) derden zal daaraan ontsnappen.

180 dagen-regel

Art. 10 SW is niet van toepassing indien het genot van het vruchtgebruik of de periodieke uitkering voor de erflater meer dan 180 dagen vóór zijn overlijden is geëindigd (art. 10 lid 4 onder b SW).

Deze regel biedt de mogelijkheid om de werking van art. 10 SW te ontgaan. Is een woning door de ouders aan de kinderen overgedragen onder voorbehoud van vruchtgebruik of een recht van gebruik en bewoning met een zogeheten ‘metterwoonclausule’, dan zal het gebruik van de woning door de ouders eindigen bij het daadwerkelijk verlaten van de woning. Als dat gebeurt meer dan 180 dagen vóór het overlijden, dan ontkomt men aan de heffing van erfbelasting op grond van art. 10 SW. De kinderen zijn volledig eigenaar geworden. Zij kunnen de waardeaanwinst van bloot-eigendom naar volle eigendom door het daadwerkelijk verlaten hebben van de woning door de ouders vrij van erfbelasting realiseren.

Blijkens art. 10 lid 4 onder b SW kan heffing van erfbelasting in elk geval plaatsvinden als het genot binnen een periode van 180 dagen voorafgaande aan het overlijden is geëindigd.

Teneinde misbruik te voorkomen, is art. 10 SW ook van toepassing als de erflater tot aan zijn overlijden *“of een daarmee verband houdend tijdstip”* het genot heeft gehad van een vruchtgebruik of een periodieke uitkering (art. 10 lid 1 onder a SW). Het blijft successierechtelijk zonder effect als een koppeling is aangebracht tussen de duur van het genot en het overlijden van de erflater. Art. 10 SW is in dat geval wél van toepassing. Het zal van de feiten en omstandigheden afhangen of het tijdstip waarop het genot is geëindigd een met het overlijden verband houdend tijdstip is.

De zinsnede *“of een daarmee verband houdend tijdstip”* is aan art. 10 SW toegevoegd naar aanleiding van een arrest van de Hoge Raad, dat bekend staat als het driedagenarrest.⁶⁸ In de aan de Hoge Raad voorgelegde zaak had een Maastrichtse wijnhandelaar bij de overdracht van vermogen voor zichzelf een periodieke uitkering bedongen die drie dagen voor zijn overlijden zou eindigen. Feitelijk zal niemand in staat zijn op deze wijze vooruit- en helderziend het genot tijdig te beëindigen. Met het leerstuk *fraus legis* (ofwel wetsontduiking) heeft de Hoge Raad de staf over deze constructie gebroken:

“dat geacht mag worden vast te staan, dat bij het maken van het beding krachtens hetwelk de periodieke uitkering niet bij het overlijden maar drie dagen vóór het overlijden van den

⁶⁸ HR 26 mei 1926, NJ 1926, 723.

schenker zou ophouden, geen ander belang heeft bestaan en geene andere bedoeling heeft voorgezet en om de werking van genoemd wetsvoorschrift te verijdelen; dat hier eene periodieke uitkering is tot stand gekomen, die practisch op ééne lijn is te stellen met eene die tot aan het overlijden van den gerechtigde voortduurt, en dan ook de door partijen geschapen rechtstoestand zóózeer aan den door de wet aan belasting onderworpen toestand nabijkomt, dat doel en strekking der wet zouden worden miskend, indien de in fraudem legis gepleegde handeling der partijen niet evenzeer als de in de wet voorziene verrichting door de belasting werd getroffen; dat onder voormelde omstandigheden het wetsvoorschrift toepassing eischt.”

Aftrek van de tegenprestatie

Als de bloot-eigenaar voor de verkrijging van zijn recht een tegenprestatie heeft geleverd, dan komt die tegenprestatie (vermeerderd met 6% enkelvoudige rente vanaf de datum van betaling (art. 7 lid 3 SW)) op de waarde van het fictieve legaat in mindering (art. 7 lid 1 SW). Als de bloot-eigendom is geschonken, dan komt de schenkbelasting (vermeerderd met 6% enkelvoudige rente vanaf de datum van betaling (art. 7 lid 3 SW)) in mindering op de erfbelasting (art. 7 lid 2 SW). Zie hiervoor ook § 11.2.

Werkingsfeer van art. 10 SW

Om een goed beeld te krijgen van de werkingssfeer van art. 10 SW worden voorbeelden van transacties en testamenten gegeven waarin art. 10 SW *wél* van toepassing is en tot heffing van erfbelasting leidt en voorbeelden waarin dat *niet* het geval is.

In de volgende gevallen is art. 10 SW *wél* van toepassing:

- Overdracht met voorbehoud van genot

In het hiervoor gegeven voorbeeld heeft vader (de erflater) vermogen aan zijn kind ten titel van schenking overgedragen, maar daarvan het genot tot zijn overlijden voorbehouden. In dat geval wordt het vermogen geacht door het overlijden van vader door het kind te zijn verkregen.

- Gesplitste aankoop

Bij een *gesplitste aankoop* wordt het vruchtgebruik van een goed extern – rechtstreeks van een derde – door vader verworven en het kind verwerft rechtstreeks van die derde de bloot-eigendom. Ook in dit geval is toepassing van art. 10 SW aan de orde. Art. 10 lid 1 SW bepaalt immers dat “*alle goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verkregen*” geacht worden krachtens erfrecht te zijn verkregen.

- Splitsing na aankoop

Inmiddels is duidelijk geworden dat de hiervoor aangehaalde passage van art. 10 lid 1 SW ook ziet op de situatie waarin een kind volledig eigenaar is van bijvoorbeeld een woning (die nooit van de ouders is geweest) en daarvan vervolgens het vruchtgebruik aan de ouders verkoopt. Het gaat dan om een *splitsing ná aankoop* van de volle eigendom.

Er is in dit geval geen sprake van omzetten van eigendom in genot, omdat het goed niet van de vruchtgebruiker is geweest. Er is ook geen sprake van een echte gesplitste aankoop, omdat er geen goed van een derde is aangekocht. Er is slechts sprake van het vestigen van een vruchtgebruik ten behoeve van bijvoorbeeld een ouder op een goed dat volle eigendom is van een kind.

Voorbeeld

Het voorbeeld is ontleend aan de parlementaire geschiedenis. Arie verwerft ten titel van koop in jaar 1 een woning in volle eigendom voor € 125.000. In jaar 7 vervreemdt hij het vruchtgebruik van de woning aan zijn ouder Bert. De waarde van de woning bedraagt dan € 175.000. De waarde van het vruchtgebruik, gerelateerd aan de leeftijd van Bert, bedraagt op dat moment € 75.000. Het opgeofferde bedrag voor de bloot-eigendom bedraagt dan € 100.000. In jaar 14 overlijdt Bert. De waarde van de woning bedraagt op dat moment € 250.000. Hoe moet art. 10 SW in deze situatie worden toegepast? Art. 10 SW ziet dan op € 250.000. De vermindering op grond van art. 7 lid 1 SW bedraagt vervolgens € 100.000 + $(7 \times 6\% \times € 100.000 = € 42.000)$ ofwel € 142.000. Er is dus erfbelasting verschuldigd over een verkrijging van € 108.000 ($€ 250.000 - € 142.000$).

Als de ouders verhuizen naar een woning die reeds volledig eigendom is van hun kind en de ouders gaan huren (zakelijke huur, doch lager dan 6%), dan is geen sprake van een art. 10 SW-situatie.

- Ik-opa-testament

Het klassieke ik-opa-testament houdt een testament in waarin met behulp van een testamentaire last aan de kinderen de verplichting wordt opgelegd om aan de kleinkinderen een bedrag schuldig te erkennen dat pas opeisbaar is bij het overlijden van de schuldenaar/het kind.⁶⁹

Wordt het schuldig erkende bedrag inderdaad pas ter gelegenheid van het overlijden uitgekeerd, en is door het kind niet daadwerkelijk een rente betaald als bedoeld in art. 10 lid 3 SW, dan vindt heffing op grond van art. 10 lid 1 SW plaats in de nalatenschap van het kind, en wel zonder dat de eventueel ter gelegenheid van het overlijden van opa door het kleinkind betaalde erfbelasting in verband met de verkrijging van de vordering op de in de nalatenschap van het kind verschuldigde erfbelasting in mindering kan worden gebracht.

- Niet opeisbaar legaat, voor zover "agressief"

Is sprake van een legaat, waarvan de opeisbaarheid is uitgesteld tot het overlijden van de erfgenaam op wie de verplichting tot uitkering van het gelegateerde bedrag rust, dan is art. 10 SW alleen van toepassing voor zover het aan de legataris toekomende bedrag groter is dan het erfdeel dat de erfgenaam die met de uitkering van het legaat belast is uit de nalatenschap van de testateur heeft verkregen (art. 10 lid 9 SW).⁷⁰ In dit verband wordt wel van het 'erfrechtelijke budget' of de "beperkte al wat"-benadering van art. 10 lid 9 SW gesproken.

⁶⁹ Zie hiervoor ook het onderdeel 'Nalaten en schenken aan kleinkinderen'.

⁷⁰ Zie hiervoor eveneens het onderdeel 'Nalaten en schenken aan kleinkinderen'.

Voorbeelden

Stel opa heeft een nalatenschap van € 200.000. Zijn zoon (35 jaar) is zijn enig erfgenaam en hij legateert aan zijn kleinzoon een bedrag van € 100.000, renteloos en pas opeisbaar bij het overlijden van zijn zoon.

Overlijdt de zoon en komt het gelegateerde bedrag tot uitkering, dan is art. 10 SW niet van toepassing omdat het aan het kleinkind gelegateerde bedrag niet groter is dan de waarde van hetgeen de zoon uit de nalatenschap van opa heeft verkregen.

Stel opa heeft een nalatenschap van € 200.000. Zijn zoon (35 jaar) is zijn enig erfgenaam en hij legateert aan zijn kleinzoon een bedrag van € 100.000, rentedragend en pas opeisbaar bij het overlijden van zijn zoon.

Overlijdt de zoon en komt het gelegateerde bedrag tot uitkering, dan is art. 10 lid 9 SW van toepassing indien en voor zover het totaal van hoofdsom, vermeerderd met rente, meer beloopt dan € 200.000, ofwel de waarde van hetgeen de zoon uit de nalatenschap van opa heeft verkregen.⁷¹

Stel opa heeft een nalatenschap van € 200.000. Zijn zoon (35 jaar) is zijn enig erfgenaam en hij legateert aan zijn kleinzoon een bedrag van € 1.000.000, renteloos en pas opeisbaar bij het overlijden van zijn zoon.

In dit geval beloopt de contante waarde bij het overlijden van opa gezien de renteloosheid en de uitgestelde opeisbaarheid van het aan de kleinzoon gelegateerde bedrag slechts € 160.000. Het fictieve vruchtgebruik van de zoon kan worden gewaardeerd op 84% (6% x factor 14, behorende bij de leeftijd van 35 jaar). Overlijdt de zoon en komt het gelegateerde bedrag tot uitkering zonder dat de zoon daarover een rente als bedoeld in art. 10 lid 3 SW heeft vergoed, dan is art. 10 lid 9 SW van toepassing voor € 800.000, te weten het gedeelte van het nominaal aan het kleinkind gelegateerde bedrag dat groter is dan de waarde van hetgeen de zoon uit de nalatenschap van opa heeft verkregen.

Stel opa heeft een nalatenschap van € 150.000. Hij legateert aan zijn drie kleinkinderen ieder € 60.000, opeisbaar bij het overlijden van zijn zoon (56 jaar), de enig erfgenaam. De bloot-eigendomswaarde van de vordering van elk kleinkind – met toepassing van het Uitvoeringsbesluit SW – bedraagt € 20.400 (100% – 66% (11 x 6%), ofwel 34% van € 60.000). De verkrijging van de zoon bedraagt dus € 88.800 (€ 150.000 – 3 x € 20.400). Als de zoon overlijdt, bedraagt de renteloze schuld van de zoon aan de kleinkinderen in totaal € 180.000 (3 x € 60.000). Op grond van art. 10 lid 9 SW bedraagt de fictieve verkrijging per kleinkind dan $\frac{1}{3} \times (\text{€ } 180.000 - \text{€ } 150.000) = \text{€ } 30.000$, ofwel € 10.000.

- Legaat van vruchtgebruik tegen inbreng (van de waarde van het gelegateerde vruchtgebruik)

Art. 10 SW is niet van toepassing indien het vruchtgebruik als bedoeld in art. 10 lid 1 SW, bestaat uit een vruchtgebruik van een geldsom dat is ontstaan doordat bij een legaat tegen inbreng van die geldsom, de inbreng op basis van een testamentaire bepaling schuldig is gebleven (art. 10 lid 6 SW). Dat lijdt uitzondering (en dan is art. 10 SW dus wél van toepassing) voor zover de schuldig gebleven inbreng direct of indirect verband houdt met

⁷¹ Kamerstukken I, 2009-2010, 31 930, F, p. 7. De staatssecretaris meldt namelijk: “Een rentebijbeschrijving op die schuld zou de werking van het negende lid (deels) kunnen ontkrachten.”

de verkrijging door de erflater van een vruchtgebruik dat ten gevolge van het overlijden van de erflater teniet gaat (eveneens art. 10 lid 6 SW).

- Turbotestament

Het turbotestament is de constructie waarbij het vruchtgebruik van de nalatenschap aan de langstlevende echtgenoot wordt gelegateerd onder de aan de langstlevende opgelegde verplichting om het eigen vermogen in de nalatenschap van de erflater in te brengen. De inbreng van het eigen vermogen, gevolgd door de afgifte van het vruchtgebruik ten titel van legaat, wordt gezien als een samenstel van rechtshandelingen dat tot toepassing van art. 10 SW leidt. Zie daarvoor het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009, *BNB 2009/224*.

- Superturbotestament

Bij het superturbotestament is in de huwelijkse voorwaarden een verblijvingsbeding opgenomen, als gevolg waarvan bij het overlijden van een echtgenoot alle tot de huwelijksgemeenschap behorende goederen aan de nalatenschap van de eerststervende ouder toevallen, gecombineerd met een testament waarin aan de langstlevende het vruchtgebruik van de aldus 'opgepompte' nalatenschap wordt gelegateerd. Bij het overlijden van de langstlevende vindt art. 10 SW toepassing met betrekking tot de helft van de huwelijksgoederengemeenschap die als gevolg van het verblijvingsbeding tot de nalatenschap van de eerststervende ouder is gaan behoren.

In de volgende gevallen is art. 10 SW *niet* van toepassing:

- De erflater is genotsvoorkomend bezig geweest

Hiervoor is erop gewezen dat de toepassing van art. 10 SW wordt vermeden, indien als compensatie voor het genot door de erflater aan degene te wiens laste het genot komt jaarlijks daadwerkelijk een rente of andere tegenprestatie wordt voldaan ter waarde van 6% van de waarde in onbezwaarde staat van de goederen waarvan hij het genot heeft (art. 10 lid 3 SW). Zo dient de erflater bij een zogeheten 'papieren schenking' jaarlijks 6% rente over het door de schenker schuldig erkende bedrag te voldoen.⁷²

Ook wanneer ouders hun woning aan de kinderen overdragen en de woning vervolgens van de kinderen huren, dient deze huur ten minste 6% van de WOZ-waarde te bedragen (vgl. art. 21 lid 5 SW). De staatssecretaris van Financiën is hierin streng. Met de *oneliner* 'een beetje genot is immers ook genot' heeft hij duidelijk gemaakt dat met die norm van 6% rente per jaar niet wordt gemarchandeerd.⁷³

- Verdelingen

Art. 10 SW is niet aan de orde wanneer sprake is van een verdeling, waarbij de ene deelgenoot goederen in vol eigendom toegedeeld krijgt en de andere deelgenoot een onderbedelingsvordering die pas opeisbaar is en voldaan wordt na het overlijden van degene aan wie de goederen zijn toegedeeld (art. 10 lid 5 SW).

⁷² Zie het onderdeel 'The Dutch gift: schenken op papier'.

⁷³ *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 40.

- Vruchtgebruiktestament

In het klassieke vruchtgebruiktestament wordt door de eerststervende ouder aan de langstlevende ouder het vruchtgebruik van (een deel van) de nalatenschap gelegateerd. Het vruchtgebruiktestament valt niet onder het bereik van art. 10 SW, omdat de verkrijging door de bloot-eigenaar na het overlijden van de langstlevende niet ten laste van het vermogen van de langstlevende geschiedt. De langstlevende is namelijk nooit eigenaar van de goederen uit de nalatenschap van de eerststervende ouder geweest. Op grond hiervan zal bij het overlijden van de langstlevende art. 10 SW geen toepassing vinden.⁷⁴

- Turboverdeling

Bij een turboverdeling mist art. 10 SW toepassing.⁷⁵ Bij een turboverdeling worden alle goederen die deel uitmaken van een huwelijksgemeenschap na het overlijden van de eerststervende ouder toegedeeld aan de nalatenschap (lees: de erfgenamen/de langstlevende ouder en de kinderen), waarna de langstlevende een vordering wegens onderbedeling verkrijgt. Vervolgens wordt aan de langstlevende (om niet) het vruchtgebruik van de nalatenschap afgegeven. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 8 februari 1995, *BNB 1995/105* geoordeeld dat deze rechtshandelingen niet onder art. 10 SW vallen. Immers, in een dergelijke situatie worden eigendomsrechten van goederen niet omgezet in een vruchtgebruik, maar in eigendomsrechten ten aanzien van een vordering. Bij de turboverdeling wordt het vermogen van de langstlevende door de verdelingshandeling niet verkleind.

- Quasi-wettelijke verdeling

In de parlementaire geschiedenis is tot uitdrukking gebracht dat de quasi-wettelijke verdeling niet leidt tot toepassing van art. 10 SW.⁷⁶ Opgemerkt wordt dat bij deze testamentsvorm de wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 e.v. BW) wordt uitgesloten en dat tegelijkertijd aan de erfgenamen, veelal de langstlevende en de kinderen, een aantal bevoegdheden wordt toegekend, waaronder de bevoegdheid een verdeling zoals bij de wettelijke verdeling tot stand te brengen. Indien deze verdeling vervolgens plaatsvindt, dan wordt daarmee een rechtshandeling verricht als bedoeld in art. 10 SW. Immers, door het uitsluiten van de wettelijke verdeling worden de langstlevende en de kinderen voor hun testamentaire of wettelijke erfdelen gerechtigd tot de nalatenschap. Daarmee bezitten zij in zoverre de onverdeelde eigendom van de goederen die tot de nalatenschap behoren. Indien vervolgens de nalatenschap zo wordt verdeeld dat de langstlevende wordt overbedeeld en deze op de overbedelingsschuld aan de kinderen tijdens zijn leven geen zakelijke rente betaalt, heeft de langstlevende ten koste van zijn vermogen eigendomsrechten omgezet in een genotsrecht en bovendien een rechtshandeling verricht. De wetgever vervolgt dan:

“De vraag is echter of het wenselijk is om in de situatie waarbij de verdeling uiteindelijk dezelfde uitkomst heeft als in het geval de wettelijke verdeling van toepassing zou zijn geweest, artikel 10 toe te passen. De verdeling vindt dan weliswaar niet van rechtswege door

⁷⁴ *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 35.

⁷⁵ *Kamerstukken II*, 2009-2010, 31 390, nr. 13, p. 21.

⁷⁶ *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 390, nr. 9, p. 35-36.

en bij het overlijden plaats, maar door toedoen van de erfgenamen op een later tijdstip, maar de civielrechtelijke uitkomst is wel gelijk aan die van de wettelijke verdeling. Het quasi-wettelijke verdelingstestament heeft dan alleen tot doel gehad de driemaandstermijn van artikel 4:18 van het Burgerlijk Wetboek, waar de langstlevende de gelegenheid wordt gegeven om binnen de genoemde termijn van drie maanden, de wettelijke verdeling ongedaan te maken, te verruimen. De uitkomst is verder gelijk aan die waarin de erflater geen testament had opgemaakt. In dit specifieke geval acht ik eventuele toepassing van artikel 10 bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot, niet gewenst.”

- Niet-opeisbaar legaat in contanten

De verkrijging op grond van een legaat met uitgestelde opeisbaarheid leidt niet tot toepassing van art. 10 SW, voor zover althans het gelegateerde bedrag niet uitgaat boven hetgeen degene te wiens laste het legaat komt uit de nalatenschap van de testateur heeft verkregen (het ‘erfrechtelijke budget’ van art. 10 lid 9 SW).

11.7. Verblijvings- en overnemingsbedingen, schuldigerkenning onder voorwaarde van overleven en ongelijke verdeling huwelijksgoederengemeenschap

In art. 11 SW worden drie verschillende ‘transacties’ als fictieve verkrijgingen krachtens erfrecht aangemerkt, te weten:

- verkrijgingen op grond van een verblijvings- of overnemingsbeding;
- schuldigerkenning of kwijtschelding onder voorwaarde van overleven; en
- ongelijke verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap.

(i) Verblijvings- en overnemingsbedingen

Bij een verblijvingsbeding wordt tussen deelgenoten van een gemeenschap afgesproken dat bij overlijden van één hen het aandeel in één of meer onverdeelde goederen zal worden verkregen door de ander(en). Het verblijvingsbeding is daarmee een verdeling bij voorbaat van een gemeenschappelijk goed door de deelgenoten. Bij een overnemingsbeding is er geen sprake van een gemeenschap, maar kunnen één of meer goederen die aan een contractspartij toebehoren op grond van het beding bij overlijden door de andere contractspartij(en) worden overgenomen. Dergelijke bedingen komen voor in huwelijkse voorwaarden (bijvoorbeeld ten aanzien van de woning en inboedel) en in maatschaps- en vennootschapsovereenkomsten ten aanzien van ondernemingsvermogen.

De verkrijging van goederen op grond van een verblijvings- of overnemingsbeding kan niet worden belast als een verkrijging “*krachtens erfrecht*” op grond van art. 1 lid 1 onder 1° SW. Het betreft namelijk een verkrijging krachtens een overeenkomst van verdeling bij voorbaat, en wel onder de opschortende voorwaarde dat de verkrijger de vervreemder overleeft. Het is echter duidelijk dat sprake is van een bevoordeling wanneer degene aan wie het goed verblijft dan wel degene die het goed overneemt daarvoor geen of een te lage tegenprestatie verschuldigd is. Om die reden wordt een dergelijke verkrijging op

grond van art. 11 lid 2 SW aangemerkt als een fictieve verkrijging krachtens erfrecht.⁷⁷ Uiteraard kan de door de verkrijger verschuldigde tegenprestatie in mindering gebracht worden op zijn fictieve verkrijging (vgl. art. 7 lid 1 SW) (§ 11.2). Behoorden tot het ondernemingsvermogen onroerende zaken, dan mag de overdrachtsbelasting - voor zover die verschuldigd is over de waarde waarover ook erfbelasting is geheven - verrekend worden met de te betalen erfbelasting (art. 7 lid 2 SW).

Het recht op de vergoeding zoals bedongen in het verblijvingsbeding of de maatschaps- of vennootschapsovereenkomst wordt bij de erfgenamen belast als een verkrijging ingevolge een derdenbeding (art. 13 SW).

Familiekring

De mogelijkheid om op grond van art. 11 lid 2 SW ter zake van de fictieve verkrijging uit hoofde van een verblijvings- of overnemingsbeding erfbelasting te heffen, is in art. 11 lid 5 SW beperkt. Blijkens deze bepaling kan een fictieve verkrijging uitsluitend worden belast indien de verkrijger tot een 'successierechtelijke verdachtenclub' behoort, bestaande uit de partner van de erflater of een bloed- of aanverwant tot en met de vierde graad van de erflater, of hun partners.

Voorbeeld

De broers Jeroen en Morris zijn een overeenkomst van maatschap aangegaan. Het maatschapsvermogen bestaat uit een onroerende zaak met een waarde van € 400.000 en een hypotheekschuld ter grootte van € 100.000. In de maatschapsovereenkomst is bepaald dat het aandeel van een overleden maat aan de langstlevende maat verblijft tegen betaling van € 75.000. Jeroen komt te overlijden met achterlating van twee kinderen als erfgenamen.

Op grond van de fictie van art. 11 lid 2 SW verkrijgt Morris krachtens erfrecht de helft van € 300.000 (€ 400.000 - € 100.000). = € 150.000. Op grond van art. 7 lid 1 SW mag de opoffering van € 75.000 worden afgetrokken, zodat de fictieve erfrechtelijke verkrijging van Morris € 75.000 bedraagt. Zie art. 7 lid 2 SW voor het in mindering brengen van de verschuldigde overdrachtsbelasting (en schenkbelasting) over de in aanmerking te nemen waarde. Art. 7 lid 3 SW bepaalt dat de (op grond van art. 7 lid 1 en 2 SW) in mindering te brengen bedragen vermeerderd mogen worden met een enkelvoudige rente van 6% van de dag van betaling van die bedragen tot en met de dag van overlijden. Broers behoren tot de erfrechtelijke familiekring (vgl. art. 11 lid 5 SW).

Koopoptie

Een koopoptie kan ook kwalificeren als een verkrijging zoals bedoeld in art. 11 lid 2 SW. Verkrijgingen ten gevolge van een door de erflater bij leven verleende koopoptie die ná het overlijden van de erflater kan worden uitgeoefend, zullen onder de werking van art. 11 lid 2 SW vallen.

⁷⁷ In art. 11 lid 1 SW wordt de verkrijging bij leven van de vervreemder op grond van een verblijvings- of overnamebeding in een vennootschapsovereenkomst als een fictieve schenking aangemerkt (§ 12).

Verkoop met uitgestelde levering

Aan het slot van art. 11 lid 2 SW is nog bepaald dat ook de verkoop met uitgestelde levering als een fictieve erfrechtelijke verkrijging wordt belast. Deze bepaling is aan art. 11 SW toegevoegd in reactie op een arrest van de Hoge Raad, waarin werd bepaald dat in een dergelijk geval art. 10 SW niet kan worden toegepast, omdat de verkoper bij een uitgestelde levering het genot van het verkochte goed als eigenaar en niet als vruchtgebruiker heeft gehouden.⁷⁸ De uitvoering van de koopovereenkomst wordt op grond van art. 11 lid 2 SW geacht een verkrijging krachtens erfrecht te zijn.

Zie nog art. 7 SW voor het in mindering brengen van het bedongene en de overdrachtsbelasting, allebei vermeerderd met rente.

Voorbeeld

Jan verkoopt aan zijn zoon Piet zijn woonhuis voor een bedrag van € 150.000, waarbij afgesproken wordt dat de levering zes maanden na zijn overlijden plaatsvindt. Het pand is op dat moment € 850.000 waard. Zijn enige erfgenaam is zijn dochter Anna. Het voordeel dat Piet door de uitvoering van de koopovereenkomst realiseert bij het overlijden van zijn vader, namelijk € 700.000, is in beginsel niet te belasten met erfbelasting (aldus HR 6 juni 2008, *BNB* 2008/203). Om die reden is art. 11 lid 2 SW uitgebreid met de uitvoering van de koop met uitgestelde levering.

(ii) Schuldigerkenning of kwijtschelding onder voorwaarde van overleven

Bij schuldigerkenning onder voorwaarde van overleven erkent de toekomstige erflater een vermogensbestanddeel schuldig te zijn aan de verkrijger, onder de opschortende voorwaarde dat de verkrijger nog in leven is op het moment van overlijden van de toekomstige erflater. Het vermogensbestanddeel kan bestaan uit een geldbedrag, maar kan bijvoorbeeld ook bestaan uit een onroerende zaak. Op deze wijze zou een deel van de nalatenschap op eenvoudige wijze aan de heffing van erfbelasting onttrokken kunnen worden. Op een vergelijkbare wijze wordt een deel van de nalatenschap aan de heffing van erfbelasting onttrokken als kwijtschelding van een schuld plaatsvindt onder voorwaarde van overleven.

Voorwaarde van overleving

In art. 11 lid 3 SW is bepaald dat al wat schuldig is erkend of kwijtgescholden onder voorwaarde van overleving van degene aan wie is schuldig erkend of kwijtgescholden, voor de toepassing van de Successiewet geacht wordt krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen. Niet relevant is of de bevoordeelde behoort tot een besmette familieclub als bedoeld in art. 11 lid 5 SW. In art. 11 lid 5 SW wordt namelijk niet verwezen naar art. 11 lid 3 SW.

Bedingen met een voorwaarde van overleving komen met name voor in huwelijkse voorwaarden (zie ook hierna onder (iii)).

⁷⁸ HR 6 juni 2008, *BNB* 2008/203.

Voorbeeld

Jan erkent schuldig te zijn aan Piet een bedrag van € 100.000 op voorwaarde dat Piet hem overleeft. Dit lijkt zoveel op de situatie dat Jan aan Piet bij uiterste wilsbeschikking een bedrag van € 100.000 legateert dat de wetgever deze situatie in art. 11 lid 3 SW behandelt alsof het een legaat is, oftewel het bij wijze van fictie als een verkrijging krachtens erfrecht aanmerkt.

Voorbeeld

Piet heeft een vordering van € 75.000 op Cees, die ook één van zijn erfgenamen is. Het is de bedoeling dat Cees zowel het erfdeel (ter waarde van € 75.000) krijgt als van zijn schuld af is. Als Piet in zijn testament bepaalt dat Cees de vordering gelegateerd krijgt, belooft de totale erfrechtelijke verkrijging van Cees € 150.000, te weten een legaat van € 75.000 en een erfdeel van € 75.000. Als Piet en Cees overeenkomen dat de vordering vervalt als Piet voor Cees overlijdt (oftewel als Cees Piet overleeft), dan krijgt Cees bij het overlijden van Piet enerzijds een schenking van € 75.000 (kwijtschelding van de vordering) en anderzijds een erfdeel van € 75.000. Zonder de bepaling van art. 11 lid 3 SW zou hij dan schenkbelasting verschuldigd zijn over € 75.000 (na aftrek van de schenkingsvrijstelling) en erfbelasting over € 75.000 (na aftrek van de vrijstelling voor de erfbelasting). Gezien de tariefstructuur van de Successiewet is dat uiteraard voordeliger dan het erven van € 150.000. Immers, Cees geniet dan zowel een vrijstelling voor de schenkbelasting als een vrijstelling voor de erfbelasting en de heffing blijft binnen het tarief van 30%.

(iii) Ongelijke verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap

Echtgenoten en geregistreerde partners kunnen bij huwelijkse voorwaarden dan wel bij partnerschapsvoorwaarden overeenkomen dat tussen hen geen wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen bestaat, doch dat bij het einde van het huwelijk dan wel het geregistreerd partnerschap door de dood, zal worden afgerekend alsof tussen hen een wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap had bestaan (koude uitsluiting met een finaal verrekenbeding). Een verkrijging ingevolge een finaal verrekenbeding, zal zonder nadere wettelijke regeling niet door de heffing van erfbelasting kunnen worden getroffen. Wordt in een dergelijk verrekenbeding (of deelgenootschap⁷⁹) overeengekomen dat bij het overlijden van de eerststervende aan de langstlevende meer toekomt dan volgens de wettelijke regels (dus anders dan bij helfte), dan wordt de uitvoering van dit beding eveneens als een fictieve verkrijging krachtens erfrecht aangemerkt op grond van art. 11 lid 4 SW.

Is de verrekening niet verplicht, maar facultatief bij het overlijden van één van de echtgenoten, dan is het voordeel zonder meer belast. De verrekening is dan namelijk afhankelijk van het overlijden van de ene echtgenoot en het overleven van de andere (langstlevende) echtgenoot. Dit is een voorwaarde zoals bedoeld in art. 11 lid 3 SW (zie hiervoor onder (ii)).

⁷⁹ Het deelgenootschap (van vruchten en inkomsten) wordt door de Hoge Raad omschreven als een beding "waaruit voor echtgenoten over en weer de verplichting voortvloeit na ontbinding van hun huwelijk vermogenswaarden te delen, die zonder dat beding niet gedeeld zouden behoeven te worden" (HR 23 oktober 1981, NJ 1982, 256)

Voorbeeld

Joost en Mathilde zijn getrouwd na het maken van huwelijkse voorwaarden waarbij de wettelijke algehele gemeenschap van goederen in stand is gelaten; hun gezamenlijk vermogen bedraagt € 800.000. In de huwelijkse voorwaarden is bepaald, dat bij het overlijden van een van hen de langstlevende gerechtigd is tot $\frac{3}{4}$ ^e deel van het gezamenlijk vermogen en (de erfgenamen van) de overledene tot $\frac{1}{4}$ ^e gedeelte. Als Joost overlijdt, krijgt Mathilde € 600.000. Hetgeen zij meer dan de helft krijgt, in dit geval € 200.000, wordt op grond van art. 11 lid 4 SW als een fictieve erfrechtelijke verkrijging aangemerkt.

De verrekenbedingen in huwelijkse voorwaarden kunnen op verschillende manieren onderscheiden worden. Te onderscheiden zijn: (i) facultatief versus verplicht en (ii) eenzijdig versus wederkerig, zodat er vier typen bestaan met eigen kenmerken en een daarbij passende fiscale behandeling.

- Facultatief eenzijdig verrekenbeding

Bij dit verrekenbeding wordt afgesproken dat bij het overlijden van een specifiek genoemde partij de andere partij het recht heeft om af te rekenen alsof er een wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen is. Daarvoor zal alleen gekozen worden als het vermogen van de overledene groter is dan het vermogen van de langstlevende.

- Verplicht eenzijdig verrekenbeding

Bij dit verrekenbeding wordt afgesproken dat bij het overlijden van een specifiek genoemde partij de andere partij verplicht is om af te rekenen alsof er een wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen is. De langstlevende heeft in dit geval geen keuze om zich aan verrekening te onttrekken. Dat betekent dat zelfs afgerekend moet worden als de langstlevende de vermogende partij is.

- Facultatief wederkerig verrekenbeding

Bij dit verrekenbeding wordt afgesproken dat bij het overlijden van de eerststervende de andere partij het recht heeft af te rekenen alsof er een wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen is. Het maakt niet uit wie de eerststervende echtgenoot is. Afrekening vindt slechts plaats als de langstlevende dat wenst en daarvoor zal alleen gekozen worden als de overledene de vermogende partij is.

- Verplicht wederkerig verrekenbeding

Bij dit verrekenbeding wordt afgesproken dat bij het overlijden van de eerststervende de andere partij verplicht is af te rekenen alsof er een wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen is.

Belast of onbelast, that's the question

Indien verrekenbedingen te veel op een legaat lijken, dan worden deze met erfbelasting belast. Zo houdt de Belastingdienst niet van eenzijdige verrekenbedingen (slechts

verrekening als één van de echtgenoten overlijdt) en ook niet van facultatieve verrekenbedingen (slechts als ervoor gekozen wordt om te verrekenen). De Belastingdienst treft verrekenbedingen die aanspraak geven op meer dan de helft van het totale huwelijksvermogen eveneens met erfbelasting (art. 11 lid 4 SW). Het verplicht wederkerig verrekenbeding kan wel de goedkeuring van de Belastingdienst wegdragen.

Hierna volgen in huwelijkse voorwaarden voorkomende clausules met een bespreking van de daaraan verbonden successierechtelijke gevolgen. De echtgenoten zijn steeds met uitsluiting van iedere gemeenschap (ofwel koude uitsluiting) gehuwd. In de huwelijkse voorwaarden is één van de verrekenbedingen opgenomen. De te beantwoorden vraag is steeds of een huwelijksvermogensrechtelijke verkrijging op grond van één van de navolgende clausules belast is wegens een fictieve erfrechtelijke verkrijging of onbelast is.

Clausules in huwelijkse voorwaarden luiden bijvoorbeeld:

- *“Indien het huwelijk wordt ontbonden door de dood van de man en de echtgenoten tot dat moment nog een gemeenschappelijke huishouding voerden, heeft de vrouw het recht te vorderen dat de vermogens van beide echtgenoten tussen haar en de rechtverkrijgenden van de man worden verrekend, alsof tussen de echtgenoten tijdens het huwelijk algehele gemeenschap van goederen had bestaan. De vrouw dient binnen acht maanden te verklaren of zij van dit recht gebruik wenst te maken.”*

Toelichting:

Uit deze clausule blijkt dat het verrekenbeding eenzijdig (*“door de dood van de man”*) en facultatief (*“heeft de vrouw het recht te vorderen”*) is vormgegeven. De huwelijksvermogensrechtelijke verkrijging is belast op grond van art. 11 lid 3 SW (*“schuldig erkend (...) onder voorwaarde van overleving van degene aan wie is schuldig erkend”*). Deze clausule is beoordeeld in HR 22 april 1981, BNB 1981/159. In feite is hier sprake van een contractueel overeengekomen legaat.

- *“Op de navolgende tijdstippen: ten minste eenmaal per jaar en voorts binnen drie maanden na het eindigen van het deelgenootschap kan ieder der echtgenoten de deling van beider eventuele vermogensvermeerdering vorderen, in die voege, dat de ene echtgenoot verplicht zal zijn uit zijn vermogen zoveel aan de andere echtgenoot uit te keren dat uiteindelijk beider vermogens met een gelijk bedrag is vermeerderd.”*

Toelichting:

Verrekening vindt in dit geval *“ten minste eenmaal per jaar”* plaats, zodat geen sprake is van een *“voorwaarde van overleving”*. De clausule is wederkerig (*“ieder der echtgenoten”*) en facultatief (*“kan (...) vorderen”*). Deze huwelijksvermogensrechtelijke verkrijging is onbelast. Zie hiervoor HR 16 maart 1994, BNB 1994/180.

- *“Indien het huwelijk door de dood van de man wordt ontbonden, zullen de vermogens van beide echtgenoten tussen de vrouw en de rechtverkrijgenden van de man worden verrekend, alsof tussen de echtgenoten de algehele gemeenschap van goederen tijdens het huwelijk had bestaan.”*

Toelichting:

De clause is eenzijdig, want het verrekenbeding werkt alleen *“door de dood van de man”* en het beding is verplicht (*“zullen de vermogens (...) worden verrekend”*). De huwelijksvermogensrechtelijke verkrijging is *belast* op grond van art. 11 lid 3 SW. In feite is hier sprake van een voorwaardelijke schuldigerkenning, ook al staat nog niet vast of de eerstervende echtgenoot in werkelijkheid iets verschuldigd zal zijn aan de andere partij. Zie verder HR 9 mei 1984, BNB 1984/210.

- *“Indien het huwelijk van partijen wordt ontbonden door het overlijden van een hunner of door het gelijktijdig overlijden van partijen zal in het eerste geval tussen de langstlevende van partijen en de erfgenamen van de eerstervende en in het tweede geval tussen de erfgenamen van partijen worden afgerekend, ook ten aanzien van die goederen en rechten waarvan een erflater of schenker heeft bepaald dat zij niet zullen vallen in enige goederengemeenschap, waarin de verkrijger is gehuwd, mocht huwen of gehuwd mocht geraken, alsof in het huwelijk van partijen de wettelijke algemene gemeenschap van goederen heeft bestaan. Er wordt niet verrekend, indien bij ontbinding van het huwelijk door overlijden:*
 - *partijen duurzaam gescheiden leefden;*
 - *in het huwelijk van partijen de scheiding van tafel en bed is uitgesproken;*
 - *door een van partijen een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed was uitgesproken; en/of*
 - *het privé-vermogen van een van partijen negatief was.**Voorts wordt er ook niet verrekend wanneer een der partijen in staat van faillissement verkeert of surséance van betaling heeft.”*

Toelichting:

Deze clause is verplicht (*“zal (...) worden afgerekend”*) en wederkerig (*“indien het huwelijk van partijen wordt ontbonden door het overlijden van een hunner”*), en dus is de huwelijksvermogensrechtelijke verkrijging *onbelast*. Zie HR 27 juni 1990, BNB 1990/255. De Hoge Raad overwoog dat een dergelijke wederkerige en zonder enig voorbehoud aangegane verrekenverplichting in economisch opzicht overeenstemt met de wettelijke gemeenschap van goederen. Het gevolg hiervan is dat moet worden gehandeld alsof tijdens leven een economische wettelijke gemeenschap van goederen bestond, zodat heffing op grond van art. 11 lid 3 SW niet mogelijk is. Heffing op grond van art. 11 lid 4 SW behoort uitsluitend tot de mogelijkheden als de langstlevende meer zou verkrijgen dan de helft van de economische wettelijke gemeenschap. Omdat in dit geval de vermogens van de echtgenoten gelijkelijk worden verdeeld, kan op deze grond geen erfbelasting worden geheven. Kortom, *onbelast* is deze huwelijksvermogensrechtelijke verkrijging voor de langstlevende.

De door de erflater of schenker gemaakte uitsluitingsclause dwingt, zodat daaraan in huwelijksvoorwaarden niet voorbij kan worden gegaan.

- *“In de navolgende gevallen: ingeval van faillissement van een van de echtgenoten en voorts binnen drie maanden na het eindigen van het deelgenootschap kan ieder der echtgenoten de deling van beider eventuele vermogensvermeerdering vorderen, in dier voege, dat de ene echtgenoot verplicht zal zijn uit zijn vermogen zoveel aan de andere*

echtgenoot uit te keren dat uiteindelijk beider vermogens met een gelijk bedrag is vermeerderd."

Toelichting:

Deze clausule is facultatief ("*kan ieder der echtgenoten (...) vorderen*") en wederkerig ("*ieder der echtgenoten*"). Niet duidelijk is of deze huwelijksvermogensrechtelijke verkrijging wegens het facultatieve karakter van de verrekening belast of onbelast is.

- *"Iedere echtgenoot heeft het recht na afloop van een kalenderjaar van de andere echtgenoot te vorderen, dat ter verdeling bij helfte wordt samengevoegd, wat van hun zuivere inkomsten, na aftrek van de in artikel 2 bedoelde kosten van de huishouding resteert.*

Een zodanige verdeling zal niet plaatshebben welke betrekking heeft op de tijd dat de echtelijke samenwoning verbroken is,

Indien binnen drie maanden na het einde van het kalenderjaar geen vaststelling en betaling van de verrekeningsvordering heeft plaatsgevonden, vervalt de vordering."

Toelichting:

Deze clausule is wederkerig ("*iedere echtgenoot*") en facultatief ("*heeft het recht*"). Er is geen voorwaarde van overleven ("*na afloop van een kalenderjaar*"). De huwelijksvermogensrechtelijke verkrijging is onbelast.

- *"Indien het huwelijk door het overlijden van een der echtgenoten wordt ontbonden, heeft de langstlevende echtgenoot het recht te verklaren, mits bij aangetekend schrijven of deurwaardersexploit, gericht respectievelijk betekend aan de rechtverkrijgenden van de overleden echtgenoot binnen zes maanden na het overlijden, dat de hiervoor in gemelde akte van huwelijksvoorwaarden bedoelde bepalingen volledig zullen worden uitgevoerd. Indien de overgebleven echtgenoot gemelde verklaring niet heeft afgelegd binnen de daarvoor gestelde termijn, dan zal tussen de langstlevende echtgenoot en de rechtverkrijgenden van de overleden echtgenoot worden afgerekend alsof de comparanten gehuwd waren geweest zonder huwelijksvoorwaarden te hebben gemaakt, derhalve als ware er wettelijke algehele gemeenschap van goederen."*

Toelichting:

Deze clausule is wederkerig ("*het overlijden van een der echtgenoten*"), facultatief ("*heeft de langstlevende echtgenoot het recht te verklaren*") en kent een voorwaarde van overleven. De huwelijksvermogensrechtelijke verkrijging is *belast* op grond van art. 11 lid 3 SW. Zie gerechtshof Amsterdam 28 juli 2005, [ECLI:NL:GHAMS:2005:AU0463](#).

11.8. Uitkeringen krachtens levensverzekering

Overlijdt een persoon en komt ten gevolge van zijn overlijden een levensverzekering ten behoeve van een ander (een derde-begunstigde) tot uitkering, dan is deze uitkering civielrechtelijk geen verkrijging "*krachtens erfrecht*" (vgl. art. 1 lid 1 onder 1° SW). Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad wordt de uitkering van een levensverzekering in dit

geval rechtstreeks van de verzekeringsmaatschappij verkregen, en niet uit de nalatenschap van de verzekeringnemer/verzekerde.⁸⁰ Zonder een fictiebepaling in de Successiewet zou het dan eenvoudig worden om heffing van erfbelasting te voorkomen. Om die reden worden bepaalde uitkeringen krachtens levensverzekering of derdenbeding als een fictieve erfrechtelijke verkrijging aangemerkt (art. 13 SW). Indien de voor de levensverzekering verschuldigde premies geheel of zelfs maar gedeeltelijk ten laste zijn gekomen van de erflater, wordt de verkrijging van de uitkering uit de levensverzekering voor de heffing van erfbelasting naar rato (en wel *“voor zover de verkrijging kan worden toegerekend aan een onttrekking aan het vermogen van de erflater”*) als een fictieve verkrijging krachtens erfrecht beschouwd.

Voorbeeld

Jan legateert aan Marie een bedrag van € 100.000. Dit is zonder meer een verkrijging krachtens erfrecht die aan heffing van erfbelasting is onderworpen.

Een ander voorbeeld. Jan gaat bij verzekeringsmaatschappij X een overeenkomst van levensverzekering aan. Jan is ter zake van deze overlijdensrisicoverzekering aan de maatschappij premies verschuldigd. In de polis is overeengekomen dat als Jan komt te overlijden door de maatschappij € 100.000 aan Marie zal worden uitgekeerd. Op grond van art. 13 SW wordt deze verzekeringsuitkering aan Marie, hoewel aan de uitkering een overeenkomst van levensverzekering ten grondslag ligt, gezien als een fictieve verkrijging krachtens erfrecht, oftewel als een belastbaar feit voor de erfbelasting.

De tekst van art. 13 lid 1 SW luidt als volgt:

“Al wat ten gevolge van of na het overlijden van een erflater wordt verkregen krachtens een overeenkomst van levensverzekering, ongevallenverzekering daaronder begrepen, of krachtens een derdenbeding, wordt voor de toepassing van deze wet geacht krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen, voor zover de verkrijging kan worden toegerekend aan een onttrekking aan het vermogen van de erflater, behoudens voor zover bij de verkrijger de aan die onttrekking ontleende rechten reeds voor het overlijden van de erflater aan de heffing van schenk- of erfbelasting waren onderworpen.”

Art. 13 lid 1 SW is van toepassing indien de verzekeringnemer de premies voor de levensverzekering betaald heeft (verarming) en een derde als begunstigde de uitkering ontvangt (verrijking). Deze fictie is in de Successiewet in het leven geroepen voor bevoordelingen bij niet-kruislings gesloten levensverzekeringen.⁸¹ In dat geval wordt de verzekeringsuitkering rechtstreeks van de verzekeraar ontvangen (leer van het zelfstandig recht). De uitkering uit hoofde van de levensverzekering maakt geen deel uit van de

⁸⁰ HR 27 maart 1953, NJ 1953/575 (Bakker-Olveh).

⁸¹ Bij een *niet-kruislings* gesloten levensverzekering sluit de ene partner (verzekeringnemer X) een levensverzekering af op zijn eigen leven (verzekerde X) en wordt de partner (Y) als begunstigde aangewezen. In dit geval betaalt X de premies (verarming) en is Y de begunstigde van de uitkering (verrijking).

Bij een *kruislings* gesloten levensverzekering sluit de ene partner (X) een levensverzekering af op het leven van de andere partner (Y) met zichzelf als begunstigde (X). In dit geval worden de premies betaald door degene die ook de begunstigde van de uitkering is.

nalatenschap, zodat heffing van erfbelasting alleen met behulp van deze fictieve erfrechtelijke verkrijging kan plaatsvinden.

Hieruit kan worden afgeleid dat art. 13 lid 1 SW toepassing mist als de uitkering *niet* kan worden toegerekend aan premies of koopsommen die aan het vermogen van de erflater zijn onttrokken. Of anders gezegd: heffing van erfbelasting is niet aan de orde als de premies of koopsommen niet geheel of ten dele voor rekening van de erflater zijn gekomen. Is dat wel het geval, dan geldt dat uitsluitend dat deel van de uitkering in de heffing wordt betrokken *“voor zover de verkrijging kan worden toegerekend aan een onttrekking aan het vermogen van de erflater”*. Art. 13 lid 1 SW kent derhalve een zogeheten naar rato-benadering.

Voorkomen van heffing van erfbelasting

Gelet op deze vertrekpunten van art. 13 SW loont het de moeite om onder ogen te zien op welke wijze heffing van erfbelasting kan worden voorkomen. Daar is des te meer reden voor, aangezien de waarde van verzekeringspolissen het financiële belang van de nalatenschapsgoederen meer dan eens overtreft. Polissen van levensverzekering zijn in wezen mini-testamenten.

Heffing van erfbelasting met betrekking tot een verzekeringsuitkering wordt voorkomen als aan de volgende voorwaarden⁸² wordt voldaan:

a. Premieverschuldigheid

Bij de beoordeling van de vraag of voor een uitkering uit een levensverzekering een onttrekking aan het vermogen van de erflater heeft plaatsgevonden, is onder meer van belang door wie de verzekeringspremie aan de verzekeraar verschuldigd is. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad en de hoven wordt daarvoor aangesloten bij de contractuele verschuldigheid van de premie, en niet bij de betaling daarvan. Kortom, de redactie van de polis is beslissend voor de beantwoording van de vraag wie de premies is verschuldigd, niet wie de premies betaalt.

Vastgelegd moet derhalve worden in de polis of een daarbij behorend clauseblad dat de begunstigde de premie voor de uitkering aan de verzekeraar verschuldigd is. Partners dienen elkaar kruislings te verzekeren. Wie de premie feitelijk betaalt, is in dit verband niet van belang. De premie mag dus ook van een gemeenschappelijke bankrekening worden afgeschreven.

Premieschenkingsarrest

Het bekende premieschenkingsarrest⁸³ handelde over een geval waarbij een vader op zijn eigen leven en ten name van zijn minderjarige kinderen levensverzekeringen had afgesloten. De kinderen waren daarbij als begunstigden aangewezen. De kinderen waren als verzekeringnemers de premies verschuldigd. Zij werden tot de voldoening daarvan in staat gesteld doordat de vader de verschuldigde premies van zijn bankrekening naar die van de kinderen overmaakte. Aan de Hoge Raad werd de vraag voorgelegd of de uitkeringen met erfbelasting (toen nog genaamd successierecht) konden worden belast. De

⁸² Zie hiervoor ook het Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 14 december 2010, *Staatscourant* 2010, nr. 20508. Dit besluit staat ook wel bekend als het Premiesplitsingsbesluit.

⁸³ HR 17 februari 1954, *BNB* 1954/140.

Hoge Raad overwoog dat een uitkering krachtens een levensverzekering slechts belast is voor de erfbelasting:

"(...) indien de uitkering het resultaat is van een verzekering, die de overledene zelf op het eigen leven heeft afgesloten, waarbij hij zelf de premieën aan den verzekeraar is schuldig geworden en heeft voldaan; (...)

dat in geval echter de uitkering het resultaat is van een verzekering, die een ander ten eigen behoeve op het leven van den overledene heeft afgesloten, terwijl de overledene den verzekeringnemer in staat heeft gesteld de door dezen verschuldigde premieën te betalen door gedurende zijn leven telkens daartoe gelden ter beschikking te stellen, dan wel de premieën, die de verzekeringnemer schuldig was, rechtstreeks aan den verzekeraar heeft betaald, er in het stelsel van de Successiewet telken male, dat op deze een waarde uit het vermogen van den overledene in dat van den verzekeringnemer is overgegaan, sprake is geweest van een verkrijging, die viel onder het begrip schenking onder de levenden in den zin van art. 1, eerste lid, onder 3° van de Successiewet, waarvan eventueel schenkingsrecht verschuldigd is;

dat in dat geval de uitkering zelf, die voortkomt uit een omzetting van waarden uit het eigen vermogen van de verzekeringnemer met behulp van een overeenkomst van levensverzekering geen bevoordeling door overlijden inhoudt en dus ook geen grond kan zijn voor de heffing van het recht van successie."

b. Huwelijksgoederenregime of samenlevingscontract

De premie voor de verzekeringsuitkering moet door de begunstigde verschuldigd zijn én moet ook daadwerkelijk voor rekening van de begunstigde blijven. Premie die is verschuldigd door de partner kan door het huwelijksgoederenregime of het samenlevingscontract toch geheel of gedeeltelijk weer ten laste van het vermogen van de erflater komen. Er wordt dan ook wel gezegd dat het huwelijksgoederenregime of het samenlevingscontract de constructie moet kunnen 'dragen'. Zo mogen de premies niet tot de gemeenschappelijke kosten van de huishouding worden gerekend of ten laste van een gemeenschap van goederen worden voldaan, want dan komt de premie mede ten laste van de andere partner en wordt de verzekeringsuitkering alsnog in de heffing van erfbelasting betrokken. Het voorgaande leidt tot de volgende bevindingen bij de verschillende relatievermogensregimes.

Algehele of beperkte gemeenschap van goederen: als de erflater (de verzekerde) en de premieplichtige met elkaar in de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen waren gehuwd, dan is de tijdens de huwelijksperiode verschuldigde premie voor de helft aan het vermogen van de erflater onttrokken.⁸⁴ Echtgenoten hebben echter een grote partnervrijstelling en een laag tarief voor de erfbelasting (tariefgroep I (10%/20%)).

Voorstelbaar is overigens dat de overeenkomst van levensverzekering behoort tot het voorhuwelijks vermogen van één van de echtgenoten, zodat deze verzekering niet in de wettelijke beperkte gemeenschap valt maar tot het eigen vermogen van de betreffende echtgenoot behoort.

⁸⁴ De regeling van de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen, die per 1 januari 2018 in werking is getreden, wordt uiteraard nog niet vermeld in het Premiesplitsingsbesluit van 14 december 2010.

Huwelijkse voorwaarden: bij huwelijkse voorwaarden wordt aan de hand van die voorwaarden beoordeeld of de tijdens de huwelijksperiode verschuldigde premie geheel of ten dele ten laste van het vermogen van de erflater is gekomen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het beding dat bij overlijden van één van de echtgenoten verrekend zal worden alsof zij in de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen waren gehuwd (finaal verrekenbeding). Bij een dergelijk beding wordt de helft van de tijdens de huwelijksperiode betaalde premie geacht te zijn onttrokken aan het vermogen van de erflater.

Koude uitsluiting: bij een huwelijk waarbij elke gemeenschap van goederen is uitgesloten en waarbij de premie was verschuldigd door de echtgenoot van de erflater is voor de verzekeringsuitkering in beginsel geen onttrekking aan het vermogen van de erflater geweest. Dit kan anders zijn indien de huwelijkse voorwaarden ook een finaal verrekenbeding bevatten (tenzij de premies van de levensverzekering van de finale verrekening weer zijn uitgesloten).

Samenlevingscontract: als de erflater (de verzekerde) en de premieplichtige ongehuwd samenwoonden met een samenlevingscontract dan geldt het volgende. Aan de hand van het samenlevingscontract wordt beoordeeld of de door de partner van de erflater verschuldigde premie een privéschuld van die partner was of een schuld die beide partners in hun onderlinge verhouding aanging. Als de premie een schuld was die beide partners in hun onderlinge verhouding aanging, dan is de helft van de premie die tijdens de samenlevingsperiode was verschuldigd onttrokken aan het vermogen van de erflater.

c. Premiesplitsing

Bij een verzekeringsuitkering op één leven zal de premie door één persoon verschuldigd zijn. Premiesplitsing is dan niet aan de orde.

Bijzondere aandacht moet worden besteed aan een levensverzekering op twee levens en aan een gemengde verzekering. Van belang daarbij is of sprake is van premiesplitsing. Premiesplitsing houdt in dat de premie wordt gesplitst in: (i) een gedeelte voor de uitkering bij het overlijden van de ene verzekerde als eerste en (ii) een gedeelte voor de uitkering bij het overlijden van de andere verzekerde als eerste. Zie daarvoor verder het eerder vermelde Premiesplitsingsbesluit van 14 december 2010 met diverse voorwaarden waaraan de premiesplitsing dient te voldoen. Zo dient bijvoorbeeld de splitsing van de premie door de premieplichtigen met de verzekeraar overeengekomen te worden. Een premiesplitsing die niet met de verzekeraar is afgesproken, is fiscaal zonder belang.

d. Beoordeling op tijdstip overlijden

Voor de beoordeling van de vraag of voor het verkrijgen van een verzekeringsuitkering iets is onttrokken aan het vermogen van de erflater, is de situatie op het tijdstip van overlijden beslissend. Dat betekent dat herstel mogelijk is als bij leven fouten zijn gemaakt en de premieverschuldigdheid en de -splitsing niet goed zijn geregeld. Zie daarvoor verder het Premiesplitsingsbesluit van 14 december 2010.

Hypothec, levensverzekering en partnerverklaring

In verband met de koop van een woning wordt niet alleen een hypothecaire lening afgesloten, maar vaak ook een levensverzekering. De bank verlangt dan als meerdere zekerheid voor de terugbetaling van de lening dat de rechten uit de verzekeringspolis aan haar verpand worden. De bank kan zich dan als eerste begunstigde onder de polis aanwijzen. In dat geval ontvangt de bank de verzekeringsuitkering bij overlijden van één van de partners rechtstreeks van de verzekeraar en wordt daarmee (een deel van) de hypotheekschuld voldaan. Hiervan profiteren alle erfgenamen, de langstlevende en eventuele kinderen.

Voorbeeld

Rick en Mariska zijn gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen en hebben een zoon Bas. Zij hebben een woning aangekocht van € 250.000 en zijn daarvoor een hypotheekschuld van € 260.000 aangegaan. Tevens is een overlijdensrisicoverzekering afgesloten tot een bedrag van € 160.000, zodat de langstlevende daarna nog een schuld van € 100.000 zou overhouden. De woning is inmiddels € 280.000 waard. Stel dat op de hypotheekschuld niet is afgelost en dat er geen overig vermogen aanwezig is. Indien één van de twee partners overlijdt, dan zijn de erfgenamen de andere partner en zoon Bas.

Heeft de bank zichzelf, met gebruikmaking van de verpanding, als begunstigde aangewezen dan gaat de verzekeringsuitkering van € 160.000 rechtstreeks naar de bank, ter voldoening van een deel van de hypotheekschuld. Er resteert dan nog een hypotheekschuld van € 100.000. De nalatenschap bedraagt dan de helft van € 180.000 (€ 280.000 - € 100.000), zodat het erfdeel van de langstlevende en zoon Bas € 45.000 voor elk bedraagt.

Het is ook mogelijk dat de verzekeringsuitkering aan de langstlevende als begunstigde wordt uitgekeerd. De bank zal bereid zijn daarmee in te stemmen indien de langstlevende aan de verzekeraar schriftelijk opdracht heeft gegeven om de aan de langstlevende toekomende uitkering door te betalen aan de bank. Een dergelijke schriftelijke opdracht staat wel bekend als 'de partnerverklaring'.

Voorbeeld

In de hiervoor beschreven situatie is de partnerverklaring getekend en Mariska overlijdt als eerste. In dat geval ontvangt Rick de gehele verzekeringsuitkering van € 160.000. Hij wendt de uitkering aan om de hypotheekschuld aan de bank af te lossen. Daarmee voldoet hij ook een gedeelte van de hypotheekschuld van Mariska. Voor dat gedeelte komt hij op grond van subrogatie (art. 6:150 BW) in de plaats van de bank als schuldeiser. De financieringsschuld van de woning is hierdoor in totaal € 260.000 gebleven, maar thans bestaande uit een deel aan de bank (€ 100.000) en een deel aan Rick (€ 160.000). De nalatenschap bedraagt nu de helft van € 20.000 (€ 280.000 - € 260.000), ofwel € 10.000. Het erfdeel van Bas bedraagt nu maar € 5.000. De reden hiervoor is dat de verzekeringsuitkering zogezegd buiten de boedel om is gelopen, zodat Bas er niet van meeprofiteert.

Teneinde te bereiken dat de verzekeringsuitkering buiten de boedel om wordt genoten, dient Rick derde-begunstigde te zijn. Op grond van de leer van het zelfstandig recht komt de verzekeringsuitkering hem rechtstreeks als langstlevende toe en kan hij gebruik maken van de partnerverklaring. Een dergelijke situatie kan worden bereikt als Rick en Mariska op huwelijkse voorwaarden zijn gehuwd en de verzekeringsuitkering niet in een huwelijksgemeenschap valt.

De levensverzekeringsfamilie (art. 13 lid 2 SW)

De wetgever heeft met art. 13 lid 2 SW constructies in de ban gedaan waarbij de overledene zelf als verzekeraar optreedt. Volgens twee arresten van de Hoge Raad van 11 juli 2008, *BNB* 2008/252 en *BNB* 2008/253 was een dergelijk geval niet met de oude bepaling van art. 13 SW te bestrijden.

In het berechte geval was vader niet alleen het verzekerd lijf, maar ook de verzekeraar. Vader had twee offertes uitgebracht om tot een overeenkomst van levensverzekering te komen en de verzekeringnemers gingen daarmee akkoord. Zowel de stiefmoeder/echtgenote als de kinderen verzekerden het risico dat hun partner respectievelijk vader zou komen te overlijden. Bij welke maatschappij werd die levensverzekering afgesloten? Bij een natuurlijk persoon, te weten de echtgenoot/vader zelf. Een en ander werd per belanghebbende schriftelijk in een Polis Overlijdensrisicoverzekering neergelegd.

Het belang voor de begunstigden (tevens verzekeringnemers) was om bij het overlijden van de verzekeraar voor een bepaalde datum (de verzekering liep van het 48^e tot en met het 57^e levensjaar van vader) een uitkering te ontvangen van € 2 miljoen (de echtgenote) en twee uitkeringen van € 3 miljoen (door de kinderen); en dit (wellicht) allemaal vrij van erfbelasting. Hoe groot was het fiscale premie-schenkingsoffer dat er de facto tegenover stond? Dat was voor de polis van de echtgenote afgerond 5 (jaar) x € 15.000 = € 75.000 en per polis van ieder van de twee kinderen 5 (jaar) x € 23.000 = € 115.000. De grenzen van het oorbare zijn desbewust opgezocht, vooral omdat de premies steeds direct voorafgaand aan de premiebetalingen door de vader/verzekeraar aan de begunstigden werden geschonken. Sterker nog: de door vader geschonken premies kwamen zelfs per ommegaande weer retour naar hem, zij het dan in zijn rol als incasserende verzekeringsmaatschappij. Het fiscale geschil spitste zich met name toe op de vraag of er iets aan het vermogen van de overledene onttrokken was in de zin van art. 13 SW. De Hoge Raad heeft in genoemde arresten geoordeeld dat de uitkeringen op grond van deze constructie *niet* belast waren met erfbelasting. Immers, de premies voor de levensverzekering waren destijds niet verschuldigd door de erflater. Met art. 13 lid 2 SW is aan deze bijzonder creatieve constructie een definitief einde gekomen.

11.9. Waardestijging van aandelen in een pensioenvennootschap als gevolg van overlijden van de pensioengerechtigde

Als een vennootschap (een houdstermaatschappij of een aparte pensioenvennootschap), waarvan het kapitaal in aandelen of winstbewijzen is verdeeld, een lijfrente-uitkering of een pensioen in eigen beheer heeft en de begunstigde overlijdt, valt voor de vennootschap een pensioenverplichting weg. Door het vrijvallen van deze pensioenverplichting worden de aandelen in die vennootschap meer waard. Aangezien de aandelen tot de nalatenschap

van de pensioengerechtigde behoren, wordt over die hogere waarde erfbelasting geheven.

Om heffing van erfbelasting te voorkomen, kwam het in de praktijk regelmatig voor dat de DGA van een B.V. zijn pensioen in een aparte pensioen-B.V. had ondergebracht en de aandelen van die pensioen-B.V. aan zijn kinderen had geschonken. Als dan de DGA overlijdt, stijgen de aandelen van de pensioen-B.V. in waarde. Aangezien de aandelen niet tot de nalatenschap van de erflater behoren, maar aan de kinderen toekomen, heeft de wetgever een fictiebepaling nodig om die waardestijging aan de heffing van erfbelasting te onderwerpen.

Art. 13a SW bepaalt dan ook dat de waardestijging van de aandelen of winstbewijzen wordt gezien als een fictieve verkrijging krachtens erfrecht.⁸⁵ Heffing van erfbelasting vindt ingevolge deze bepaling plaats, indien wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

- a. de aandelen behoren tot een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 van de Wet IB 2001;
- b. de aandelen zijn in handen van de partner van de erflater/pensioengerechtigde, of van zijn bloed- en aanverwanten tot en met de vierde graad of hun partners; en
- c. de aandelen in de vennootschap stijgen in waarde door het overlijden van de erflater.

Een eventuele eerdere waardestijging van de aandelen die reeds tijdens het leven van de pensioengerechtigde optreedt als gevolg van het feit dat een ongeneeslijke ziekte is geconstateerd, is niet van invloed op de omvang van de heffing van art. 13a SW. Zie daarvoor de uitspraak van de Hoge Raad van 15 februari 2019, [ECLI:NL:HR:2019:235](#).

In dat geval had belanghebbende alle aandelen in een B.V. Op de balans van de B.V. per 1 januari 2015 stond een voorziening voor een lijfrenteverplichting van de B.V. jegens de moeder van belanghebbende. De moeder is op 31 juli 2015 overleden. In mei 2015 was geconstateerd dat zij ongeneeslijk ziek was. In de aangifte erfbelasting is in verband met de vrijval van de lijfrentevoorziening en de daardoor veroorzaakte waardestijging van de aandelen in de B.V., een fictieve verkrijging als bedoeld in art. 13a SW aangegeven van € 218.228. Dat bedrag is in aanmerking genomen bij de vaststelling van de aan belanghebbende opgelegde aanslag in de erfbelasting.

Het hof heeft geoordeeld dat zich ten tijde van het overlijden van de moeder een fictieve verkrijging in de zin van art. 13a SW voordoet omdat er een concreet en voldoende sterk causaal verband bestaat tussen de waardestijging van de aandelen in de B.V. en het overlijden van de moeder. Daarom is terecht de gehele waardestijging van de aandelen die is ontstaan door de vrijval van de lijfrentevoorziening bij de heffing van erfbelasting in aanmerking genomen, aldus het hof.

De Hoge Raad overweegt dat uit de parlementaire geschiedenis van art. 13a SW blijkt dat deze bepaling is ingevoerd om een einde te maken aan constructies waarbij oudedagsvoorzieningen van een erflater worden ondergebracht in een vennootschap waarvan de aandelen worden gehouden door een ander dan die erflater, en een waardestijging van die aandelen ten gevolge van het overlijden van een erflater onbelast blijft. De wetgever heeft zoveel mogelijk een gelijke fiscale behandeling tot stand willen

⁸⁵ Deze fictie is met ingang van 1 januari 1995 in de Successiewet opgenomen. Sinds 1 juli 2017 kan geen pensioen in eigen beheer meer opgebouwd worden. Reeds opgebouwde en gehandhaafde pensioenvoorzieningen kunnen nog wel tot uitkering komen, zodat art. 13a SW zijn belang behoudt.

brengen van enerzijds gevallen waarin de aandelen in handen zijn van de erflater zelf en anderzijds gevallen waarin de aandelen in handen zijn van anderen. Op grond van art. 21 lid 1 SW wordt het verkregene in aanmerking genomen naar de waarde welke daaraan op het tijdstip van de verkrijging in het economische verkeer kan worden toegekend. Op dat tijdstip dienen de waarde van de aandelen en het bedrag van de waardestijging van die aandelen door het overlijden te worden bepaald.

In dit geval is de moeder overleden door een in 2015 geconstateerde ongeneeslijke ziekte en is de lijfrentevoorziening door haar overlijden gedaald naar nihil. Aan de bedoeling van de wetgever wordt dan recht gedaan door voor de op grond van art. 13a SW te belasten waardestijging van de aandelen mede rekening te houden met een eventuele eerdere afwaardering van die voorziening in verband met verminderd langlevensrisico van de verzekerde. Het oordeel van het Hof is daarom juist, aldus de Hoge Raad.

De fictieve erfrechtelijke verkrijging van art. 13a SW is alleen aan de orde indien de aandelen van een vennootschap verkregen zijn door personen die behoren tot de 'successierechtelijke verdachtenclub' (zie hiervoor onder b.). Houdt de erflater de aandelen zelf, dan kan de heffing van erfbelasting plaatsvinden op grond van art. 1 lid 1 onder 1° SW. Vallen de aandelen in een huwelijksgemeenschap waarin de erflater was gehuwd, dan behoort de helft van de aandelen tot zijn nalatenschap.

12. Het belastbare feit voor de schenkbelasting opnieuw: fictieve schenkingen

12.1. Verblijvings- en overnemingsbedingen

Bij een verblijvingsbeding kan tussen deelgenoten van een gemeenschap afgesproken worden dat bij leven of overlijden het aandeel van één van hen in één of meer onverdeelde goederen zal worden verkregen door de ander(en). Het verblijvingsbeding is daarmee een verdeling bij voorbaat. Bij een overnemingsbeding is er geen sprake van een gemeenschap, maar kunnen één of meer goederen die aan een contractspartij toebehoren op grond van het beding bij leven of overlijden door de andere contractspartij(en) worden overgenomen.

Op grond van art. 11 lid 1 SW worden de op grond van een verblijvings- of overnemingsbeding bij leven verkregen goederen geacht krachtens schenking verkregen te zijn, waardoor deze transactie in de heffing van schenkbelasting wordt betrokken. Van een fictieve schenking is sprake indien de verkrijger een aandeel in ondernemings- of ander vermogen verkrijgt tegen een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer. Voorwaarde is wel dat de verkrijger behoort tot de in art. 11 lid 5 SW genoemde groep van personen (de zogeheten 'successierechtelijke verdachtenclub'). Ingevolge art. 7 lid 1 SW mag de waarde van de fictieve schenking worden verminderd met hetgeen de verkrijger voor zijn verkrijging heeft opgeofferd, zodat alleen het netto-voordeel in de heffing wordt betrokken (vgl. § 11.2).

Heffing van schenkbelasting zal niet aan de orde zijn indien de (fictief) verkrijger van krachtens schenking verkregen ondernemingsvermogen een beroep kan doen op de bedrijfsopvolgingsregeling (§ 14).

12.2. Schenkingen op het sterfbed en postume schenkingen

Schenkingen op sterfbed

Wanneer iemand binnen 180 dagen voor zijn overlijden een schenking doet, wordt deze schenking geacht krachtens erfrecht te zijn verkregen (art. 12 lid 1 eerste volzin SW). Deze schenking wordt opnieuw in de heffing van erfbelasting betrokken. Op deze wijze wordt voorkomen dat op het sterfbed vermogen aan toekomstige erfgenamen wordt geschonken en daarbij gebruik gemaakt wordt van de schenkingsvrijstellingen en het lage tarief.

Voorbeeld

Om de ratio van de fictie van de sterfbedschenking inzichtelijk te maken, vergelijk men de volgende twee gevallen.

Stel dat vader A in het ene geval overlijdt en als zijn enig erfgenaam een zoon achterlaat die € 250.000 erft. Stel daarnaast het andere geval dat vader B op zijn sterfbed aan zijn zoon € 125.000 schenkt, hij sterft een dag later en laat aan zijn zoon als zijn enig erfgenaam € 125.000 na. Hoe worden deze twee situaties beoordeeld voor de heffing van erf- en schenkbelasting?

Zonder de fictie van art. 12 SW zou de zoon in het eerste geval over € 250.000 erfbelasting betalen en de zoon in het tweede geval over € 125.000 schenkbelasting en over € 125.000 erfbelasting. De zoon zou in dat geval tweemaal gebruik kunnen maken van vrijstellingen en zou door het knippen van de verkrijgingen twee keer tegen een lager tarief belast worden. Door de werking van de fictie wordt de schenking aan de zoon in het tweede geval successierechtelijk een fictieve verkrijging krachtens erfrecht en dus in de heffing betrokken voor de erfbelasting.

De schenkbelasting die reeds is geheven, kan worden verrekend met de te betalen erfbelasting. Art. 12 lid 2 SW verklaart art. 7 lid 2 SW van overeenkomstige toepassing (vgl. § 11.2). Verrekening van de bij de schenking betaalde overdrachtsbelasting is eveneens mogelijk.

Postume schenkingen

Het is mogelijk dat de schenker een schenking heeft gedaan onder een bepaalde opschortende voorwaarde die pas ná zijn overlijden wordt vervuld (de zogeheten postume schenking).⁸⁶ Voor die situatie bepaalt art. 12 lid 1 tweede volzin SW dat al wat wordt verkregen krachtens een schenking die tot stand is gekomen ná het overlijden van de schenker, voor de toepassing van de Successiewet geacht wordt krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen. De postume schenking wordt als een fictieve erfrechtelijke verkrijging aangemerkt. Woonde de schenker ten tijde van zijn overlijden (fictief) in Nederland, dan wordt erfbelasting geheven. De verkrijging moet worden gewaardeerd naar de waarde in het economische verkeer ten tijde van het overlijden van de schenker.

In art. 12 lid 3 SW zijn enkele uitzonderingen opgenomen op deze fictiebepaling wanneer voor de schenking bepaalde vrijstellingen van art. 33 SW gelden (met name de verhoogde

⁸⁶ Art. 1 lid 9 SW bepaalt dat een gift onder opschortende voorwaarde voor de toepassing van de Successiewet geacht wordt tot stand te komen op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld.

schenkingsvrijstelling) of wanneer de schenkbelasting is kwijtgescholden op grond van art. 67 SW.

12.3. Renteloze, direct opeisbare lening

Art. 15 SW gaat bij renteloze of laagrentende geldleningen onder bepaalde voorwaarden uit van een fictieve schenking. In familiekringen worden nog wel eens dergelijke zachte leningen tegen gunstige voorwaarden verstrekt. Van een geldlening die geen rente draagt, of een rente draagt die lager is dan de normrente van 6%, én welke lening rechtens dan wel in feite direct opeisbaar is of dat op enig moment wordt, wordt de schuldeiser vanaf de dag waarop de lening opeisbaar wordt geacht van dag tot dag het vruchtgebruik van het ter leen verstrekte bedrag aan de schuldenaar te hebben geschonken. Dit betekent dat het voordeel dat de leningnemer geniet uit hoofde van een renteloze of laagrentende, direct opeisbare lening⁸⁷ belast wordt met schenkbelasting. Ook als er geen sprake zou zijn van vrijgevigheid kan art. 15 SW worden toegepast en kan een fictieve schenking worden aangenomen.

Renteloos of een rente die lager is dan 6%

De normrente die wordt gehanteerd, is 6%.⁸⁸ Wordt wél rente in rekening gebracht, maar beloopt deze minder dan 6%, dan is eveneens sprake van een fictieve schenking. In de heffing van schenkbelasting wordt dan betrokken het verschil tussen het gehanteerde rentepercentage en 6%.

Directe opeisbaarheid

Van directe opeisbaarheid is ook sprake als de opeisbaarheid van de lening minder dan een jaar beloopt.

Betreft het een niet direct opeisbare lening met een lagere rente dan 6%, dan kan een fictieve schenking worden aangenomen indien en zodra de lening opeisbaar wordt en niet daadwerkelijk wordt opgeëist.

Particuliere leningen

In art. 15 lid 2 SW wordt bepaald dat de fictie alleen geldt voor leningen die direct of indirect aan een natuurlijke persoon worden verstrekt door een andere natuurlijke persoon die daarbij niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf (de zogeheten 'particuliere leningen').

⁸⁷ Bij een (feitelijk) direct opeisbare lening is civielrechtelijk geen sprake van een schenking, zodat fiscaal een toevlucht gezocht moet worden tot een fictieve schenking.

⁸⁸ In art. 15 lid 1 SW wordt verwezen naar art. 21 lid 14 SW. Op basis van die laatste bepaling is de normrente van 6% vastgelegd in art. 10 Uitvoeringsbesluit SW.

13. Erfrechtelijke verkrijgingen en schenkingen onder voorwaarden

Makingen (erfstellingen en legaten) kunnen onder een voorwaarde worden gedaan.⁸⁹ Hetzelfde geldt voor schenkingen.⁹⁰ Wat is de successierechtelijke behandeling van deze voorwaardelijke verkrijgingen krachtens erfrecht dan wel schenking?

13.1. Erfrechtelijke verkrijgingen onder voorwaarde

Van de tweetrapsmaking wordt in art. 4:141 BW een soort van definitie gegeven. De drie kenmerkende elementen van de tweetrapsmaking zijn:

- a. een uitdrukkelijke benoeming van een erfgenaam⁹¹ (*de bezwaarde*) onder ontbindende voorwaarde (eerste trap);
- b. een uitdrukkelijke benoeming van een erfgenaam (*de verwachter*) onder opschortende voorwaarde (tweede trap); en
- c. een overlevingselement, oftewel de verwachter (tweede trap) moet het moment dat het recht van de bezwaarde (eerste trap) eindigt, overleven.

Op deze wijze kan de erflater – ook wel *de insteller* van een tweetrapsmaking genoemd – over zijn graf heen regeren. Overleeft de verwachter het moment waarop het recht van de bezwaarde eindigt (bij overlijden van de bezwaarde of op een eerder tijdstip), dan komt het door de insteller aan de bezwaarde vermaakte of het onverteerde deel daarvan toe aan de verwachter.

Op welke wijze wordt een dergelijke voorwaardelijke making in de heffing van erfbelasting betrokken? Uit art. 21 lid 2 en 4 SW blijkt dat voorwaardelijke makingen een bijzondere successierechtelijke behandeling ten deel vallen. In de *eerste plaats* geldt dat goederen, die door de bezwaarde zijn verkregen onder de ontbindende voorwaarde van overlijden en wel met een daarbij aansluitende opschortende voorwaarde ten gunste van de verwachter, in aanmerking worden genomen naar de waarde van die goederen als waren zij onvoorwaardelijk verkregen (art. 21 lid 2 SW). Kortom, goederen die door de bezwaarde onder ontbindende voorwaarde worden verkregen, worden wat de waarde betreft geacht onvoorwaardelijk te zijn verkregen. De bezwaarde wordt belast voor de erfrechtelijke verkrijging *zonder* rekening te houden met de waardedruk van de ontbindende voorwaarde.

In de *tweede plaats* geldt dat bij verkrijging door de vervulling van een opschortende voorwaarde die aansluit bij de ontbindende voorwaarde van het overlijden van een eerdere verkrijger, voor de bepaling van de aard en waarde van het verkregene beslissend is het tijdstip waarop het genot voor de verwachter aanvangt (art. 21 lid 4 SW).

⁸⁹ Zie het onderdeel 'Over eigen en andermans graf heen regeren met voorwaardelijke makingen'.

⁹⁰ Zie het onderdeel 'Schenking en erfrecht'.

⁹¹ Het is ook mogelijk een tweetrapslegaat te maken.

Voorbeeld eerste overlijden

Jerry en Asta zijn in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd en hebben een gemeenschappelijk huwelijksvermogen van € 1,2 miljoen, bestaande uit twee panden. Jerry overlijdt als eerste. In zijn uiterste wilsbeschikking heeft hij Asta benoemd tot enig erfgenaam onder ontbindende voorwaarde dat dochter Florine haar overleeft, terwijl dochter Florine onder gelijke aansluitende opschortende voorwaarde eveneens tot enig erfgenaam is benoemd.

Bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap wordt pand A op grond van het huwelijksvermogensrecht aan Asta toebedeeld en wordt pand B aan de nalatenschap van Jerry toebedeeld (het tweetrapsvermogen). De waarde van hetgeen krachtens huwelijksvermogensrecht verkregen wordt, is (behoudens een toepasselijke fictie) onbelast. Erfrechtelijk zijn er nu twee verkrijgers. De waarde van de erfrechtelijke verkrijging van Asta ad € 600.000 valt in beginsel in de partnervrijstelling en is daarom onbelast. De erfrechtelijke verkrijging door Florine (onder opschortende voorwaarde) wordt (ten tijde van het overlijden van Jerry) fiscaal genegeerd op grond van de gecombineerde werking van de leden 2 en 4 van art. 21 SW, zodat er bij het eerste overlijden in beginsel geen erfbelasting verschuldigd is.

Voorbeeld tweede overlijden

Vijf jaar later vindt het tweede overlijden plaats. Asta overlijdt. In haar nalatenschap zit pand A. Dochter Florine is haar enige erfgename. Pand A wordt krachtens erfrecht verkregen door Florine, waarover – zonder bijzonderheden – erfbelasting verschuldigd is. Wat betreft pand B wordt de opschortende voorwaarde vervuld dat Florine haar moeder Asta moest overleven. Dit is gebeurd en Florine is onvoorwaardelijk eigenaar van pand B geworden. Op grond van de werking van art. 21 lid 4 SW wordt zij ter zake van de voorwaardelijke verkrijging uit de nalatenschap van haar vader pas bij het overlijden van haar moeder met erfbelasting getroffen. Dit betekent dat op het moment van de onvoorwaardelijke verkrijging van pand B de lage tariefschijf en de kindvrijstelling uit de nalatenschap van vader Jerry gebruikt kunnen worden. Voor de verkrijging van pand A uit de nalatenschap van Asta kunnen uiteraard ook de lage tariefschijf en de kindvrijstelling gebruikt worden.

Had Jerry Asta onvoorwaardelijk tot zijn enig erfgenaam benoemd, dan werden – ervan uitgaande dat Florine enig erfgename van Asta zou zijn – bij het overlijden van Asta de twee panden door Florine uit de nalatenschap van haar moeder verkregen. Dit betekent dat alleen de lage tariefschijf en de kindvrijstelling in de nalatenschap van Asta zouden zijn gebruikt en deze faciliteiten in de nalatenschap van Jerry onbenut zouden zijn gebleven.

Nadere verkrijging uit het tweetrapsvermogen

Ter berekening van de door de verwachter te betalen erfbelasting over de (nadere) verkrijging moet rekening gehouden worden met de eventuele erfrechtelijke verkrijging die de verwachter reeds eerder van de insteller ontving (de oorspronkelijke verkrijging). De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 12 april 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY8780](#), geoordeeld dat uit de onderlinge samenhang van art. 1 lid 1 onder 1°, art. 5 lid 1 en art. 24 lid 1 SW kan worden afgeleid dat onder “de belaste verkrijging” in art. 24 lid 1 SW moet worden verstaan: “al wat de belastingplichtige uit één nalatenschap verkrijgt, verminderd met de toepasselijke vrijstellingen”. Bij de berekening van de te betalen belasting moet derhalve met de

optelsom van de oorspronkelijke verkrijging én de nadere verkrijging (afkomstig uit het tweetrapsvermogen) rekening worden gehouden, verminderd met de toepasselijke vrijstellingen. De door de verwachter te betalen belasting met betrekking tot de nadere verkrijging dient pro rata parte berekend te worden.

Voorbeeld

In 2011 is X overleden. A en B zijn beiden in het testament tot erfgenamen benoemd, elk voor de helft. A is benoemd tot erfgenaam onder de ontbindende voorwaarde dat B hem zal overleven (de bezwaarde). B is tevens erfgenaam onder opschortende voorwaarde dat hij A zal overleven (de verwachter). In 2011 krijgen A en B ieder € 100.000 uit de nalatenschap van X, waarover zij beiden erfbelasting verschuldigd zijn.

In 2022 overlijdt A, B is dan nog in leven. Van het tweetrapsvermogen van € 100.000 resteert nog € 75.000, dat aan B toekomt. De erfbelasting van B (behorend tot tariefgroep II (30%/40%)) kan dan als volgt worden berekend.

De erfrechtelijke verkrijging van B is gelijk aan € 100.000 + € 75.000 = € 175.000. Op deze verkrijging komt eerst de vrijstelling van € 2.274 (2022) in mindering. De verschuldigde erfbelasting over € 172.726 bedraagt dan € 56.048 (30% over € 130.424 (= € 39.127,20) en 40% over € 42.302 (= € 16.920,80)). Vervolgens dient dit bedrag naar rato toegerekend te worden aan de nadere verkrijging. $\text{€ 75.000} / \text{€ 175.000} \times \text{€ 56.048} = \text{€ 24.020}$. Dat is het bedrag van de aanvullende heffing in 2022.

Uitgedrukt in de woorden van de Hoge Raad in voormelde uitspraak:

“De berekening van het verschuldigde recht van successie ter zake van een nadere verkrijging dient, gelet op het voorgaande, gebaseerd te zijn op al hetgeen de belastingplichtige uit de nalatenschap verkrijgt. De basis voor deze berekening wordt daarom gevormd door het bedrag aan successierecht dat ten tijde van de nadere verkrijging verschuldigd zou zijn over de totale verkrijging. Nu het gaat om belasting ter zake van de nadere verkrijging dient dit bedrag te worden berekend uitgaande van de tarieven en vrijstellingen die gelden op het moment van die nadere verkrijging. Deze berekening mag echter niet tot gevolg hebben dat ter gelegenheid van de nadere verkrijging mede successierecht van de belastingplichtige wordt geheven over het deel van de totale verkrijging dat door hem reeds eerder is verkregen. De SW bevat geen voorschriften waaruit is af te leiden op welke wijze dit gevolg moet worden vermeden. Mede uit overwegingen van uitvoerbaarheid ligt het voor de hand dat de belasting over de nadere verkrijging wordt gesteld op het bedrag dat zich tot de belasting over de totale verkrijging op dezelfde wijze verhoudt als de nadere verkrijging (vóór aftrek van vrijstellingen) tot de totale verkrijging (eveneens vóór aftrek van vrijstellingen).”

Dubbele heffing

In het voorbeeld van Asta en Jerry pakt de tweetrapsmaking, gelet op de partnervrijstelling, gunstig uit. Het is van belang dat voor ogen wordt gehouden dat de vererving van een goed in beginsel uit één nalatenschap dubbel verkregen wordt: één onder een ontbindende voorwaarde en één onder een opschortende voorwaarde.

In de relatie grootouder-kind-kleinkind kan het kleinkind – afgezien van vrijstellingen – het goed beter van zijn ouder verkrijgen (met een tarief van 10%-20%) dan onder opschortende voorwaarde rechtstreeks van zijn grootouder (met een tarief van 18%-36%).

Afstand door bezwaarde

Als de verwachter door afstanddoening door een verkrijger onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) eerder verkrijgt, wordt dit blijkens art. 45 lid 3 SW gezien als een verkrijging krachtens erfrecht door de verwachter van de insteller. Als de bezwaarde uit vrijgevigheid afstand doet, is er ook een gift van de bezwaarde aan de verwachter. Heffing van schenkbelasting over deze gift blijft echter achterwege, zodat dubbele heffing wordt voorkomen.⁹²

Schenking door bezwaarde uit tweetrapsvermogen aan familiekring van verwachter

In art. 31 SW wordt bepaald dat bij het schenken uit het tweetrapsvermogen door de bezwaarde aan de familiekring van de verwachter, niet minder belasting verschuldigd is dan verschuldigd zou zijn wegens de overgang van dat geschonken goed op de verwachter krachtens de vervulling van de voorwaarde.

Afstand door de verwachter

Als de verwachter gedurende het leven van de bezwaarde afstand doet van zijn recht, wordt – blijkens art. 30 lid 3 SW – ten laste van hen die het bezwaarde goed uit de nalatenschap van de bezwaarde verkrijgen, niet minder belasting geheven dan zonder afstanddoening verschuldigd zou zijn. Hetzelfde geldt voor het verwerpen van de nalatenschap van de bezwaarde.

De dertigdagenclausule

Met het oog op besparing van erfbelasting wordt in testamenten veelal de dertigdagenclausule opgenomen (§ 5). Hiermee wordt dubbele heffing van erfbelasting voorkomen als een erfrechtelijke verkrijger een korte periode (bijvoorbeeld binnen dertig dagen) nadat hij erfrechtelijk heeft verkregen, komt te overlijden. De oorspronkelijke verkrijger valt door de vervulling van de ontbindende voorwaarde civielrechtelijk en successierechtelijk ertussen uit.⁹³

Voorbeeld

De clausule luidt: *“Ik benoem mijn vriend tot enig erfgenaam onder de ontbindende voorwaarde dat hij op de dertigste dag na mijn overlijden niet meer in leven is.”*

⁹² Zie daarvoor het standpunt van de Kennisgroep van de Belastingdienst: KG:063:2023:16 (Giftbegrip, tweetrapsmaking en afstand bezwaard vermogen).

⁹³ Een andere structurering van de dertigdagenclausule met een opschortende voorwaarde zou kunnen luiden dat de opvolgende verkrijger verkrijgt onder de opschortende voorwaarde dat hij nog leeft op het tijdstip van het overlijden van de erfgenaam.

Als aan de in deze testamentaire clausule opgenomen voorwaarde is voldaan, dan wordt niet door de vriend verkregen maar door de subsidiaire erfgenamen, bijvoorbeeld de versterferfgenamen.

Vermindering

Op grond van art. 45 en art. 53 SW vindt door de vervulling van een ontbindende voorwaarde herrekening van de erfbelasting plaats. Er vindt geen dubbele heffing plaats, omdat in beginsel vermindering van de eerste aanslag wordt verleend. De tweetrapsmakingen zijn van deze faciliteit uitgesloten.

Het bedrag van de vermindering wordt verlaagd, maar niet verder dan tot nihil, met het bedrag aan belasting dat verschuldigd zou zijn geweest als dat was berekend over het voordeel dat tijdens de bezitsperiode is genoten (art. 53 lid 2 SW). Dit voordeel is het bedrag van de waarde van het daadwerkelijk genoten voordeel over het verkregene gedurende de bezitsperiode, dan wel, indien het verkregene een vruchtgebruik is, de waarde van dat vruchtgebruik over de bezitsperiode (art. 53 lid 3 SW).

De vermindering wordt verleend op een verzoek via het doen van aangifte. In deze aangifte wordt tevens de hoogte van het betreffende voordeel vermeld. De inspecteur beslist op het verzoek bij voor bezwaar vatbare beschikking (art. 53 lid 5 SW).

Wettelijke dertigdagenclausule

Inmiddels kent de Successiewet ook een wettelijke dertigdagenclausule (art. 53 lid 4 SW) (§ 5). In de in art. 53 lid 4 SW opgenomen regel is bepaald dat de erfbelasting die van een verkrijger is geheven, wordt verminderd tot nihil als over het verkregene, bij het overlijden van die verkrijger binnen dertig dagen na de verkrijging, nogmaals erfbelasting wordt geheven over dezelfde verkrijging.⁹⁴

Er bestaat evenwel een belangrijk principieel verschil met een testamentaire dertigdagenclausule. Bij de wettelijke clausule wordt alleen de eerder verschuldigde belasting verminderd, terwijl bij de testamentaire clausule de erflater door middel van een ontbindende voorwaarde in zijn testament ook ingrijpt ten opzichte van de persoon van de erfrechtelijke verkrijger. De erfrechtelijke verkrijging komt bij een testamentaire clausule alsdan toe aan de erfgenaam (of legataris) onder opschortende voorwaarde.

Tweetrapsmaking en aanmerkelijk belang

Ik signaleer hier enkel de discussie die ontstaan is over de fiscale positie van de houder van aanmerkelijkbelangaandelen die tot een tweetrapsvermogen behoren. Stel dat de bezwaarde overlijdt. Is in dat geval sprake van een belaste (fictieve) vervreemding van het aanmerkelijk belang door de bezwaarde en wie draagt de fiscale schuld daarvan? Komt die fiscale schuld ten laste van de erfgenamen van de bezwaarde of ten laste van de verwachter(s) van het tweetrapsvermogen? Zie hiervoor inmiddels de uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 16 november 2022, [ECLI:NL:GHSHE:2022:3968](#). De eerste vraag – is als gevolg van het overlijden van erflater (de bezwaarde) sprake van een (fictieve) vervreemding van het aanmerkelijk belang in de zin van art. 4.16 lid 1 onder e Wet IB 2001 – beantwoordt het hof bevestigend. Het hof overweegt:

⁹⁴ Zie daarvoor het standpunt van de Kennisgroep van de Belastingdienst: KG:063:2023:28 (Tweetrapsmaking en de dertigdagenbepaling van artikel 53, vierde lid, SW).

“Hoewel de verwachters civielrechtelijk bezien van de vader hebben geërfd (...), dient voor fiscale doeleinden te worden aangenomen dat de aandelen van het vermogen van erflaatster in het vermogen van de verwachters zijn overgegaan. Deze uitleg is naar het oordeel van het hof in overeenstemming met doel en strekking van artikel 4.16, lid 1, letter e, Wet IB 2001, aangezien hiermee de fiscale claim bij het overlijden van een aanmerkelijk-belanghoud(st)er wordt gewaarborgd. Bovendien past deze benadering binnen de wettekst van deze bepaling. De fictie van artikel 4.16, lid 1, letter e, Wet IB 2001 kan alleen van toepassing zijn op een aanmerkelijk-belanghoud(st)er, in casu op erflaatster. Bij haar overlijden kunnen de aandelen daarom slechts van haar op anderen overgaan. Dat die overgang berust op een door haar vader gevestigde titel, is niet in strijd met de bewoordingen van de wettekst. De uitvoering van het testament van de vader bij het overlijden van erflaatster (als aanmerkelijk-belanghoudster) valt voor de toepassing van de aanmerkelijk-belangregeling onder ‘de overgang onder algemene titel’ als bedoeld in artikel 4.16, lid 1, letter e, Wet IB 2001.”

Tegen deze uitspraak is door de bezwaarde cassatieberoep bij de Hoge Raad ingesteld.⁹⁵

13.2. Schenkingen onder voorwaarde

Aan een schenking kunnen – zoals dat bij elke rechtshandeling mogelijk is – voorwaarden worden verbonden (art. 3:38 BW). Zo zijn er schenkingen onder een ontbindende voorwaarde (de herroepelijke schenking) en schenkingen die onder een opschortende voorwaarde worden gedaan. Een combinatie van beide is eveneens mogelijk.

Herroepelijke schenking

Tot de tussen de schenker en de begiftigde overeen te komen voorwaarden kan een ontbindende voorwaarde behoren, inhoudende het recht om de schenking te herroepen, en wel om redenen die uitsluitend door de schenker worden bepaald (*à volonté*) of in bepaalde, specifiek omschreven omstandigheden.

Wordt de schenking herroepen en is deze nog niet uitgevoerd, dan verliest de begiftigde het recht om nakoming van de schenking te verlangen. Fiscaal betekent dit dat als gevolg van de vervulling van een voorwaarde vermindering van de aanslag moet worden verleend (art. 53 lid 1 SW). Eventueel reeds betaalde schenkbelasting kan dan teruggevorderd worden.

Wordt de schenking herroepen en was deze reeds uitgevoerd, dan zal de schenking ongedaan gemaakt moeten worden. Civielrechtelijk kan die ongedaanmaking verschillende vormen aannemen. Fiscaal kan de begiftigde in alle gevallen schenkbelasting terugvorderen (art. 53 lid 1 SW).

In het geval de begiftigde bij herroeping van de schenking de tijdens de bezitsperiode genoten vruchten niet aan de schenker behoeft te vergoeden, dan wordt bij de terugbetaling van de schenkbelasting rekening gehouden met het voordeel dat tijdens de bezitsperiode is genoten (art. 53 lid 2 SW). Het genoten voordeel is gelijk aan het bedrag van de waarde van het daadwerkelijk genoten voordeel van het geschonken vermogen (een goed of het vruchtgebruik van goederen) gedurende de bezitsperiode (art. 53 lid 3 SW).

⁹⁵ Zie het advies van A-G Wattel van 7 juli 2023, [ECLI:NL:PHR:2023:660](#).

Op de terug te betalen belasting wordt in mindering gebracht “het bedrag aan [schenk]belasting dat verschuldigd zou zijn geweest indien dat was berekend over het voordeel dat tijdens de bezitsperiode is genoten”. De verlaging van de schenkbelasting kan niet verder gaan dan tot nihil. De gedachte achter deze regeling is om zo min mogelijk verschil te laten ontstaan tussen een situatie waarin iemand voordelen heeft genoten via bijvoorbeeld een herroepen schenking en een situatie waarin deze voordelen direct worden geschonken. Omdat de voordelen van jaar tot jaar genoten zullen zijn, wordt in verband met de praktische uitvoerbaarheid ervan uitgegaan dat het voordeel geacht wordt in één keer te zijn genoten. Hiervoor worden de tarieven en vrijstellingen die gelden in het jaar van de schenking toegepast.⁹⁶

Voorbeeld

In jaar 1 worden aandelen die behoren tot een aanmerkelijk belang met een waarde van 1.000 door vader aan zijn zoon geschonken. Hiervoor is (stel) 95 aan schenkbelasting verschuldigd. In de jaren 2 en 3 wordt 200 en 100 aan dividenden uitgekeerd. Bij herroeping van deze schenking in jaar 4 moet de begiftigde de aandelen, die dan bijvoorbeeld een waarde van 1.200 hebben, aan vader terug overdragen. Het bedrag waarover op verzoek vermindering wordt verleend, is het bedrag van de schenking verlaagd met de daadwerkelijk genoten voordelen. Het daadwerkelijk genoten voordeel over de geschonken aandelen bedraagt 300. Voor de berekening van de verlaging van de vermindering wordt er van uitgegaan dat in jaar 1 een schenking ter waarde van 300 heeft plaatsgevonden. In jaar 1 zou hierover (stel) 29,5 aan schenkbelasting verschuldigd zijn. De vermindering die dan wordt verleend, bedraagt 95 minus 29,5 is 65,5.

Schenking onder opschortende voorwaarde

Art. 1 lid 9 SW bepaalt dat een gift onder opschortende voorwaarde voor de toepassing van de Successiewet geacht wordt tot stand te komen op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld.⁹⁷ De gift komt derhalve niet tot stand bij het overeenkomen van de gift, maar pas op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld. In het verlengde hiervan geldt dat het moment waarop de voorwaarde in de toekomst wordt vervuld van belang is voor: (i) de woonplaats van de schenker, (ii) het tarief en de vrijstellingen en (iii) de waardering van de schenking.

De schenker kan bij het aangaan van de schenking in Nederland wonen en op het beslissende moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde waaronder de schenking is gedaan - bijvoorbeeld het voltooien van een studie door de begiftigde - meer dan tien jaar in het buitenland wonen. De regel van art. 1 lid 9 SW leidt er dan toe dat de schenking in Nederland niet belast is. Evenzeer is het mogelijk dat de schenker ten tijde van de schenking in het buitenland woont, maar in Nederland woont ten tijde van het beslissende moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde. Door de werking van art. 1 lid 9 SW is de schenking dan in Nederland belast.

Ter herinnering nog: de Successiewet spreekt op meerdere plaatsen van schenkingen (vgl. art. 1 lid 8 SW, art. 12 SW en art. 33 SW), maar daarmee wordt steeds bedoeld op het

⁹⁶ Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 107.

⁹⁷ Deze regel van art. 1 lid 9 SW wijkt af van die van het burgerlijk recht. Naar burgerlijk recht bestaat de verbintenis reeds vóór de vervulling van de opschortende voorwaarde. De verbintenis heeft alleen nog geen werking (art. 6:22 BW).

ruimere begrip 'giften' (art. 1 lid 7 SW) (vgl. § 6). Het verklaart de spraakverwarring die er soms tussen civilisten en fiscalisten kan bestaan.

Postume schenking

Is de schenker op het beslissende moment dat de voorwaarde wordt vervuld, overleden, dan zou sprake zijn van een postume schenking (§ 12.2). Is er nog wel sprake van een schenking, nu de schenker niet meer in leven is? De Successiewet lost dit op met een fictie. Op grond van art. 12 lid 1 tweede volzin SW wordt al wat wordt verkregen krachtens een schenking die tot stand is gekomen na het overlijden van de schenker, voor de toepassing van de Successiewet geacht krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen. Erfbelasting is dan verschuldigd indien de schenker ten tijde van zijn overlijden woonde in Nederland of geacht werd aldaar te wonen (vgl. § 3).

14. Bedrijfsopvolgingsregeling

14.1. Inleiding

De bedrijfsopvolgingsregeling van de Successiewet 1956 is van een niet te onderschatten belang. Heffing van erfbelasting bij ondernemingen die vererven (dan wel heffing van schenkbelasting bij schenking van ondernemingsvermogen (§ 14.7)) kan een sta-in-de-weg zijn voor de continuïteit van deze ondernemingen en het behoud van de daaraan verbonden werkgelegenheid. Liquide middelen zouden aan de onderneming onttrokken moeten worden om de 'blauwe envelop' van de erf- of schenkbelasting te kunnen betalen. Dat zou het gezonde voortbestaan van de onderneming serieus in gevaar kunnen brengen.⁹⁸ Soortgelijke faciliteiten ten behoeve van de bedrijfsopvolging kennen we overigens ook in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.

Behoort een pakket aanmerkelijkbelangaandelen in het geplaatste kapitaal van een B.V. of N.V.⁹⁹ waarin een onderneming wordt gedreven tot de nalatenschap van de erflater, dan kan de onderneming in liquiditeitsproblemen komen wanneer over dit vermogen bij overlijden van de erflater het volledige bedrag aan erfbelasting (wegens een verkrijging krachtens erfrecht) en inkomstenbelasting (wegens staking van de onderneming dan wel (fictieve) vervreemding van een aanmerkelijk belang) moet worden afgedragen. Om deze liquiditeitsproblemen te voorkomen, bevat zowel de Successiewet als de Wet IB 2001 enkele faciliteiten die de belastingdruk op de verkrijging van ondernemingsvermogen kunnen verlagen (met een vrijstelling) of verlichten (met een betalingsuitstel). Met ingang van 1 januari 2010 zijn de faciliteiten van de Successiewet voor de bedrijfsopvolgingsregeling op diverse punten gewijzigd. Ook op 1 januari 2024 zijn in de

⁹⁸ Deze bedrijfsopvolgingsfaciliteit is volgens onder meer de uitspraak van de Hoge Raad van 22 november 2013, [ECLI:NL:HR:2013:1206](#), niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De Hoge Raad overweegt dat de bedrijfsopvolgingsregeling "berust op een keuze van de fiscale wetgever waarvan niet kan worden gezegd dat zij evident van redelijke grond is ontbloot." De fiscale wetgever heeft daarom met de faciliteit de grenzen van de hem toekomende ruime beoordelingsvrijheid niet overschreden.

⁹⁹ Een houder van een aanmerkelijk belang (ofwel een AB-houder) is in het algemeen een natuurlijke persoon die alleen (of samen met een partner) 5% of meer van het geplaatste aandelenkapitaal van een B.V. of N.V. heeft. Bij een aanmerkelijk belang handelt het niet alleen om aandelen, maar ook om winstbewijzen en opties op aandelen.

bedrijfsopvolgingsregeling van de Successiewet en de Wet IB 2001 aanpassingen doorgevoerd¹⁰⁰, terwijl nieuwe aanpassingen van deze faciliteiten in het vooruitzicht zijn gesteld (§ 14.8).

Met een eenvoudig voorbeeld is het belang van de bedrijfsopvolgingsregeling inzichtelijk te maken. Stel dat een pakket aandelen in een B.V. behorende tot een aanmerkelijk belang van een DGA ter grootte van € 100.000 vererft. In dit geval zijn twee heffingen aan de orde. *Ten eerste* leidt de vererving tot een fictieve vervreemding van aandelen door de erflater en een heffing van ca. 25% in box 2.¹⁰¹ Van € 100.000 resteert dan nog € 75.000. *Ten tweede* leidt de vererving van de aandelen bij de verkrijger tot heffing van erfbelasting tegen 20%. Deze tweede heffing bedraagt € 15.000. De belastingdruk bedraagt daarmee € 40.000 over een AB-pakket van € 100.000. Deze belasting zal netto aan de B.V. onttrokken moeten worden en dat leidt weer tot nieuwe heffingen. Al deze heffingen gaan ten koste van de bedrijfsactiviteiten. Om die reden voorziet de fiscale wetgeving in diverse faciliteiten ten behoeve van de bedrijfsopvolging.

Uitgangspunt van de bedrijfsopvolgingsregeling is dat de erf- en schenkbelasting geen belemmering mogen vormen voor reële bedrijfsoverdrachten. Dat verklaart dat de bedrijfsopvolgingsregeling met diverse faciliteiten uitsluitend geldt voor ondernemingsvermogen, en niet voor beleggingsvermogen. Dat verklaart tevens de aan de bedrijfsopvolgingsregeling verbonden voorwaarden. Er is sprake van bedrijfsopvolging als kwalificerend ondernemingsvermogen (*onderneming*, § 14.4) wordt verkregen van een ondernemer (*bezitseis*, § 14.3) en de verkrijger de onderneming voortzet (*voortzettingseis*, § 14.5).

Kort gezegd, bestaan de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet uit: (i) een voorwaardelijke vrijstelling én (ii) een uitstelregeling. Bij de bedrijfsopvolgingsregeling komt het nodige aan voorbereidingen kijken. Aan de te slechten juridische en economische hindernissen voor een succesvolle bedrijfsopvolging bij overlijden (of echtscheiding) dient eveneens serieus aandacht besteed te worden.¹⁰²

Bronnen van de bedrijfsopvolgingsregeling

De bedrijfsopvolgingsregeling is opgenomen in hoofdstuk IIIA van de Successiewet (art. 35b t/m art. 35f SW). Diverse spelregels voor de bedrijfsopvolging zijn daarnaast te vinden in de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (art. 7 t/m art. 10 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting) en in een aantal besluiten met beleid van de Belastingdienst voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling. Te noemen zijn de volgende besluiten:

- Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M (Besluit 2013); en

¹⁰⁰ Zie daarvoor de Wet aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2024 van 20 december 2023, *Staatsblad* 2023, 504.

¹⁰¹ De heffing van inkomstenbelasting geschiedt sinds 2001 in de vorm van belastingheffing over drie zelfstandige en gesloten boxen, met elk een eigen structuur (een eigen definitie van belastbaar inkomen en eigen tarieven). De *eerste box* bevat het inkomen uit werk en woning. De *tweede box* regelt de heffing over inkomen uit aanmerkelijk belang. De *derde box* ten slotte bevat de vermogensrendementsheffing. Met ingang van 1 januari 2024 geldt een tarief van 24,5% voor inkomen uit aanmerkelijk belang tot € 67.000 en een tarief van 33% voor het meerdere.

¹⁰² Zie W. Burgerhart, 'De notaris voor ondernemers in het MKB; een metgezel in de OASE?', WPNR 7120. Het acroniem OASE staat voor Overlijden, Arbeidsongeschiktheid, Stoppen met werken en Echtscheiding.

- Besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139 (Besluit 2018).

Als gezegd, ter zake van de verkrijging van kwalificerend ondernemingsvermogen bestaat niet alleen een *vrijstelling* voor de erf- en schenkbelasting, maar ook een regeling voor *uitstel van betaling* van de wél verschuldigde erf- en schenkbelasting. Die regeling is opgenomen in art. 25 lid 12 en 13 van de Invorderingswet 1990 (IW).

Onderneming, bezitseis en voortzettingseis

De bedrijfsopvolgingsregeling van de Successiewet is van toepassing op de overgang van ondernemingsvermogen krachtens schenking en erfrecht. Deze beide begrippen dienen civielrechtelijk ingevuld te worden. Onder een schenking is mede een gift begrepen.

De voorwaarden om voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in aanmerking te komen, zijn drieledig. Het gaat om voorwaarden ten aanzien van: (i) de erflater of schenker (de rechtsvoorganger), (ii) het object van de verkrijging (de onderneming) en (iii) de verkrijger (de rechtsopvolger).

Op verzoek van de verkrijger van ondernemingsvermogen in het kader van een bedrijfsopvolging krachtens schenking of erfrecht worden bepaalde faciliteiten verleend. Van bedrijfsopvolging is sprake als kwalificerend ondernemingsvermogen (als bedoeld in art. 35c SW) wordt verkregen van een schenker of erflater die als ondernemer een onderneming dreef (*onderneming*, § 14.4 en *bezitseis*, § 14.3) en de verkrijger die onderneming als ondernemer voortzet (*voortzettingseis*, § 14.5) (art. 35b lid 5 SW).

- Vrijstelling

De structuur van de vrijstelling op grond van de bedrijfsopvolgingsregeling van de Successiewet is niet vergelijkbaar met de andere vrijstellingen van de erf- en schenkbelasting.

De vrijstellingen van art. 32 SW (erfbelasting) en art. 33 SW (schenkbelasting) zijn gefixeerd op een vast bedrag. De hoogte van de vrijstelling is tevoren bekend, en behoeft niet meer uitgerekend te worden. Zo is de partnervrijstelling van de langstlevende voor de erfbelasting € 795.156 (2024) en kan een kind jaarlijks een gift van maximaal € 6.633 (2024) vrij van schenkbelasting verkrijgen. Deze vrijstellingen gelden automatisch; een verzoek daartoe behoeft niet te worden gedaan.

De vrijstelling op grond van de bedrijfsopvolgingsregeling is *niet* een gefixeerd bedrag, maar deze is op een bepaalde wijze gerelateerd aan de maatstaf van heffing (te weten de waarde van de objectieve onderneming). Uitgangspunt is dat de *waarde van kwalificerend ondernemingsvermogen* volledig wordt belast voor de erf- en schenkbelasting. De maatstaf van heffing wordt daarbij bepaald door art. 21 lid 1 SW:

“Het verkregene wordt in aanmerking genomen naar de waarde welke daaraan op het tijdstip van de verkrijging in het economische verkeer kan worden toegekend.”

De vrijstelling heeft een *voorwaardelijk* karakter: eisen gelden – als gesteld – voor het bezit van de erflater of schenker, voor het object van de verkrijging (de objectieve onderneming) en voor de verkrijger van de onderneming. Ten slotte moet voor de toepassing van de faciliteit een verzoek worden gedaan bij de aangifte voor de erf- of schenkbelasting (art. 35b lid 7 SW).

De bedrijfsopvolgingsregeling kent tegemoetkomingen in de vorm van *vrijstellingen*. Vrijgesteld wordt ten eerste het verschil tussen een mogelijk hogere liquidatiewaarde en de going concern waarde van de onderneming. Dat verschil wordt voor 100% vrijgesteld. Ten aanzien van de going concern waarde geldt ten tweede een vrijstelling van 100% van de waarde van de onderneming tot € 1.325.253 (2024) én van 83% van de waarde van de onderneming boven € 1.325.253.

Van het ondernemingsvermogen dat boven de 100%-vrijstelling uitgaat, is derhalve 17% belast. Daarvoor kan een rentedragend uitstel van betaling worden verkregen (zie hierna)

Bij een ouder-kindtarief van maximaal 20% komt de effectieve schenk- of erfbelasting bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling uit op maximaal 3,4% (te weten 20% van 17%).

Het voorgaande wordt in art. 35b lid 1 SW uitgewerkt aan de hand van vier verschillende situaties:

1. Als de waarde going concern van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft € 1.325.523 (2024) niet te boven gaat en hoger is dan de liquidatiewaarde, dan is 100% van de waarde going concern vrijgesteld;¹⁰³
2. Als de waarde going concern van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft € 1.325.523 niet te boven gaat en lager is dan de liquidatiewaarde, dan is 100% van de liquidatiewaarde vrijgesteld;¹⁰⁴
3. Als de waarde going concern van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft € 1.325.523 te boven gaat en hoger is dan de liquidatiewaarde, dan is 100% van de waarde going concern vrijgesteld tot € 1.325.523 en 83% van het meerdere;¹⁰⁵
4. Als de waarde going concern van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft € 1.325.523 te boven gaat en lager is dan de liquidatiewaarde, dan is 100% van het verschil tussen de waarde going concern en de liquidatiewaarde vrijgesteld, en is 100% van de waarde going concern vrijgesteld tot € 1.325.523 en 83% van het meerdere.¹⁰⁶

Vrijstelling moet worden gezien vanuit de objectieve onderneming

De omvang van de vrijstelling moet worden beoordeeld vanuit de waarde van de objectieve onderneming waarop de verkrijging krachtens schenking of erfrecht betrekking heeft. Dit betekent dat als de onderneming door meerdere verkrijgers wordt verkregen de vrijstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling naar evenredigheid moet worden toegepast. Dit

¹⁰³ Art. 35b lid 1 onder a SW.

¹⁰⁴ Art. 35b lid 1 onder b.1° SW.

¹⁰⁵ Art. 35b lid 1 onder b.2° SW.

¹⁰⁶ Art. 35b lid 1 onder b.3° SW.

betekent ook dat schenking van ondernemingsvermogen zonder faciliteitsverlies in delen kan plaatsvinden.

Als een aanmerkelijk belang van bijvoorbeeld 50% in een vennootschap wordt gehouden, dan is de waarde van de objectieve onderneming die door de vennootschap wordt gedreven het uitgangspunt, en niet de helft van de waarde. De vrijstelling is wederom naar evenredigheid van toepassing.

Voorbeeld

X bezit 50% van de aandelen in BV X. Y bezit de andere 50%. BV X drijft een objectieve onderneming met een waarde going concern van € 100.000.000. De liquidatiewaarde is lager. X overlijdt. Zijn enig erfgenaam Z komt in aanmerking voor een 100% vrijstelling van $(€ 50.000.000 : € 100.000.000) \times € 1.325.523 = € 662.761,50$. Voor het meerdere bedraagt de vrijstelling 83% van € 48.337.238,50, oftewel € 40.119.907,95. Zijn totale voorwaardelijke vrijstelling bedraagt dus € 40.782.669,45.

- Uitstel van betaling

Een andere tegemoetkoming van de bedrijfsopvolgingsregeling dan de vrijstelling is die in de vorm van *rentedragend uitstel van betaling*. Op verzoek van de verkrijger wordt de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen ná aftrek van de voorwaardelijke vrijstelling aangemerkt als geconserveerde waarde (art. 35b lid 2 SW). Voor deze waarde kan desgewenst voor de duur van tien jaar rentedragend uitstel van betaling worden verkregen (art. 25 lid 12 IW). Zekerheid behoeft hiervoor niet gesteld te worden. Het rentedragend uitstel van betaling ziet op 17% van de waarde going concern van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft, voor zover deze waarde going concern meer bedraagt dan € 1.325.253 (2024). Het betalingsuitstel wordt geëffectueerd door middel van het opleggen van een conserverende aanslag.

- Faciliteiten aan de top

De faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling worden aan de top verleend. De vrijstelling verlaagt de belaste verkrijging en sorteert daarmee automatisch effect in de hoogste tariefschijf. Met betrekking tot het belaste deel van de verkrijging (zijnde 17% van de waarde van het ondernemingsvermogen boven de voorwaardelijke vrijstelling), ofwel de geconserveerde waarde, geldt eveneens dat de uitstelfaciliteit gevolg heeft in de hoogste tariefschijf (art. 35b lid 3 SW).

- Verval van de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling

De faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling zijn een *voorwaardelijke*. De faciliteiten worden pas *onvoorwaardelijk* en definitief als de verkrijger de onderneming vijf jaar heeft voortgezet (§ 14.5). Indien op enig tijdstip binnen vijf jaren na de verkrijging van het ondernemingsvermogen niet meer of niet meer geheel voldaan wordt aan het voortzettingsvereiste, dan vervalt de voorwaardelijke vrijstelling en het verleende betalingsuitstel.

Voorbeelden

Onderstaand volgen enkele voorbeelden van de werking van de vrijstelling in het kader van de bedrijfsopvolgingsregeling. De voorbeelden zijn ontleend aan de toelichting op de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting¹⁰⁷ en zijn aangepast aan het vrijstellingsbedrag van 2024 voor de bedrijfsopvolgingsregeling.

(i) Waarde going concern hoger dan liquidatiewaarde en minder dan € 1.325.523

X drijft een onderneming in de vorm van een eenmanszaak. De waarde going concern van de onderneming bedraagt € 900.000, en de liquidatiewaarde € 600.000. De onderneming vormt het enige vermogen van X. X overlijdt en zijn erfgenamen Y en Z erven de onderneming en zetten de onderneming gezamenlijk voort. De verkrijging van Y en Z is geheel voorwaardelijk vrijgesteld, omdat de objectieve onderneming, waarvan zij ieder 50% verkrijgen, niet meer waard is dan € 1.325.523. De vrijstelling van Y en Z bedraagt dus 100% van hun verkrijging.

(ii) Waarde going concern hoger dan liquidatiewaarde en meer dan € 1.325.523

Z drijft een onderneming in de vorm van een eenmanszaak. De waarde going concern van de onderneming bedraagt € 2.800.000, en de liquidatiewaarde € 1.200.000. De onderneming vormt het enige vermogen van Z. Z overlijdt en zijn erfgenamen V en W erven de onderneming en zetten de onderneming gezamenlijk voort. De verkrijging van V en W (beiden verkrijgen € 1.400.000) is voor € 662.762 geheel vrijgesteld en voor de resterende € 737.239 voor 83% vrijgesteld, ofwel € 611.908. Beiden moeten over € 125.330 (17%) erfbelasting betalen.

(iii) Liquidatiewaarde hoger dan waarde going concern en minder dan € 1.325.523

A drijft een onderneming in de vorm van een eenmanszaak. De liquidatiewaarde van de onderneming bedraagt € 800.000 en de waarde going concern € 500.000. De onderneming vormt A's enige vermogen. A overlijdt en zijn erfgenaam B erft de onderneming en zet deze voort. B's gehele verkrijging is voorwaardelijk vrijgesteld.

(iv) Liquidatiewaarde hoger dan waarde going concern en meer dan € 1.325.523

C drijft een onderneming met een liquidatiewaarde van € 5.000.000 en een waarde going concern van € 3.000.000. Indien deze onderneming vererft naar zijn enig kind D, en deze de onderneming voortzet, bedraagt de belaste verkrijging van D € 317.152. De berekening is als volgt:

Verkrijging: € 5.000.000

Minus:

Verschil liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern: € 2.000.000

1/1 in de 100%-vrijstelling € 1.325.523

¹⁰⁷ Staatscourant 2009, 20619.

83% van de resterende verkrijging van € 1.674.477 = € 1.389.816

Totale voorwaardelijke vrijstelling: € 4.715.339

Belaste verkrijging: € 284.661

Omdat de 100%-vrijstelling wordt bepaald naar het evenredige deel dat de verkrijger verkrijgt in de objectieve onderneming, is het voor de berekening van de 100%-vrijstelling irrelevant hoeveel ondernemers tot het ondernemingsvermogen gerechtigd zijn. Evenmin is van belang of een schenking ineens of in delen plaatsvindt.

14.2. Waardering van kwalificerend ondernemingsvermogen

De verkrijging van kwalificerend ondernemingsvermogen wordt voor de heffing van erf- en schenkbelasting in aanmerking genomen voor de *waarde in het economische verkeer* ten tijde van de verkrijging (art. 21 lid 1 SW). Wat in het economische verkeer als een eenheid pleegt te worden beschouwd, wordt in aanmerking genomen met inachtneming van die omstandigheid (art. 21 lid 12 SW). Dat betekent dat voor de waardering de onderneming in haar geheel moet worden beoordeeld (eenheidsbenadering) en dat deze onderneming als eenheid in stand blijft. De waarde van de onderneming als deze in delen zou worden opgebroken (*break-up value*) is niet relevant.

De waarde van een onderneming wordt bepaald alsof de onderneming wordt voortgezet (waarde going concern, ofwel de voortzettingswaarde), maar ten minste op de liquidatiewaarde (art. 21 lid 13 SW). Waarderen van een onderneming is geen exacte wetenschap. Bekende waarderingsmethodes zijn de *discounted cash flow*-methode en de rentabiliteitsmethode. Indien de liquidatiewaarde van een onderneming hoger is, moet daarvan uitgegaan worden. Bekende voorbeelden van ondernemingen met een hogere liquidatiewaarde zijn matig renderende ondernemingen in de agrarische sector (waarbij verkoop van de agrarische grond en herontwikkeling door een projectontwikkelaar een hogere waarde dan de waarde going concern oplevert) of een matig renderende onderneming die gehuisvest is op een A1-locatie. In § 14.1 hebben we gezien dat het verschil tussen de hogere liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern van een onderneming voor 100% voorwaardelijk is vrijgesteld.

Tegenprestatie voor de verkrijging blijft buiten beschouwing

Als het ondernemingsvermogen wordt verkregen onder een testamentaire last of tegen een tegenprestatie, dan wordt voor de bepaling van de omvang van de faciliteit die last of tegenprestatie *niet* in mindering gebracht op de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen (art. 35b lid 4 SW). Te denken valt aan een legaat tegen inbreng van de waarde of een verkoop tegen een waarde die lager is dan de waarde in het economische verkeer (een gift, art. 7:186 lid 2 BW). De bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt daarmee berekend over de volledige waarde van het ondernemingsvermogen, *zonder* dat daarbij rekening wordt gehouden met de last of tegenprestatie. Dat bij de berekening van de vrijstelling geen rekening wordt gehouden met een eventuele last of tegenprestatie is verklaarbaar. De vrijstelling beoogt te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt vanwege het moeten onttrekken daaraan van liquide middelen om de belasting te kunnen betalen. Indien de verkrijger van de onderneming de waarde van het

onderneming geheel of ten dele moet inbrengen in de nalatenschap, dan hoeft de verkrijger daarover geen belasting te betalen en is een vrijstelling daarvoor niet nodig.

Hieruit blijkt dat de *maatstaf van heffing* voor de erf- en schenkbelasting, waarbij uitgegaan wordt van de netto-verkrijging (art. 5 SW, § 2), een andere grootte is dan de (hoogte van de) *vrijstellingsfaciliteit* van de bedrijfsopvolgingsregeling.

Voorbeeld

Stel dat een onderneming met een waarde van € 2 miljoen bij leven door vader A wordt verkocht aan kind B voor € 1,2 miljoen. In deze koopovereenkomst ligt een gift van in totaal € 800.000 besloten. Om die reden zal schenkbelasting verschuldigd kunnen zijn. Welke waarde dient voor de bedrijfsopvolgingsregeling in aanmerking te worden genomen?

In dit voorbeeld loopt de berekening van de maatstaf van heffing en de vrijstelling uiteen. Bij de *maatstaf van heffing* wordt aangesloten bij de draagkrachtvermeerdering. De maatstaf van heffing is gelijk aan € 800.000, aangezien op de waarde van de onderneming in het economische verkeer de verschuldigde tegenprestatie in aftrek gebracht mag worden (art. 5 lid 2 SW). De *vrijstelling* van de bedrijfsopvolgingsregeling is gelijk aan € 1.885.338 (100% van € 1.325.523 (2024)) én 83% van het meerdere). De door B verschuldigde tegenprestatie blijft buiten beschouwing (art. 35b lid 4 SW).

Het voorbeeld toont aan dat de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling optimaal worden benut als de maatstaf van heffing groter of gelijk is aan de vrijstelling. Dat is niet het geval in het voorbeeld. Van de vrijstelling van € 1.885.338 wordt slechts € 800.000 benut. Een lagere koopsom was in dit geval – uitsluitend geredeneerd vanuit het perspectief van het optimaal benutten van de vrijstelling – aangewezen geweest om faciliteitsverlies te voorkomen. Thans neemt het vermogen van A onnodig meer toe dan vanuit de voorgestane gefacilieerde overheveling van vermogen ter besparing van schenkbelasting wenselijk is. Door een koopprijs te hanteren van € 1,2 miljoen wordt gefacilieerd ondernemingsvermogen omgezet in niet-gefacilieerd vermogen. Het vermogen van A zal op enig moment naar B vererven, en wordt dan in de heffing van erfbelasting betrokken. De ideale koopprijs was in dit geval € 114.662, zodat de vrijstelling voor 100% zou kunnen worden benut.

Een waarschuwing is hier dus op haar plaats: inadequate estate planning kan tot faciliteitsverlies leiden. Ook het relatievermogensrecht kan leiden tot onnodig faciliteitsverlies.

Beleggingsvermogen bij vennootschappen

Wanneer het vermogen van een onderneming voor een gedeelte bestaat uit beleggingen die niet dienstbaar zijn aan de feitelijke bedrijfsuitoefening (en dus feitelijk blijvend overtollig is) wordt de waarde van dit beleggingsvermogen voor de toepassing van de faciliteit in aanmerking genomen tot maximaal 5% van de waarde van het ondernemingsvermogen (de zogeheten *doelmatigheidsmarge*). Van de in de vennootschap aanwezige beleggingen mag 5% van het ondernemingsvermogen meeliften met de vrijstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling. Voor het meerdere (oftewel het beleggingsvermogen) gelden de faciliteiten niet (art. 35c lid 1 onder c.2° SW).

Ook hier geldt een referentieperiode van vijf jaar in geval van schenking en één jaar in geval van verkrijging krachtens erfrecht ten aanzien van het beleggingsvermogen van de vennootschap (art. 35d lid 1 onder c SW). Deze antimisbruikregeling voorkomt dat kort voorafgaande aan de bedrijfsopvolging kapitaalstortingen plaatsvinden en zo belast vermogen kan worden omgezet in vrijgesteld ondernemingsvermogen.

Belastinglatentie naar evenredigheid toerekenen

Bij de vaststelling van de waarde van het kwalificerend ondernemingsvermogen mag rekening worden gehouden met een forfaitair bepaalde latente inkomstenbelastingclaim. De achtergrond daarvan is het volgende.

Bij schenking of vererving van ondernemingsvermogen dient in beginsel inkomstenbelasting te worden voldaan. Onder voorwaarden kan gebruik worden gemaakt van de doorschuifregeling (DSR) van de Wet IB 2001. De heffing van inkomstenbelasting wordt dan doorgeschoven naar de verkrijger (ofwel uitgesteld). Teneinde de fiscale claim van de Belastingdienst te behouden, gaat de verkrijger van het kwalificerend ondernemingsvermogen verder met de fiscale boekwaarden van de schenker of erflater. Volgens art. 20 lid 6 SW mag bij de vaststelling van de waarde van het ondernemingsvermogen rekening gehouden worden met: (i) 20% van de stille en fiscale reserves bij de verkrijging van een IB-onderneming¹⁰⁸ en (ii) 6,25% van de aanmerkelijk belang-claim (de waarde in het economische verkeer van de aanmerkelijkbelangaandelen minus de verkrijgingsprijs) bij de verkrijging van aanmerkelijkbelangaandelen. Aldus wordt cumulatie van de heffing van inkomstenbelasting en de heffing van erf- of schenkerfbelasting voorkomen.

In het Besluit 2013 is bepaald dat de belastinglatentie evenredig moet worden toegerekend aan het vrijgestelde en het niet-vrijgestelde vermogen (de evenredigheidsmethode).¹⁰⁹ Er is geen reden om over vrijgestelde vermogensbestanddelen een vermindering wegens latente inkomstenbelasting te verlenen. De Hoge Raad heeft inmiddels bij uitspraak van 14 april 2017, [ECLI:NL:HR:2017:674](#), bevestigd dat de latente inkomstenbelastingsschuld evenredig toegerekend moet worden aan het vrijgestelde en het niet-vrijgestelde gedeelte van de verkrijging.

Voorbeeld

Stel dat vader overlijdt en dat hij zijn aandelen in zijn B.V. nalaat aan zijn zoon. De waarde van deze aandelen bedraagt € 2,1 miljoen. De verkrijgingsprijs bedraagt € 100.000. De latente inkomstenbelasting kan dan worden gesteld op $(€ 2,1 \text{ miljoen} - € 100.000) \times 6,25\% = € 125.000$.

De berekening van de vrijstelling in het kader van de bedrijfsopvolgingsregeling pakt als volgt uit.

¹⁰⁸ Onder een IB-onderneming wordt verstaan: de eenmanszaak en samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid (maatschap, vennootschap onder firma (vof) of commanditaire vennootschap (cv)).

¹⁰⁹ Zie onder 7.1 van het Besluit 2013.

De 100%-vrijstelling bedraagt € 1.325.253 (2024). De 83%-vrijstelling over het meerdere bedraagt € 801.446. De maximaal te benutten vrijstelling bedraagt daarmee in totaal € 1.935.849.

De berekening van de belaste verkrijging is als volgt: € 2,1 miljoen (waarde van het ondernemingsvermogen) minus € 1.935.849 (vrijstelling op grond van de BOR) = € 164.151.

De aan de belaste verkrijging toe te rekenen belastinglatentie is als volgt: (€ 164.151 : € 2,1 miljoen) x € 125.000 = € 9.770.

De belaste verkrijging is daarmee € 164.151 (belaste verkrijging) minus € 9.770 (aan de belaste verkrijging toe te rekenen belastinglatentie) = € 154.381. Het grootste deel van de inkomstenbelastinglatentie wordt daarmee toegerekend aan het vrijgestelde deel van de verkrijging.

Bij de bespreking van de voorwaarden van de bedrijfsopvolgingsregeling hierna zal uitgegaan worden van schenking of vererving van aanmerkelijkbelangaandelen in een B.V. of N.V.

14.3. Bezitseis: de erflater of schenker

Teneinde alleen reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, wordt de bezitseis gesteld. Voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling dient de erflater gedurende één jaar tot zijn overlijden en de schenker gedurende vijf jaar tot de schenking (art. 35d lid 1 SW):

- een houder van een aanmerkelijk belang te zijn (geweest); of
- een resultaat te hebben genoten met betrekking tot ter beschikking gestelde onroerende zaken.

De bezitstermijnen van één jaar onderscheidenlijk vijf jaar zijn opgenomen om oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsregeling tegen te gaan. Met de bezitseis wordt voorkomen dat in het zicht van het overlijden of een schenking belast ondernemingsvermogen wordt omgezet in onbelast ondernemingsvermogen. De bezitseis leidt er toe dat enkel reële bedrijfsopvolgingen gefacilieerd worden. Er is alleen sprake van een bedrijfsopvolging indien de onderneming enige tijd door de erflater of schenker werd gedreven.¹¹⁰

Het bezitsvereiste van art. 35d SW ziet op twee aspecten. Enerzijds worden eisen gesteld aan het aanmerkelijk belang (de AB-eis), anderzijds aan het lichaam waarin de onderneming wordt gedreven (de ondernemingseis).

¹¹⁰ *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 103.

AB-eis

Als gesteld, dient de erflater gedurende één jaar en de schenker gedurende vijf jaar aanmerkelijkbelanghouder van de vennootschap te zijn geweest.¹¹¹

Bij een holdingstructuur moet de erflater dan wel schenker indirect een aanmerkelijk belang te hebben in de werkmaatschappij.

Ondernemingseis

Daarnaast geldt het vereiste dat het lichaam (de B.V. waarin (in)direct een aanmerkelijk belang wordt gehouden) een onderneming gedurende één jaar respectievelijk vijf jaar gedreven moet hebben. De bezitseis geldt per zelfstandige onderneming. Betreft het een aanmerkelijkbelanghouder dan dient bepaald te worden of de B.V., waarvan de aandelen worden geschonken of die vererven, verschillende ondernemingen bezit (eventueel nadat consolidatie heeft plaatsgevonden). Per te onderscheiden onderneming dient de bezitseis toegepast te worden.

Hoe dient te worden omgegaan met binnen de bezitstermijn door de onderneming verkregen activa en passiva dan wel (uitbreiding van) deelnemingen? De Hoge Raad heeft in twee uitspraken – beide van 29 mei 2020 – daarover meer duidelijkheid geboden.

- Activa en passiva

Vader houdt alle certificaten van aandelen van zijn holding B.V. Vader schenkt een deel van de certificaten aan zijn zoon. De holding-B.V. houdt 55% van de aandelen in een werkmaatschappij. Eén jaar voor de schenking heeft de werkmaatschappij een onderneming van een derde gekocht (activa/passiva-transactie). De aangekochte onderneming ligt in de lijn van de activiteiten van de onderneming van de werkmaatschappij.

De inspecteur en de rechtbank Noord-Holland¹¹² oordeelden dat de gekochte activa/passiva een zelfstandige onderneming vormden, zodat niet voldaan was aan de bezitseis van art. 35d lid 1 SW. De zoon (belanghebbende) was van mening dat de aangekochte activiteiten opgegaan waren in de bestaande onderneming van de werkmaatschappij van de holding-B.V. In dat geval zou voor de aangekochte activiteiten geen nieuwe bezitseis gelden en zou de bedrijfsopvolgingsregeling wel van toepassing zijn. In cassatie heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 29 mei 2020, [ECLI:NL:HR:2020:867](#), overwogen:

“Voor de beantwoording van de vraag of voor toepassing van de BOR een onderneming wordt verkregen of een gedeelte daarvan, dan wel of de vennootschap waarvan (certificaten van) aandelen worden verkregen een onderneming drijft, is beslissend de situatie op het tijdstip van de verkrijging. Indien op dat tijdstip een onderneming wordt verkregen als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 of een gedeelte daarvan, of (certificaten van) aandelen in een vennootschap die een onderneming drijft als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001, houdt de tekst van de wet naar zijn bewoordingen in dat niet van belang is hoe het vermogen van

¹¹¹ Is de houder van een aanmerkelijk belang in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen gehuwd, dan kwalificeren beide echtgenoten als AB-houder.

¹¹² Rechtbank Noord-Holland 19 februari 2019, [ECLI:NL:RBNHO:2019:1089](#).

die onderneming in de loop van de tijd aan zijn samenstelling ten tijde van de verkrijging is geraakt. In het bijzonder kan aan de woorden "of een gedeelte daarvan" niet de betekenis worden toegekend dat ingeval een gehele onderneming wordt verkregen (of (certificaten van) aandelen in een vennootschap die een onderneming drijft), moet worden onderzocht of en in hoeverre daarin (zelfstandige) gedeelten zijn te onderscheiden. Steun voor een dergelijke lezing van de artikelen 35c, lid 1, aanhef en letter a, en 35d, lid 1, SW kan ook niet worden gevonden in de totstandkomingsgeschiedenis ervan. Opmerking verdient dat dat anders is indien in de onderneming van de BV meerdere ondernemingen als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001 zijn te onderscheiden.

In een geval waarin krachtens schenking een onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001 wordt verkregen (dan wel (certificaten van) aandelen in een vennootschap die een onderneming drijft), staat aan toepassing van de BOR dus niet in de weg de eventuele omstandigheid dat een deel van het vermogen van die onderneming is verkregen in de vijf jaar voorafgaande aan de verkrijging en toen een zelfstandige onderneming was. (...)"

Aan de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling behoeft dus niet in de weg te staan dat een deel van het vermogen van de onderneming is verkregen in de vijf jaar voorafgaande aan de verkrijging krachtens schenking en toen een zelfstandige onderneming was. Evenmin zal daaraan in de weg staan dat een onderneming losse activa koopt. Ook daarvoor zal geen nieuwe bezitstermijn gaan lopen.

- Deelnemingen

Wordt het voorgaande anders als in plaats van activiteiten (activa/passiva) een deelneming in de vorm van een B.V. of een N.V. is aangekocht? In het arrest van 29 mei 2020, [ECLI:NL:HR:2020:990](#), werd door de Hoge Raad overwogen:

"De Rechtbank heeft geoordeeld dat de indirecte belangen van Beheer BV in [E] BV respectievelijk [F] BV zijn aan te merken als meerdere objectieve ondernemingen. Deze ondernemingen zijn niet ondernemingen van Beheer BV, maar voor de toepassing van de BOR worden zij ingevolge het vijfde lid van artikel 35c SW wel aan haar toegerekend. Het vijfde lid bewerkstelligt daardoor dat Beheer meer dan één onderneming drijft, en niet, zoals het uitgangspunt is van artikel 35c, lid 1, aanhef en letter c, SW een onderneming. Het strookt dan met doel en strekking van de BOR om de ondernemingseis van art. 35d, lid 1, aanhef en letter d, SW toe te passen op iedere afzonderlijke (toegerekende) onderneming van Beheer BV. Het oordeel van de Rechtbank dat voor de ondernemingen van [E] BV en [F] BV niet is voldaan aan de vijfjaarseis van artikel 35d, lid 1, aanhef en letter c, SW, geeft dus niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in de cassatieprocedure niet op juistheid worden onderzocht."

Per afzonderlijke vennootschap moet derhalve nagegaan worden of aan de bezitseis wordt voldaan. Nagegaan zal moeten worden of de onderneming van de deelneming opgegaan is in de onderneming van de groep als geheel of dat deze onderneming van de deelneming als een afzonderlijke onderneming aangemerkt dient te worden. In het eerste geval kan de bedrijfsopvolgingsregeling toegepast worden, in het tweede geval (nog) niet.

Een andere situatie doet zich voor als het aandelenbelang in een werkmaatschappij wordt uitgebreid van bijvoorbeeld een 60% naar 80%. Geldt voor deze uitbreiding van het aandelenbelang met 20% een nieuwe bezitstermijn?

Nadere regeling van de bezitseis

In art. 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is een aantal situaties opgesomd waarin de bezitstermijn van vijf jaar bij schenking onderscheidenlijk één jaar bij vererving van kwalificerend ondernemingsvermogen naar de letter bezien niet is uitgediend, maar dat materieel wel het geval is.¹¹³ In al deze gevallen wordt het bezitsvereiste versoepeld. De volgende situaties worden benoemd:

- voortzetting door de erflater of schenker van een onderneming die eerder door een vennootschap (N.V. of B.V.) werd gedreven (ofwel de geruisloze terugkeer uit een vennootschap);¹¹⁴
- een erflater of schenker die een aanmerkelijk belanghouder is in een vennootschap met een onderneming die geruisloos is ingebracht (ofwel de geruisloze omzetting in een vennootschap);¹¹⁵
- een erflater of schenker die zakelijk vastgoed ter beschikking stelt aan een onderneming die eerder voor zijn rekening werd gedreven;¹¹⁶
- aandelenfusie, juridische splitsing en juridische fusie;¹¹⁷
- omzetting van door een erflater of een schenker gehouden gewone aandelen in preferente aandelen;¹¹⁸ en
- ondernemingsvermogen dat een erflater zelf krachtens erfrecht of schenking heeft verkregen en waarop de bedrijfsopvolgingsregeling voor hem van toepassing is geweest.¹¹⁹

14.4. Onderneming: het object van de verkrijging

De bedrijfsopvolgingsregeling geldt alleen voor kwalificerend ondernemingsvermogen. Onder de verkrijging van kwalificerend ondernemingsvermogen wordt voor de toepassing van de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling – onder meer – verstaan de verkrijging van (art. 35c SW):

- a. een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of en gedeelte hiervan;
- b. aandelen in en winstbewijzen van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld en die bij de erflater of de schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in art. 4.3 Wet IB 2001; en
- c. onroerende zaken die bij de erflater of de schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in art. 3.92 Wet IB 2001.¹²⁰

Ad a. - De IB-ondernemer

¹¹³ De grondslag daarvoor is te vinden in art. 35d lid 2 SW.

¹¹⁴ Art. 9 lid 1 onder a Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹¹⁵ Art. 9 lid 1 onder b Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹¹⁶ Art. 9 lid 1 onder d Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹¹⁷ Art. 9 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹¹⁸ Art. 9 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹¹⁹ Art. 9 lid 4 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹²⁰ Zie ook de wettekst voor de precieze omschrijvingen van het ondernemingsvermogen.

In de bedrijfsopvolgingsregeling van de Successiewet wordt het IB-ondernemingsbegrip gehanteerd, ook bij de verkrijging van aandelen in een B.V. of N.V. Dat leidt ertoe dat de regeling rechtsvormneutraal is. De toepassing van het ondernemingsbegrip zal bij de IB-ondernemer eenvoudiger zijn dan bij een AB-houder. Immers, niet alle B.V.'s of N.V.'s drijven een onderneming (denk aan een houdstermaatschappij, een pensioen- of een beleggings-B.V.).

Ad b. - Het aanmerkelijk belang

Het lichaam waarin de aanmerkelijkbelangaandelen worden gehouden, moet een onderneming drijven in de zin van de Wet IB 2001 (art. 35c lid 1 onder c SW).

Ondernemingsbegrip in de Wet IB 2001

In de Successiewet is aansluiting gezocht bij het ondernemingsbegrip in de Wet IB 2001. Vastgesteld moet worden of de B.V. een materiële onderneming drijft en met welk vermogen de B.V. dat doet (de vermogensetikettering). Het ondernemingsbegrip van de Wet IB 2001 kent echter geen onderneming in B.V.-sferen. Bezien moet daarom worden of het ondernemingsvermogen van de B.V., indien de onderneming niet in de rechtsvorm van een B.V. zou worden gedreven, niettemin in de inkomstenbelasting als ondernemingsvermogen zou kwalificeren. De B.V. wordt daartoe als het ware weggedacht.

Consolidatie

In het geval een houdstermaatschappij geen eigen onderneming drijft, maar slechts de aandelen houdt in één of meer werkmaatschappijen waarin de onderneming wordt gedreven, zullen de bezittingen en schulden van de werkmaatschappijen toegerekend moeten worden aan de houdstermaatschappij, en wel met inachtneming van de omvang van het aanmerkelijk belang (art. 35c lid 5 SW). Na de consolidatie (of toerekening) kan dit vermogen onderscheiden worden in ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen.

Te onderscheiden zijn onder meer:

- vastgoedondernemingen;
- houdstervennootschap met een deelneming;
- houdstervennootschap met meerdere deelnemingen;
- verwaterde aandelenbelangen;
- beleggingsvermogen;
- certificaten van aandelen; en
- preferente aandelen.

Vastgoedondernemingen

Per 1 januari 2024 geldt dat onroerende zaken die *“meer dan bijkomstig rechtens dan wel in feite, direct of indirect, ter beschikking zijn gesteld aan een ander, of die daartoe bestemd zijn”* niet gerekend worden tot het ondernemingsvermogen (art. 35c lid 7 onder a SW), maar

tot het beleggingsvermogen. Hetzelfde geldt voor “schulden die rechtstreeks samenhangen met die onroerende zaken” (art. 35c lid 7 onder b SW).¹²¹

Uit deze omschrijving blijkt dat een dubbele toets wordt aangelegd, namelijk een feitelijkgebruiktoets én een oogmerktoets.¹²² Onroerende zaken die op het moment van schenking of vererving feitelijk ter beschikking zijn gesteld aan derden of daarvoor zijn bestemd, worden aangemerkt als beleggingsvermogen. De oogmerktoets is alleen relevant indien geen sprake is van verhuur op het moment van verkrijging door schenking of vererving. Het gaat bij de oogmerktoets om de aard van het verwachte gebruik na de verkrijging door de voortzetter tijdens de komende jaren.

Onder verhuur wordt ook begrepen anderszins aan een ander ter beschikking stellen van onroerende zaken, ongeacht of wel of geen vergoeding is verschuldigd. Kortdurende terbeschikkingstelling – te denken valt aan hotelkamers, cafés, restaurants, tennishallen, bowlingbanen, squashbanen en dergelijke – valt niet onder de maatregel.

Onroerende zaken die niet worden verhuurd aan een ander, maar worden gebruikt voor de eigen bedrijfsuitoefening vallen niet onder de maatregel (te denken valt aan een fabriekspand, een winkel of een opslagruimte). Dat betekent dat voor de bedrijfsopvolgingsregeling volgens de vermogensetiketteringsregels moet worden bepaald of deze onroerende zaken tot het ondernemingsvermogen behoren (dan wel tot het privévermogen of keuzevermogen). Het gebruik voor de eigen bedrijfsuitoefening kan ook een gedeelte van een onroerende zaak betreffen.

Tot 1 januari 2024 bestonden langdurige discussies met de Belastingdienst over de kwalificatie van verhuurde onroerende zaken. Bij vastgoedondernemingen speelde de vraag of de exploitatie van onroerende zaken gezien kon worden als ondernemingsvermogen waarvoor de bedrijfsopvolgingsregeling kan worden toegepast dan wel dat sprake is van normaal vermogensbeheer en geen onderneming.

Bij arrest van 15 april 2016, [ECLI:NL:HR:2016:633](#), oordeelde de Hoge Raad dat het hof was uitgegaan van een juiste visie omtrent het begrip ‘ondernemingsvermogen’ als bedoeld in art. 35b lid 3 SW en dat het concern in het bewuste geval gelet op de vastgestelde feiten en omstandigheden met zijn gehele vermogen een materiële onderneming dreef. Zo had het hof vooropgesteld:

“(…) dat het bij het begrip ondernemingsvermogen in artikel 35b, lid 3, SW gaat om vermogen dat behoort bij een onderneming in materiële zin, waarvan sprake is bij aanwezigheid van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die is gericht op het deelnemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen. Bij exploitatie van onroerende zaken geldt dat de in dit kader te verrichten of verrichte arbeid naar aard en omvang meer moet hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, met als doel het behalen van een rendement dat het bij normaal

¹²¹ De reden voor deze maatregel is volgens de wetsgeschiedenis dat de toepassing van de BOR (en hetzelfde geldt voor de doorschuifregeling in de Wet IB 2001) ten aanzien van aan derden verhuurde onroerende zaken niet of minder nodig is vanuit het doel van de BOR. De belastingclaim over deze onroerende zaken hoeft geen liquiditeitsproblemen op te leveren. Er bestaat immers veelal de mogelijkheid om met betrekking tot deze onroerende zaken een financiering aan te trekken om zo de belasting te kunnen voldoen. Tevens zal het minder bezwaarlijk zijn voor de continuïteit van de onderneming om een gedeelte van de aan derden verhuurde onroerende zaken te vervreemden. Ten slotte zal het maatschappelijk belang van het bijhouden van een vastgoedportefeuille veelal beperkt zijn. Zie *Kamerstukken II, 2023-2024, 36 421, nr. 3, p. 8.*

¹²² Zie *Kamerstukken II, 2023-2024, 36 421, nr. 3, p. 9.*

vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat, aldus het Hof. Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat het jaarlijks door het concern behaalde rendement van ten minste ongeveer 20 percent, het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat en dat de binnen het concern in het kader van de exploitatie van onroerende zaken te verrichten of verrichte arbeid naar aard en omvang meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Daarbij gaat het niet alleen om door eigen werknemers verrichte arbeid maar moet ook rekening worden gehouden met uitbestede werkzaamheden waarbij toezicht werd gehouden, en met de externe deskundigen die op projectbasis werden ingehuurd voor advisering, aldus het Hof.”

In het bewuste geval hadden de ouders een schenking van certificaten van aandelen in een B.V. aan een kind gedaan. Het betrof een omvangrijk vastgoedconcern met ruim 350 panden op meer dan 140 locaties en 900 huurcontracten. Het concern had 16 mensen in dienstbetrekking en beschikte over commerciële, juridische en administratie-afdelingen. Die inzet leidde ertoe dat het rendement *“het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat en dat de binnen het concern in het kader van de exploitatie van onroerende zaken te verrichten of verrichte arbeid naar aard en omvang meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is”*.

Uit een arrest van de Hoge Raad van 10 maart 2017, [ECLI:NL:HR:2017:396](#), volgt dat de vraag of er sprake is van een materiële onderneming niet beoordeeld moet worden aan de hand van de ondernemingsactiviteiten in zijn geheel, maar dat die vraag beoordeeld dient te worden door de betreffende activiteiten afzonderlijk. Het ging in dat geval om een vastgoed B.V. die onroerende zaken exploiteerde en ook aan projectontwikkeling deed. De exploitatie betrof normaal vermogensbeheer, terwijl de projectontwikkeling normaal actief vermogensbeheer te boven ging. Aangezien de exploitatie het grootste gedeelte van de werkzaamheden betrof, was in eerdere instantie door het hof geoordeeld dat er geen sprake was van een onderneming in materiële zin.¹²³ Het hof heeft aan dat oordeel ten grondslag gelegd dat de omvang van de ontwikkelingsactiviteiten ten opzichte van de overige activiteiten van de vennootschap, te weten verhuur van onroerende zaken, te beperkt is om hieraan betekenis toe te kennen in die zin dat op basis van projectontwikkeling kan worden geoordeeld dat de vennootschap (ten dele) een onderneming drijft in de zin van art. 35c SW. De Hoge Raad oordeelde dat in dit verband beslissend is of de ontwikkelingsactiviteiten op zichzelf bezien, kunnen worden aangemerkt als een onderneming in materiële zin. De relatieve omvang van de ontwikkelingsactiviteiten in verhouding tot de beleggingsactiviteiten (exploitatie door verhuur) is niet beslissend voor de beantwoording van de vraag of de vennootschap met de ontwikkelingsactiviteiten een onderneming in materiële zin drijft.¹²⁴

¹²³ Het hof was volgens de Hoge Raad wel uitgegaan van *“een juiste vooropstelling omtrent het begrip onderneming in de zin van artikel 35c SW”*. Het hof overwoog dat daarvoor vereist is de *“aanwezigheid van duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die is gericht op het deelnemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen. Bij exploitatie van onroerende zaken geldt in dat verband dat de in dit kader te verrichten of verrichte arbeid naar aard en omvang meer moet hebben omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, met als doel het behalen van een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat”*.

¹²⁴ Op deze uitspraak van de Hoge Raad is een verwijzingsarrest gevolgd, te weten gerechtshof Amsterdam 3 juli 2018, [ECLI:NL:GHAMS:2018:3294](#).

Houdstervennootschap met een deelneming

Indien aandelen worden verkregen in een houdstervennootschap doet zich de situatie voor dat de vennootschap waarin de aandelen worden verkregen, zelf geen onderneming drijft, maar de deelneming(en) mogelijk wel. In art. 35c lid 5 SW is geregeld dat de bezittingen en schulden van een deelneming waarin de erflater of schenker indirect een aanmerkelijk belang houdt worden beschouwd als bezittingen en schulden van de houdstervennootschap waarin de erflater of schenker een direct aanmerkelijk belang houdt (toerekening of consolidatie). Hierbij is het niet van belang of de houdstervennootschap ook (mede) het beleid bepaalt van de deelneming.

Houdstervennootschap met meerdere deelnemingen

In het geval meerdere deelnemingen worden gehouden door een houdstervennootschap en toerekening plaatsvindt, moet de waarde van de objectieve onderneming worden bepaald vanuit het totale concern (art. 7 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting). Hiermee wordt bereikt dat niet meerdere keren gebruik kan worden gemaakt van de 100%-vrijstelling die betrekking heeft op de eerste € 1.325.253 (2024) van de waarde van de objectieve onderneming.

Voorbeeld

Stel dat de vrijstelling voor de bedrijfsopvolgingsregeling € 1 miljoen bedraagt. In een situatie waarin een aandeelhouder 100% van de aandelen in een houdstervennootschap houdt met daaronder 20 deelnemingen, waarin per deelneming een onderneming wordt gedreven met een waarde van € 1 miljoen. In dat geval is bij overlijden of schenking niet € 20 miljoen vrijgesteld, maar € 16.770.000 (te weten € 1 miljoen plus 83% van € 19 miljoen).

Opheffing van de houdstermaatschappij

Art. 7 lid 4 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting bevat een regeling voor de situatie waarin de schenker of erflater tijdens de referentieperiode van vijf respectievelijk één jaar zich in het zicht van overlijden of een schenking zou ontdoen van de houdstervennootschap teneinde te bereiken dat meerdere keren gebruik kan worden gemaakt van de 100%-vrijstelling. In een dergelijke situatie wordt voor de toepassing van de 100%-vrijstelling geen rekening gehouden met het feit dat de houdstervennootschap er tussenuit is gehaald. In dat geval wordt voor de toepassing van de 100%-vrijstelling gedaan alsof de houdstervennootschap nog bestaat.

Verwaterde aandelenbelangen

De bedrijfsopvolgingsregeling is van toepassing op via de houdstervennootschap indirect gehouden aanmerkelijkbelangaandelen in dochtervennootschappen. Vereist wordt dat het indirecte aanmerkelijk belang ten minste 5% groot is.

Bij familieondernemingen kunnen die belangen door schenking of vererving verwateren tot onder de grens van 5%. De Successiewet biedt een tegemoetkoming voor situaties waarin indirecte, verwaterde belangen in familieondernemingen zijn ontstaan.

Voor indirecte aanmerkelijkbelangposities van minder dan 5% maar ten minste 0,5% kan toerekening van de bezittingen en schulden aan de houdstervennootschap alsnog plaatsvinden indien voldaan wordt aan de vereisten van art. 35c lid 5 onderdeel b SW. Die vereisten zijn:

1. het belang heeft bij één van de rechtsvoorgangers krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking een indirect aandelenbelang gevormd als bedoeld in art. 35c lid 5 onder a SW;
2. het belang is uitsluitend verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking; en
3. direct voorafgaande aan de verwatering van het belang tot minder dan 5% dreef het lichaam waarin het belang wordt gehouden een onderneming of hield het een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 35c lid 1 onder c SW.

Aan de wetsgeschiedenis¹²⁵ ontleen ik de volgende voorbeelden.

Een vader heeft 100% van de aandelen in een holding en de holding heeft 5% in een werkmaatschappij. Vader heeft twee kinderen die beiden erfgenaam zijn. Vader overlijdt. De kinderen verkrijgen een direct aanmerkelijk belang van 50% in de holding en een indirect belang van 2,5% in de werkmaatschappij. De kinderen komen voor de bedrijfsopvolgingsregeling in aanmerking. Bij hun vader was immers sprake van een indirect aanmerkelijk belang van 5% in de werkmaatschappij. Indien de kinderen overlijden, dan zou de bedrijfsopvolgingsregeling niet van toepassing zijn, omdat hun erfgenamen een belang verkrijgen dat bij de erflater een indirect belang omvatte van minder dan 5%, namelijk 2,5%. Hierdoor kan zonder nadere bepaling de toerekening van het vermogen van de werkmaatschappij ex art. 35c lid 5 SW niet plaatsvinden.

In het volgende voorbeeld is de situatie dezelfde, maar nu uitgewerkt volgens de regeling van art. 35c lid 5 SW.

Vader overlijdt: het vermogen van de werkmaatschappij wordt (naar de waarde van het 5%-pakket) toegerekend aan de holding op grond van art. 35c lid 5 onder a SW. Bij vader was immers sprake van een indirect aanmerkelijk belang van 5% in de werkmaatschappij.

Kinderen overlijden: art. 35c lid 5 onder a SW kan geen toepassing vinden, omdat de erfgenamen van de kinderen een belang verkrijgen dat bij de erflater een indirect belang omvatte van minder dan 5% in de werkmaatschappij, namelijk 2,5%. Hierop ziet art. 35c lid 5 onder b SW.

Aangezien:

- het indirecte belang van de kinderen groter is dan de ondergrens van 0,5%;
- de vermindering van het indirecte aanmerkelijk belang is veroorzaakt door vererving;
- ten tijde van de verwatering (het overlijden van vader) de werkmaatschappij een onderneming dreef,

¹²⁵ Kamerstukken II, 2009-2010, nr. 16, p. 12-14.

mag toerekening van het vermogen van de werkmaatschappij aan de holding plaatsvinden en komen ook de erfgenamen van de kinderen (de kleinkinderen van de oorspronkelijke ondernemer) in aanmerking voor de bedrijfsopvolgingsregeling.

Kleinkinderen overlijden: voor de erfgenamen van de kleinkinderen geldt hetzelfde als voor de kleinkinderen zelf gold. De kwalificatie die plaatsvindt op het moment dat het indirecte aanmerkelijk belang door een overgang krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking door de ondergrens van 5% heen zakt, blijft dus als het ware aan de aandelen kleven, totdat het indirecte belang kleiner wordt dan 0,5%.

Beleggingsvermogen

Wanneer het vermogen van een onderneming voor een gedeelte bestaat uit beleggingen die niet dienstbaar zijn aan de feitelijke bedrijfsuitoefening wordt de waarde van dit beleggingsvermogen voor de toepassing van de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling in aanmerking genomen tot maximaal 5% van de waarde van het ondernemingsvermogen. Voor het meerdere gelden de faciliteiten niet (art. 35c lid 1 onder c.2° SW).

Ook hier geldt een referentieperiode van vijf jaar in geval van schenking en één jaar in geval van verkrijging krachtens erfrecht ten aanzien van het beleggingsvermogen van de vennootschap (art. 35d lid 1 onder c SW). Deze antimisbruikregeling voorkomt dat kort voorafgaande aan de bedrijfsopvolging kapitaalstortingen plaatsvinden en zo belast vermogen kan worden omgezet in vrijgesteld ondernemingsvermogen.

Voorbeeld

De waarde in het economische verkeer van een onderneming bedraagt € 500.000. Tot de activa behoort een beleggingsportefeuille met een waarde van € 100.000. Het overige vermogen (€ 400.000) is kwalificerend ondernemingsvermogen. Een percentage van 5 van € 400.000 is gelijk aan € 20.000. Van de beleggingen gaat derhalve een waarde van € 80.000 de 5%-grens te boven. Het vrijgestelde gedeelte bedraagt € 420.000 (€ 400.000 te vermeerderen met € 20.000).

Certificaten van aandelen

Onder aandelen worden ook certificaten van aandelen verstaan, op voorwaarde dat de certificaten gelijkgesteld kunnen worden met aandelen in overeenstemming met de acht voorwaarden van onderdeel 4.4 van het Besluit 2018. Daarbij maakt het geen verschil op welk niveau in de vennootschappelijke structuur de certificering heeft plaatsgevonden. Het gevolg hiervan is dat de overdracht ten titel van beheer (ook wel niet-juridisch het in administratie nemen van aandelen genoemd) van aandelen in een B.V. of N.V. door een aandeelhouder aan een administratiekantoor – een stichting, een B.V. of N.V. – tegen afgifte van certificaten van die aandelen niet wordt aangemerkt als een vervreemding voor de aanmerkelijkbelangregeling, indien de uit te reiken certificaten met de aandelen kunnen worden vereenzelvigd. In dat geval is de verkrijgingsprijs van de certificaten gelijk aan die van de in administratie genomen aandelen.

Bedrijfsopvolging via een commanditaire vennootschap

Schenking van ondernemingsvermogen is slechts weggelegd voor de *happy few*. Om die reden bestaan er ook faciliteiten voor een gefaseerde bedrijfsopvolging.

De bedrijfsopvolgingsregeling is van toepassing op een indirect – via een B.V. – gehouden medegerechtigdheid, evenwel op voorwaarde dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de B.V. gedreven onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 (art. 35c lid 3 SW). In dat geval heeft de B.V. eerst zelf de onderneming gedreven en die onderneming vervolgens ingebracht in een commanditaire vennootschap. Daarbij is de B.V. commanditair vennoot geworden en de verkrijger beherend vennoot. De aanmerkelijkbelangaandelen van schenker of erflater moeten worden verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds beherend vennoot is.

Bedrijfsopvolging via preferente aandelen

Een andere wijze van gefaseerde bedrijfsopvolging is die via de omzetting van gewone aandelen in (cumulatief) preferente aandelen en de uitgifte van gewone aandelen aan de verkrijger.

Slechts indien de preferente aandelen¹²⁶ zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging, en de schenking of vererving feitelijk het sluitstuk van de eerder ingezette bedrijfsopvolging vormt, kunnen dergelijke preferente aandelen die tot een aanmerkelijk belang behoren, delen in de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling.¹²⁷ Daarbij dient aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldaan te worden (art. 35c lid 4 SW):

- a. de preferente aandelen vormen een omzetting van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen;
- b. deze omzetting tot preferente aandelen is gepaard gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander;
- c. ten tijde van de bedoelde omzetting tot preferente aandelen dreef de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden een onderneming of hield deze een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 35c lid 1 onder a of b SW; en
- d. de verkrijger van de preferente aandelen is reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder van de gewone aandelen als hiervoor onder b. bedoeld.

Deze voorwaarden dienen ervoor om alleen reële bedrijfsopvolging te faciliteren. Niet elke bedrijfsopvolging wordt volgens deze stappen van de grondvorm van een gefaseerde

¹²⁶ In de wetsgeschiedenis wordt de volgende omschrijving van preferente aandelen gegeven: "(...) zolang aandelen volledig delen in de winstreserves en liquidatieopbrengsten, ze niet als preferente aandelen kwalificeren en dat elke vorm die hiervan afwijkt, nu of later, kan worden aangemerkt als preferent aandeel". Zie *Kamerstukken II*, 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 25.

¹²⁷ Deze preferente aandelen kunnen direct of indirect via een houdstermaatschappij gehouden worden. Zie de slotzin van art. 35c lid 5 SW. Art. 8 lid 3 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting geeft voor de indirect gehouden (cumulatief) preferente aandelen nadere regels.

bedrijfsopvolging uitgevoerd. Voor andere vormen van gefaseerde bedrijfsopvolging is in art. 8 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting zijn voorzieningen opgenomen.

In het Besluit 2013 is een nadere uitwerking opgenomen van een aantal criteria.

Zo is in het Besluit 2013 ten aanzien van het 5%-vereiste aangegeven dat de verkrijger van de preferente aandelen niet al bij de omzetting behoeft te voldoen aan dit vereiste. Ook is expliciet aangegeven dat het voor de faciliteit niet uitmaakt of de verkrijger van de nieuwe gewone aandelen, die bij de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen zijn uitgegeven, direct of indirect houdt.

Indien de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen heeft plaatsgevonden vóór de wijziging van de Successiewet in 2010, is vanzelfsprekend geen rekening gehouden met de nieuwe voorwaarde dat er tegelijkertijd nieuwe aandelen moeten worden uitgegeven aan de bedrijfsopvolger. In het Besluit 2013 is daarom aangegeven dat onder bepaalde voorwaarden ervan kan worden uitgegaan dat de omzetting van gewone aandelen in (indirect gehouden) preferente aandelen gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander als bedoeld in art. 35c lid 4 onder b en d SW en art. 8 lid 3 onder b en d Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting. De voorwaarden die hieraan zijn gesteld, zijn:

- de omzetting heeft plaatsgevonden voor 2010;
- op het moment van de omzetting hield een ander ook gewone aandelen;
- alleen de gewone aandelen uit de vorige voorwaarde zijn aan te merken als de gewone aandelen die zijn toegekend aan een ander in de zin van de hiervoor genoemde wettelijke bepalingen;
- de verkrijger van de preferente aandelen is op het moment van de verkrijging voor ten minste 5% van het totaal geplaatste aandelenkapitaal (direct of indirect) aandeelhouder van de in de vorige voorwaarde bedoelde gewone aandelen;
- de goedkeuring geldt alleen voor de preferente aandelen die zijn ontstaan op het moment waarop de gewone aandelen zijn omgezet in preferente aandelen.

In het Besluit 2013 is tevens een goedkeuring opgenomen dat onder voorwaarden als preferente aandelen worden aangemerkt de preferente aandelen die zijn ontstaan door omzetting van een vordering.

Ad c. - De ter beschikking gestelde onroerende zaken (TBS-panden)

De bedrijfsopvolgingsregeling kan ook worden toegepast op een onroerende zaak die bij de erflater of schenker onder de terbeschikkingstellingsregeling van art. 3.92 Wet IB 2001 valt (de zogeheten TBS-panden). Vereist is wel dat de onroerende zaak dienstbaar is aan de materiële onderneming van de vennootschap (B.V. of N.V.) waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang heeft. Voor toepassing van de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling is vereist dat de verkrijger van de onroerende zaak tegelijk ook aandelen in de vennootschap verkrijgt (art. 35c lid 1 onder d SW).

Om de faciliteiten te behouden, moet de verkrijger de onroerende zaak aan de vennootschap ter beschikking blijven stellen en moet de onroerende zaak dienstbaar blijven aan de onderneming van de vennootschap.

Niet wordt vereist dat de verkrijger van de onroerende zaak alle aandelen verkrijgt van de erflater.

Onder onroerende zaken worden tevens verstaan appartementsrechten, rechten van opstal en erfpacht of vruchtgebruik van onroerende zaken, respectievelijk de economische eigendom hiervan in de zin van art. 2 lid 2 van de Wet belastingen van rechtsverkeer (art. 35c lid 7 SW).

De vrijstelling geldt niet afzonderlijk voor de TBS-panden. De vrijstelling geldt voor de aanmerkelijkbelangaandelen (of ander ondernemingsvermogen) én de TBS-panden tezamen (als onderdelen van de objectieve onderneming).¹²⁸

14.5. Voortzettingseis: de verkrijger

Wie een beroep heeft gedaan op de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling moet vervolgens de daad bij het woord voegen. Een verkrijger van kwalificerend ondernemingsvermogen dient gedurende een periode van ten minste vijf jaar aan de voortzettingseis te voldoen. De voortzettingseis geldt zowel bij schenking als bij vererving. De bedrijfsopvolgingsregeling eindigt indien de verkrijger gedurende de voortzettingsperiode niet of niet meer geheel aan de voorwaarden voldoet.

Daarmee is de vrijstelling op grond van de bedrijfsopvolgingsregeling een *voorwaardelijke*. Deze vrijstelling wordt verleend op voorwaarde dat de verkrijger krachtens schenking of erfrecht de onderneming ten minste vijf jaar geheel voortzet. Bij voortijdig staken van de onderneming wordt de vrijstelling teruggenomen, en is alsnog schenk- of erfbelasting verschuldigd (art. 35b lid 6 SW). Wordt niet aan het voortzettingsvereiste voldaan, dan zal tevens het verleende uitstel van betaling van belasting over het resterende ondernemingsvermogen komen te vervallen. De aanslag zal direct betaald moeten worden.

De voortzettingseis komt tot uitdrukking in het *verbod* gedurende de voortzettingsperiode van vijf jaar om onder meer (art. 35e lid 1 SW):

a. ten aanzien van aandelen of winstbewijzen:

- als verkrijger te vervreemden de aandelen of de winstbewijzen, of een gedeelte van de in deze aandelen of winstbewijzen besloten rechten;
- als verkrijger om te zetten de vermogensbestanddelen in preferente aandelen of op andere wijze de aanspraak van de verkregen vermogensbestanddelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen te beperken;
- als vennootschap op te houden uit de onderneming of de medegerechtigdheid of uit een gedeelte daarvan winst te genieten.

b. ten aanzien van een ter beschikking gestelde onroerende zaak:

- als verkrijger op te houden de onroerende zaak geheel of gedeeltelijk ter beschikking te stellen aan de vennootschap;
- de onroerende zaak niet langer geheel of gedeeltelijk dienstbaar te laten zijn aan de onderneming van de vennootschap.

In art. 10 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting worden nadere regels gegeven met betrekking tot bepaalde gebeurtenissen binnen de voortzettingstermijn die in beginsel zouden leiden tot het geheel of gedeeltelijk terugnemen van de

¹²⁸ Art. 7 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

voorwaardelijke vrijstelling, terwijl materieel gezien wel sprake is van voortzetting.¹²⁹ Het betreft de volgende situaties waarin – op verzoek – geen sprake is van faciliteitsverlies:

- geruisloze omzetting van een onderneming in een vennootschap voor zover deze de onderneming voortzet;¹³⁰
- geruisloze terugkeer uit een vennootschap voor zover de onderneming daarvan door de verkrijger wordt voortgezet;¹³¹
- ophouden winst uit onderneming te genieten in geval van kwalificerend overheidsingrijpen voor zover de waarde van het ondernemingsvermogen tijdig wordt geherinvesteerd in een onderneming waaruit de verkrijger winst geniet;¹³²
- vervreemding van een aanmerkelijk belang in geval van een aandelenfusie waarbij de verkrijger enig aandeelhouder wordt van de verkrijgende vennootschap.¹³³ Hetzelfde geldt mutatis mutandis bij een juridische splitsing en een juridische fusie.¹³⁴
- ophouden winst uit onderneming te genieten in geval een onderneming van een lichaam via bedrijfsfusie is overgedragen aan een ander lichaam waarbij de verkrijger indirect enige aandeelhouder is van het andere lichaam.¹³⁵ Hetzelfde geldt mutatis mutandis bij een juridische splitsing en een juridische fusie.¹³⁶
- vervreemding van een aan een vennootschap ter beschikking gestelde onroerende zaak voor zover:
 - de verkrijger de opbrengst binnen zes maanden aanwendt voor de verwerving van een andere onroerende zaak en deze ter beschikking stelt aan dezelfde vennootschap;¹³⁷
 - de vervreemding plaatsvindt door inbreng tegen aandelen in een vennootschap en de verkrijger enig aandeelhouder is van die vennootschap;¹³⁸
- een verkregen onroerende zaak waarvan de terbeschikkingstelling eindigt door geruisloze terugkeer uit een vennootschap voor zover de onderneming van de vennootschap door de verkrijger wordt voortgezet en de onroerende zaak in de nieuwe setting binnen de oorspronkelijk verkregen onderneming wordt gebruikt;¹³⁹
- een verkregen onroerende zaak waarvan de terbeschikkingstelling op basis van een in dit kader kwalificerende aandelenfusie is voortgezet aan de verkrijgende vennootschap. Hetzelfde geldt mutatis mutandis bij een juridische splitsing en een juridische fusie.¹⁴⁰

Voorwaarde is voorts dat de gebeurtenis moet plaatsvinden met behulp van een doorschuifregeling.

¹²⁹ Grondslag daarvoor is te vinden in art. 35e lid 6 SW.

¹³⁰ Art. 10 lid 1 onder a Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹³¹ Art. 10 lid 1 onder b Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹³² Art. 10 lid 1 onder c Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹³³ Art. 10 lid 1 onder d Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹³⁴ Art. 10 lid 1 onder f slot Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹³⁵ Art. 10 lid 1 onder e Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹³⁶ Art. 10 lid 1 onder f slot Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹³⁷ Art. 10 lid 1 onder f.1° Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹³⁸ Art. 10 lid 1 onder f.2° Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹³⁹ Art. 10 lid 2 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

¹⁴⁰ Art. 10 lid 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

Voortzettingsvereiste bij een aanmerkelijk belang

Aangesloten wordt bij alle relevante gevallen van reële of fictieve vervreemding van aanmerkelijkbelangaandelen (verlenen van een optierecht of het vestigen van een recht van vruchtgebruik). Het is daarbij niet van belang of de aandelen of winstbewijzen bij de verkrijger tot een aanmerkelijk belang behoorden.

Omzetting van een vennootschap in een IB-onderneming gedurende de voortzettingsperiode wordt op verzoek van de verkrijger niet aangemerkt als een staking van de onderneming (art. 10 lid 1 onderdeel b Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting)

Het overlijden van de aandeelhouder of de houder van winstbewijzen gedurende de voortzettingsperiode leidt niet tot intrekking van de faciliteit (art. 10 lid 6 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting). Voorwaarde is dat de verkrijgers krachtens erfrecht de aandelen c.q. winstbewijzen gedurende de resterende periode niet vervreemden. Doen zij dit wel, dan leidt dat tot intrekking van de faciliteiten en vervalt de voorwaardelijke vrijstelling.

De faciliteiten worden evenmin ingetrokken indien aandelen of winstbewijzen gedurende de voortzettingsperiode geacht worden te zijn vervreemd ten gevolge van een overgang onder algemene titel krachtens huwelijksvermogensrecht, mits de nog resterende termijn wordt volgemaakt en de aandelen gedurende die periode tot de huwelijksgemeenschap blijven behoren (art. 10 lid 7 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting).

Certificering van aandelen

Certificering van aandelen gedurende de voortzettingsperiode is op zich een vervreemding die kan leiden tot intrekking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Op voorwaarde dat de certificaten voldoen aan de eisen van het Besluit 2018 kunnen de certificaten worden vereenzelvigd met de onderliggende aandelen en wordt het voortzettingsvereiste niet gefrustreerd door de certificering.

Preferente aandelen

De verkrijger van preferente aandelen dient ook gewone aandelen te houden. Op grond van art. 35e lid 4 SW leidt een vervreemding van (een gedeelte van) deze gewone aandelen binnen de voortzettingstermijn tot het vervallen van de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling ten aanzien van een evenredig gedeelte van de preferente aandelen.

Aangifteplicht

De verkrijger moet binnen een termijn van acht maanden nadat een gebeurtenis die leidt tot het niet langer voldoen aan de voortzettingseis hiervan aangifte te doen (art. 35e lid 5 SW).

14.6. Verdeling van de nalatenschap en de huwelijksgemeenschap

De bedrijfsopvolgingsregeling kan ook worden toegepast als de voortzetter van de onderneming pas bij de verdeling van de nalatenschap door de erfgenamen het

ondernemingsvermogen verkrijgt. De gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen kan door de verdeling van de nalatenschap of de huwelijksgemeenschap wijzigen. Art. 35f SW ziet op de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling op die gewijzigde gerechtigdheid (in tegenstelling tot wat normaal gesproken geldt voor de erfbelasting).

Nalatenschap

Indien ten gevolge van de verdeling van de nalatenschap waarin de erflater was gerechtigd, de gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen wijzigt, worden de aanslagen op verzoek van de verkrijger(s) wier gerechtigdheid toeneemt, aangepast (art. 35f lid 1 SW). Een voorwaarde is evenwel dat de verdeling van de nalatenschap binnen twee jaar na het overlijden van de erflater heeft plaatsgevonden (art. 35f lid 3 SW). Het verzoek daartoe dient te worden gedaan door de verkrijger wiens gerechtigdheid toeneemt binnen acht maanden nadat de verdeling heeft plaatsgevonden (art. 35f lid 4 SW).

Huwelijksgoederengemeenschap

Bij de verdeling van de door het overlijden ontbonden huwelijksgemeenschap kan het tot die gemeenschap behorende ondernemingsvermogen geheel worden toegedeeld aan de nalatenschap. Vervolgens kan bij de verdeling van de nalatenschap het ondernemingsvermogen geheel worden toegedeeld aan één of meer erfgenamen. In art. 35f lid 2 SW is bepaald dat de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling de wijze van de verdeling van de huwelijksgemeenschap volgen. Dit geldt echter niet geheel indien de echtgenoot de onderneming voortzet. De bedrijfsopvolgingsregeling is in dat geval slechts van toepassing op de helft van het ondernemingsvermogen. De langstlevende echtgenoot was immers al gerechtigd tot de andere helft van het ondernemingsvermogen op grond van de huwelijksgemeenschap. Wordt meer dan de helft van het ondernemingsvermogen aan de nalatenschap toegedeeld, dan valt het meerdere niet onder de bedrijfsopvolgingsregeling.

Hardheidsclausule

Met toepassing van de hardheidsclausule van art. 63 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen wordt goedgekeurd dat in zeer bijzondere gevallen de inspecteur op een daartoe strekkend verzoek een redelijke verlenging toestaat van de tweejaarstermijn van art. 35f lid 3 SW.¹⁴¹ Het verzoek moet worden ingediend binnen de tweejaarstermijn. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin de vertraging in de verdeling van de nalatenschap of de huwelijksgemeenschap te wijten is aan overmacht. Is de vertraging te wijten aan de Belastingdienst, dan wordt een verzoek om termijnverlenging zonder meer gehonoreerd.

14.7. Schenking van ondernemingsvermogen

Bij leven kan de houder van aanmerkelijkbelangaandelen in het kader van de bedrijfsopvolging aandelen in een B.V. of N.V. schenken of verkopen tegen een te lage prijs (een gift). Teneinde de heffing van schenkbelasting te voorkomen of te beperken, kan een

¹⁴¹ Besluit 2013, onderdeel 5.

beroep op de bedrijfsopvolgingsregeling worden gedaan. In de inkomstenbelasting bestaan eveneens bepaalde faciliteiten.

De schenking of gift kan op verschillende wijzen worden vormgegeven.

- Schenking van aanmerkelijkbelangaandelen

De schenking van aandelen wordt niet met schenkbelasting belast als sprake is van een bedrijfsopvolging. Daarbij moet volgens art. 4.17c lid 1 Wet IB 2001 aan de volgende voorwaarden zijn voldaan:

- a. de B.V. of N.V. drijft een materiële onderneming of is medegerechtigde;
- b. de aandelen behoren bij de overdrager tot een aanmerkelijk belang;
- c. de verkrijger is binnenlands belastingplichtige (en de verkregen aandelen mogen geen deel uit maken van ondernemingsvermogen of resultaat uit overige werkzaamheden); en
- d. de verkrijger is gedurende ten minste 36 maanden voorafgaande aan de overdracht in dienstbetrekking werkzaam geweest bij de N.V. of B.V. of een werkmaatschappij (de dienstbetrekkingseis).

Indien aan deze voorwaarden wordt voldaan (alook aan de bezits- en voortzettingseis), kunnen de aandelen in de B.V. of N.V. geheel of nagenoeg geheel belastingvrij worden overgedragen.

Bevat de houdstermaatschappij waarin de aanmerkelijkbelangaandelen worden gehouden ook beleggingsvermogen dan geldt daarvoor niet de bedrijfsopvolgingsregeling voor de schenkbelasting. In dat geval kan ervoor geopteerd worden om de houdstermaatschappij juridisch te splitsen in een B.V. met beleggingsvermogen (en de pensioenverplichting) en een over te dragen B.V. waarin (in)direct de materiële onderneming wordt gehouden. Die splitsing kan fiscaal geruisloos uitgevoerd worden.¹⁴²

- Schenking van een indirect aandelenbelang

De ondernemer kan ook de aandelen in een werkmaatschappij schenken aan de beoogde bedrijfsopvolger (indirect aandelenbelang) in plaats van de aandelen in de holding (direct aandelenbelang). De bedrijfsopvolgingsregeling voorziet in een goedkeuring voor schenking van aandelen in een werkmaatschappij.¹⁴³

In dit geval geldt echter geen doorschuiffaciliteit voor de inkomstenbelasting. De verkoop tegen een te lage waarde van de aandelen in de werkmaatschappij wordt aangemerkt als een verkapte dividenduitkering aan de ondernemer, en niet als vervreemding van de aandelen. Voor de verschuldigde inkomstenbelasting over het verkapte dividend kan renteloos uitstel van betaling worden verkregen. De verschuldigde inkomstenbelasting mag in tien gelijke jaarlijkse termijnen worden voldaan (art. 25 lid 11 IW).

¹⁴² Art. 14a Wet Vpb en art. 4.41 Wet IB 2001.

¹⁴³ Besluit 2013, onderdeel 3.8.

- Verkoop, gevolgd door kwijtschelding van de koopsom

De bedrijfsopvolgingsregeling is niet van toepassing als de onderneming (ofwel de aanmerkelijkbelangaandelen) wordt overgedragen tegen een koopsom die schuldig wordt gebleven en daarna geheel of ten dele wordt kwijtgescholden. In dat geval bestaat de verkrijging niet uit een onderneming, maar uit de kwijtschelding van een vordering. De staatssecretaris vindt dat onredelijk. Om die reden wordt goedgekeurd dat bij een kwijtschelding die onmiddellijk volgt op de overdracht van ondernemingsvermogen voor de bedrijfsopvolgingsregeling kan worden aangenomen dat het ondernemingsvermogen het object van de schenking is.¹⁴⁴ Bij een gefaseerde kwijtschelding geldt de goedkeuring niet voor de tweede of volgende kwijtschelding.

14.8. Wijzigingen van de bedrijfsopvolgingsregeling

In 2025 staan ons nog andere wijzigingen in de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling te wachten. Op hoofdlijnen worden deze wijzigingen in de Successiewet en de Wet IB 2001 hier alvast benoemd.¹⁴⁵

Wijzigingen in de bedrijfsopvolgingsregeling van de Successiewet

- de omvang van de vrijstelling

Het bedrag van de 100%-vrijstelling wordt vanaf 1 januari 2025 verhoogd naar € 1.500.000. De 83%-vrijstelling wordt verlaagd naar 75%. De reden hiervoor is dat de bedrijfsopvolgingsregeling ook wordt verleend aan verkrijgers voor wie de vrijstelling niet noodzakelijk is om een bedrijfsoverdracht mogelijk te maken. Het doel van deze maatregel is tevens om kleinere ondernemingen meer te laten profiteren van de bedrijfsopvolgingsregeling.

Bij een ouder-kindtarief van maximaal 20% komt de effectieve schenk- of erfbelasting bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling uit op maximaal 5% (te weten 20% van 25%) in plaats van thans maximaal 3,4% (te weten 20% van 17%).

- vervallen van de doelmatigheidsmarge

De 5% doelmatigheidsmarge – ook wel genoemd de beleggingsmarge – in de schenk- en erfbelasting komt te vervallen. Niet langer zal beleggingsvermogen tot 5% van de waarde van het ondernemingsvermogen meegeteld mogen worden.

De invoering van de doelmatigheidsmarge bereikte niet haar doel, te weten het voorkomen van discussies over de vraag of een vermogensbestanddeel behoort tot het ondernemingsvermogen dan wel het beleggingsvermogen van een vennootschap. Sterker: die discussie of er sprake is van ondernemingsvermogen kreeg juist extra gewicht vanwege die bijtelling van 5% bij de faciliteit.

¹⁴⁴ Besluit 2013, onderdeel 3.4.

¹⁴⁵ Zie daarvoor de Wet aanpassing fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten 2024, *Staatsblad* 2024, 504.

- invoering van een leeftijdseis

De bedrijfsopvolgingsregeling van de Successiewet kent thans geen leeftijdseis. Een minimumleeftijd van 21 jaar wordt bij schenking van ondernemingsvermogen ingesteld voor de verkrijger.

- keuzevermogen

De bedrijfsopvolgingsregeling is alleen van toepassing op het ondernemingsvermogen in het bedrijf. Het is ook mogelijk dat sprake is van ondernemingsvermogen, terwijl een deel van dit vermogen niet voor de onderneming wordt gebruikt maar voor privédoeleinden (denk aan auto).

Nieuw is dat vermogensbestanddelen die in beperkte mate zakelijk worden gebruikt, niet meer voor de volledige waarde tot het ondernemingsvermogen gerekend mogen worden. Een tot het keuzevermogen behorend bedrijfsmiddel valt alleen onder de bedrijfsopvolgingsregeling voor zover dit bedrijfsmiddel daadwerkelijk binnen de onderneming gebruikt wordt. De maatregel geldt voor bedrijfsmiddelen met een waarde van minimaal € 100.000.

Wijzigingen in de bedrijfsopvolgingsregeling van de Wet IB 2001

Dezelfde wijzigingen worden bij de doorschuifregeling van de Wet IB 2001 ingevoerd (behoudens dan de wijziging van de omvang van de vrijstelling die alleen bij de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet geldt).

Ook daarna zal de bedrijfsopvolgingsregeling de aandacht houden van de wetgever. Zo is aangekondigd dat per 2026 de bezits- en voortzettingseisen in de schenk- en erfbelasting versoepeld worden. Tevens worden bepaalde constructies waardoor oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de bedrijfsopvolgingsregeling aangepakt, zoals de rollatorinvesteringen (het in het zicht van overlijden omzetten van grote vermogens in ondernemingsvermogen) en de BOR-carrousel.

15. Aangifte en aanslag

Heffing van erfbelasting vindt plaats door middel van een *aanslag* (art. 37 lid 1 SW). De erfbelasting wordt geheven bij de (erfrechtelijke) verkrijger(s), zo volgt uit art. 36 SW. Teneinde de heffing van erfbelasting mogelijk te maken, dient eerst *aangifte* te worden gedaan. Aangifte voor de heffing van erfbelasting geschiedt door middel van het invullen van een aangifteformulier, dat via de website van de Belastingdienst is te downloaden.

De aangifte voor de erfbelasting moet worden gedaan binnen een door de inspecteur te stellen termijn die niet eerder verstrijkt dan acht maanden na het overlijden (art. 45 lid 1 SW). Uitgangspunt is derhalve dat de aangifte – behoudens een verleend uitstel – binnen acht maanden na het openvallen van de nalatenschap dient te geschieden. De aangifte behoeft niet door elke erfgenaam afzonderlijk te worden gedaan. Art. 39 SW bepaalt dat als meer verkrijgers gehouden zijn aangifte te doen ter zake van dezelfde nalatenschap, zij gezamenlijk aangifte kunnen doen. De erfgenaam die aangifte doet, dient ook aangifte te doen van de gegevens die van belang kunnen zijn voor de heffing van erfbelasting van

andere verkrijgers, niet zijnde erfgenamen (art. 38 SW). Te denken valt hier aan legatarissen en lastbevoordeelden.

De aangiften erfbelasting worden – afhankelijk van de woonplaats van de erflater – behandeld door één van de belastingkantoren te 's-Hertogenbosch, Rotterdam of Zwolle.

Hoewel de verplichting tot het doen van aangifte eigenlijk op de erfgenamen rust, blijkt uit het aangifteformulier dat een belangrijke rol hierbij is weggelegd voor de executeur. Dat volgt tevens met zoveel woorden uit art. 72 lid 1 SW, dat bepaalt dat executeurs van nalatenschappen, op gelijke wijze als de erfgenamen, gehouden zijn de bij de Successiewet opgelegde verplichtingen te vervullen. Dit houdt in dat indien een executeur is benoemd en deze de benoeming heeft aanvaard, de executeur de aangifte erfbelasting moet doen. Deze verplichting geldt evenwel niet voor de begrafenisexecuteur (oftewel de executeur met één ster), aangezien deze uitsluitend de lijkbezorging regelt en niet betrokken is bij de financiële afwikkeling van de nalatenschap.

De wetgever heeft de verplichting van de executeur tot het doen van aangifte voor de erfbelasting op het eerste gezicht in nogal omineuze bewoordingen weinig aantrekkelijk gemaakt. Een executeur is namelijk hoofdelijk aansprakelijk voor al de door en bij het overlijden van de erflater verschuldigde erfbelasting, tenzij de aangifte voor de erfbelasting niet door hem is gedaan (art. 47 lid 1 Invorderingswet (IW)). Het tweede lid van art. 47 IW biedt de executeur een escape. De hoofdelijke aansprakelijkheid geldt niet voor zover een executeur aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat de aanslag tot een te laag bedrag is vastgesteld of anderszins te weinig belasting is geheven. Heeft de executeur naar beste weten aangifte gedaan, dan behoort hij vrijuit te gaan. De executeur wordt dan niet lastig gevallen met aansprakelijkheid voor de door de erfrechtelijke verkrijgers verschuldigde erfbelasting. Of anders gezegd: het tweede lid van art. 47 IW bevrijdt de executeur effectief van enige professionele stress die zou kunnen worden veroorzaakt door lezing van het eerste lid.

Het feit dat de executeur de aangifte voor de erfbelasting heeft gedaan, levert overigens geen belemmering op voor een erfrechtelijke verkrijger als belastingplichtige om zo nodig zelfstandig in bezwaar en in beroep op te komen tegen de opgelegde aanslag.

De executeur zal bij het doen van aangifte veelal aangewezen zijn op de medewerking van de erfrechtelijke verkrijgers. Zij kunnen immers beschikken over informatie over (buitenlands) vermogen waarover de executeur niet beschikt. Art. 10c lid 1 Uitvoeringsbesluit SW legt de ultieme verantwoordelijkheid voor het juist invullen van de aangifte waar deze thuis hoort, te weten bij de belastingplichtige erfrechtelijke verkrijgers. Zodra de belastingplichtige ervan kennis neemt dat de aangifte erfbelasting over een bestanddeel van het voorwerp van die belasting dat in het buitenland wordt gehouden of is opgekomen niet, onjuist of onvolledig is gedaan, is hij gehouden daarvan mededeling te doen en alsnog de juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen te verstrekken. De mededeling moet worden gedaan voordat de belastingplichtige weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de inspecteur met de desbetreffende onjuistheid of onvolledigheid bekend is of zal worden. Bovendien geldt dat het niet, niet tijdig dan wel onjuist of onvolledig doen van de mededeling een strafbaar feit oplevert (art. 10c lid 3 Uitvoeringsbesluit SW). De executeur zal er dus wijs aan doen om voorafgaand aan het doen van aangifte eerst een concept van de door hem ingevulde aangifte erfbelasting aan de erfrechtelijke verkrijgers voor te leggen en te vragen of wellicht aanvullingen en/of wijzigingen nog nodig zijn. Ook op deze wijze zal de executeur zich kunnen disculperen indien onverhoopt later zou blijken dat een onjuiste aangifte is gedaan.

Normaal geldt een termijn van 12 jaar voor de bevoegdheid van de Belastingdienst tot het vaststellen van een navorderingsaanslag. Onderdeel van de zogeheten Edelweiss-bepalingen is art. 66 lid 4 SW, dat voorziet in een in tijd onbeperkte (zogezeegd eeuwigdurende) bevoegdheid tot het vaststellen van een navorderingsaanslag indien voor de erfbelasting de aangifte over een bestanddeel van het voorwerp van de belasting dat in het buitenland wordt gehouden of is opgekomen niet, onjuist of onvolledig is gedaan. Dit betekent dat de Belastingdienst nog vele tientallen jaren later kan navorderen ter zake van bijvoorbeeld buitenlandse bank- of kluistegoeden die tot een erfenis behoren.

Schenkbelasting

De *aangifte* voor de schenkbelasting moet worden gedaan binnen een door de inspecteur te stellen termijn die niet eerder verstrijkt dan twee maanden na het einde van het kalenderjaar waarin de schenking heeft plaatsgevonden (art. 46 SW). De aangifte schenkbelasting wordt behandeld door het belastingkantoor te Eindhoven.

De schenkbelasting wordt geheven van hetgeen de begiftigde verkrijgt. Aan de schenking verbonden lasten en verplichtingen, waardoor hetzij de schenker, hetzij een derde wordt gebaat, mogen van de waarde van de verkrijging worden afgetrokken (art. 5 lid 2 SW) (§ 2).

16. Belastingrente en invorderingsrente

Met betrekking tot de erfbelasting die in een belastingaanslag met een door de belastingplichtige te betalen bedrag is vastgesteld, wordt per 1 januari 2010 *belastingrente* in rekening gebracht (art. 30g lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR)). De belastingrente wordt enkelvoudig berekend en bedraagt vanaf 1 juli 2023 6%. Het tijdvak waarover de belastingrente wordt berekend, vangt 8 maanden¹⁴⁶ na het overlijden aan en eindigt op de aanslagdatum plus 6 weken (art. 30g lid 2 onder a AWR). De hoogte van de belastingrente is niet mals en zal een afdoende prikkel voor erfgenamen zijn om tijdig aangifte voor de erfbelasting te doen.

Wordt de opgelegde belastingaanslag niet op tijd voldaan, dan wordt *invorderingsrente* vanaf 1 januari 2024 van 4% in rekening gebracht.

Er is dus enig belang gemoeid met het tijdig opleggen van aanslagen door de Belastingdienst nadat een aangifte eenmaal is ingediend. De Belastingdienst is daartoe niet in staat gebleken binnen een fatsoenlijke termijn. De Belastingdienst heeft in verband met niet goed functionerende belastingssystemen besloten om deze belastingrente voor nalatenschappen die na 1 januari 2017 tot en met 31 december 2020 zijn opengevallen niet in rekening te brengen.¹⁴⁷ Omdat de Belastingdienst inmiddels weer het normale verwerkingsritme bereikt heeft, wordt de belastingrente voor overlijdens vanaf 1 januari 2021 in rekening gebracht.

Geen belastingrente is verschuldigd indien de aangifte erfbelasting binnen acht maanden is ingediend en de aanslag conform de aangifte wordt opgelegd (art. 30g lid 4 AWR). Wordt de belastingaanslag uiteindelijk vastgesteld op een van de aangifte afwijkende wijze dan mag de belastingrente vanaf 8 maanden na overlijden in rekening

¹⁴⁶ Deze termijn van 8 maanden na het overlijden is ontleend aan art. 45 lid 1 SW.

¹⁴⁷ Zie nader Besluit van 19 maart 2018, nr. 2018-25029, *Staatscourant* 2018, 17312 en Besluit van 10 december 2020, nr. 2020-26093, *Staatscourant* 2020, 63543.

worden gebracht. Belastingrente wordt niet in rekening gebracht als binnen acht maanden een voorlopige aanslag erfbelasting is aangevraagd.

Over de verschuldigde schenkbelasting wordt geen belastingrente in rekening gebracht.

17. Overdrachtsbelasting, boedelmenging en verdeling

Overdrachtsbelasting wordt op grond van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR) geheven over de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of zakelijke rechten daarop. De overdrachtsbelasting wordt berekend over de waarde van de verkrijging. De belasting wordt geheven van de verkrijger en moet op aangifte worden voldaan.

Voor woningen voor eigen gebruik bedraagt het tarief 2% over de waarde van de verkrijging (art. 14 lid 1 WBR). Voor overige verkrijgingen is het tarief 10,4% (eveneens art. 14 lid 1 WBR).¹⁴⁸ Dat betekent dat niet alleen niet-woningen (zoals bedrijfspanden), maar ook woningen die niet of slechts tijdelijk als hoofdverblijf worden gebruikt of verkrijgingen van woningen door niet-natuurlijke personen, belast worden tegen 10.4%.

De Wet op belastingen van rechtsverkeer kent bepaalde van de heffing van overdrachtsbelasting uitgezonderde erfrechtelijke en huwelijksvermogensrechtelijke verkrijgingen. Als verkrijging wordt bijvoorbeeld niet aangemerkt die krachtens:

- boedelmenging of erfrecht (art. 3 lid 1 onder a WBR); en
- verdeling van een huwelijksgemeenschap of nalatenschap, waarin de verkrijger was gerechtigd als rechtverkrijgende onder algemene titel (art. 3 lid 1 onder b WBR).

Boedelmenging - te denken valt hierbij aan het huwen in de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen, het opheffen van huwelijkse voorwaarden of het invoeren van een beperkte gemeenschap van goederen van één of meer onroerende zaken - is derhalve een van heffing van overdrachtsbelasting uitgezonderde verkrijging. Zelfs als boedelmenging zou gebeuren in het zicht van echtscheiding is geen sprake van *fraus legis* (HR 14 april 1993, *BNB* 1993/201 en 202). Aan de vooravond van de echtscheiding kunnen de huwelijkse voorwaarden worden gewijzigd, zodat een onroerende zaak in de huwelijksgemeenschap valt. Daardoor vindt boedelmenging plaats en dat leidt niet tot heffing van overdrachtsbelasting. Daarna worden de huwelijkse voorwaarden opnieuw gewijzigd, waarbij de huwelijksgemeenschap wordt opgeheven. Bij akte van verdeling kan de onroerende zaak worden toebedeeld aan de andere partner. Bij deze verkrijging is ook geen overdrachtsbelasting verschuldigd, omdat het een verdeling van een huwelijksgemeenschap betreft. Boedelmenging is dus zelfs voor één dag toegestaan voor de overdrachtsbelasting.

Een huwelijk of geregistreerd partnerschap voor één dag ter vermindering van overdrachtsbelasting is daarentegen te gortig en wordt als een fiscaal nephuwelijk gezien. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn uitspraak van 15 maart 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY0548](#), *BNB* 2013/151:

¹⁴⁸ Voor starters onder 35 jaar geldt dat ze geen overdrachtsbelasting hoeven te betalen bij aankoop van hun woning (startersvrijstelling).

“De in de Wet BRV geregelde overdrachtsbelasting heeft tot doel het belasten van de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of van rechten waaraan dergelijke zaken zijn onderworpen (artikel 2, lid 1, van de Wet BRV). De uitzondering van artikel 3, lid 1, aanhef en letter b, van de Wet BRV (hierna: de vrijstelling) strekt ertoe dat heffing van overdrachtsbelasting achterwege blijft in geval van - onder meer - een verkrijging van een onroerende zaak krachtens verdeling van een gemeenschap van goederen die is ontstaan door een huwelijk. Op grond van artikel 2, lid 6, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen geldt hetzelfde bij verkrijging van een onroerende zaak krachtens verdeling van een gemeenschap van goederen die is ontstaan door een geregistreerd partnerschap. Deze regels strekken er niet toe om aan degene die een onroerende zaak gaat verkrijgen de mogelijkheid te bieden de ter zake van die verkrijging verschuldigde overdrachtsbelasting naar believen te verijdelen. Daarom verzetten doel en strekking van artikel 2 en artikel 3, lid 1, letter b, van de Wet BRV zich tegen toepassing van de laatstbedoelde bepaling in een geval als het onderhavige, waarin een geregistreerd partnerschap naar de bedoeling van partijen is aangegaan voor een zo korte periode dat de door de wet aan dit partnerschap verbonden plichten geen reële praktische betekenis konden hebben. Hierin onderscheidt het onderhavige geval zich van de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 14 april 1993 (...) BNB 1993/201, waarin een gemeenschap van goederen ontstond tijdens het huwelijk van de betrokkenen, en er geen aanwijzing bestond dat dit huwelijk slechts was aangegaan om overdrachtsbelasting te vermijden.”

Als men maar lang genoeg gehuwd is, komen de zaken fiscaal dus anders te liggen.

Het begrip ‘verdeling’ in art. 3 lid 1 onder b WBR staat overigens gelijk aan het civielrechtelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW. Dat betekent dat van een verdeling pas sprake is als de onverdeeldheid ten aanzien van ten minste één deelgenoot (erfgenaar of echtgenoot) wordt opgeheven (ofwel dat de deelgenoot wordt ‘uitgeboedeld’).

Opvolgende verdeling

Is in eerste instantie een erfgenaar uitgeboedeld (de primaire verdeling) en wordt na een tijd een tweede erfgenaar uitgeboedeld, dan is het de vraag of bij die opvolgende verdeling nog steeds sprake is van een onbelaste verdeling van een nalatenschap (een van de heffing van overdrachtsbelasting uitgezonderde verkrijging) of van een belaste verdeling van een eenvoudige gemeenschap. Bij de opvolgende verdeling vindt een nadere verdeling plaats en wordt de onverdeeldheid definitief opgeheven. Zolang de nalatenschap onverdeeld blijft, wordt geen overdrachtsbelasting geheven. Ook de opvolgende verdeling wordt aangemerkt als een verdeling van een nalatenschap ten gevolge waarvan geen overdrachtsbelasting verschuldigd is.

Vrijgestelde verkrijging krachtens een verdeling van een eenvoudige gemeenschap

Van de overdrachtsbelasting is op grond van art. 15 lid 1 onder g WBR verder vrijgesteld de verkrijging:

“krachtens verdeling van een gemeenschap tussen samenwoners, voor zover de gemeenschap waarin de ene is gerechtigd voor ten minste 40 percent en de andere voor ten hoogste 60 percent, is ontstaan door een gezamenlijke verkrijging en de toedeling

geschiedt aan een van de verkrijgers of iemand die als rechtverkrijgende onder algemene titel van een verkrijger in het toegedeelde goed was gerechtigd”.

Ook gehuwden kunnen in deze zin samenwonen als er geen wettelijke (algehele of beperkte) huwelijksgemeenschap is, maar de woning tot een eenvoudige gemeenschap (als bedoeld in titel 3.7 BW) behoort.