

WFR 2022/29

# Een liefdesleven in het zicht van overlijden

BERNARD SCHOLS<sup>1</sup>

Het nieuwe jaar was nog maar vier dagen oud en de fiscale grenzen tussen hemel en aarde leken alweer verlegd, Hof Amsterdam 4 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:96. Oftewel 'de opinie' over de huwelijksvermogensrechtelijke *breukdelengemeenschap* moest opeens weer anders. Of toch niet? Want met alle respect voor de dienstdoende Amsterdamse raadsheren, de Hoge Raad heeft over het betreffende spectaculaire beginsel 'eerlijk zullen we alles delen, jij veel meer dan ik' (erflater 10%-langstlevende 90%), nog geen oordeel mogen geven. Ook de vingers van de A-G jeuken ongetwijfeld al. En dan de studenten. Gelukkig is er, naast de 'livestream', weer echt leven in de brouwerij. Maar ook zij krijgen in het nieuwe seizoen schenk-, erf- en overdrachtsbelasting een heel ander verhaal te horen. Wat onbelast was, is opeens weer belast. De vragen blijven hetzelfde, de antwoorden niet. De student leert door de mogelijk andere kant van het verhaal de vermeende fiscale waarheden te relativeren. Met Van Vijfeijken, *WPNR* 2020/7308, ben ik overigens van mening dat het eindoordeel van de Hoge Raad niet anders zal zijn dan de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677.

De studenten redden zich wel, maar wat te denken van de adviseurs. Die hebben aan het eind van het jaar, Hof Amsterdam 14 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3581, te horen gekregen dat ze wat de erfbelasting betreft echt alles uit het leven (of eigenlijk uit de dood) moeten halen. Als je als ongehuwde je lat-relatie niet goed regelt dan betaal je immers (aan de top) maar liefst 40% erfbelasting bij het heengaan van je geliefde. Sterker nog: het algemeen belang was volgens Vrouwe Justitia hierbij behoorlijk in het geding en dat leverde de betreffende notaris een berisping op omdat hij bij een (aanvullend) testamentje fiscaal niet alles uit de relatie van zijn cliënten had gehaald. Waar bleef immers de gouden tip van het geregistreerd partnerschap? Ik vertaal het dan ook maar meteen naar de volgende stap. Adviseer je wel of geen huwelijksvermogensrechtelijke breukdelengemeenschap op het sterfbed zolang de Hoge Raad nog niet gesproken heeft. Heb je, afgezien van het feit dat de andere, armere echtgenoot, zelfs in extremis zomaar eerder kan overlijden, iets te verliezen? Het klinkt hard, maar de aspirant-erflater heeft niet het eeuwige leven, hoewel de Hoge Raad bij dit soort belangrijke kwesties de vaart er in de regel wel inhoudt.

Iedereen heeft de casus waarschijnlijk nog wel op het netvlies, maar voor de zekerheid toch nog even kort. Mevrouw is in 2015 in wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd met erflater, met wie zij reeds 33 jaar(!) een affectieve relatie had. De echtelieden zijn in 2017 huwelijksvoorwaarden aangegaan, waarbij is overeengekomen dat erflater gerechtigd zal zijn tot 10% van de gemeenschap en de langstlevende tot 90% daarvan. Erflater is eind 2017, anderhalve maand na het passeren van de huwelijksvoorwaarden, overleden. De echtgenote is benoemd tot zijn enige erfgename. Zij heeft aangifte erfbelasting gedaan uitgaande van een verdeling van het gemeenschappelijke vermogen van 50%-50%. Bij de aangifte is de aantekening gemaakt dat in het aangifteprogramma niet is voorzien in de verdeling 10%-90%. Waar hebben we eerder van fiscaal digitaal ongemak gehoord?

In deze casus spelen drie kwesties: Is er bij deze vorm van verruimde boedelmenging sprake van een gift? Is er sprake van een door de langstlevende fictief erfrechtelijke verkrijging in de zin van art. 11 lid 2 of lid 4 SW 1956? En het hoogtepunt: Zal de Harry Potterachtige fiscale toverspreuk *fraus legis* dit bijzondere huwelijksvermogensrechtelijke estate-planningsbrouwsel onschadelijk maken? *Expelliarmus*, oftewel verban de breukdelen!

Wat de eerste vraag betreft volstaat de verwijzing naar een heel recente vindplaats van niemand minder dan de Hoge Raad over de huwelijksgemeenschap van bankrekening oftewel de man van 150 miljoen, HR 7 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:708.

<sup>1</sup> Radboud Universiteit Nijmegen / ScholsBurgerhartSchols Estate planning.



Kortom boedelmenging is geen gift, oftewel de een kan geen aanspraak maken op het huwelijksvermogen en de ander doet geen afstand daarvan. Dan de fictie aangaande verblijvingsbedingen in de zin van art. 11 lid 2 en 4 SW 1956. Ook daar is het Amsterdamse rechtscollege (te) snel mee klaar. Er is geen sprake van een *verblijvingsbeding* dus is de betreffende in art. 11 SW 1956 onder dezelfde noemer opgenomen fictie niet van toepassing. Kort door de bocht, vooral gelet op het feit dat in art. 11 lid 4 SW 1956 de algemene filosofie neergelegd is dat zodra er in huwelijkse voorwaarden meer dan de helft van de huwelijksgemeenschap aan de ander wordt gegund, het meerdere als fictieve erfrechtelijke verkrijging gezien wordt. De gedachte die dit beginsel kan beperken zijn de in dit vierde lid opgenomen belangrijke woorden: *'van het overlijden van de eerststervende afhankelijk beding'*. Hiervoor verwijs ik naar recente literatuur, zoals Van Vijfeijken in *WPNR* 2020/7308 en Actueel, *KWEP* 2021/4. Hier had het hof meer mee kunnen doen. Houd wel de tip van Van Vijfeijken, zou de Hoge Raad art. 11 lid 4 SW van toepassing achten, in het achterhoofd: 'In dat geval zouden echtelieden als de onderhavige nog een extra stap moeten zetten om art. 11 lid 4 SW te omzeilen: na het aangaan van de gemeenschap van ongelijke delen wordt deze ontbonden en verdeeld. [...] Uiteraard vóór het overlijden van de man.

Op naar de hoofdvraag. Is hier sprake van *fraus legis*? In tijden van het nieuwe fiscale normaal met heldere wetteksten (of een niet-ingrijpende wetgever) is de inderdaad door het hof gehanteerde toverspreuk mijns inziens een zwaktebod. En wel hierom.

Art. 12 SW 1956 ('180-dagen') dat in casu gekunsteld ingezet wordt om de betreffende *bevoordeling* te belasten is uitdrukkelijk alleen van toepassing als sprake is van een gift en dat was volgens het hof nu net niet het geval. Er wordt ook verwezen naar doel en strekking van art. 1 lid 7 SW 1956 terwijl daar zwaar geleund wordt op het civielrechtelijke uitgangspunt oftewel de gift van art. 7:186 lid 2 BW. Huwelijkse voorwaarden en enig erfgenaamschap worden in één adem genoemd, terwijl huwelijkse voorwaarden contractueel van aard zijn en een uiterste wil juist herroepelijk is en dus geen zekerheidje. Er hoeft voor onbelaste boedelmenging helemaal geen sprake te zijn van enigszins gelijke levens- en sterftekansen. Maar het allerbelangrijkste. Er wordt gelet op het overlijden binnen anderhalve maand ten onrechte geen vergelijking gemaakt met de casus van HR 14 april 1993, *BNB* 1993/201 (géén *fraus legis*!) waar ook op de valreep van het einde van het huwelijk gegrepen werd naar onbelaste boedelmenging met de meteen daaropvolgende geheel onbelaste verdeling voor de heffing van overdrachtsbelasting en waar aldus de Hoge Raad *'er geen aanwijzing bestond dat dit huwelijk slechts was aangegaan om overdrachtsbelasting te vermijden'*, ontleend aan HR 15 maart 2013, *ECLI:NL:HR:BY0548*, r.o. 3.3.1.

Nu er technisch uitdrukkelijk geen sprake is van een gift, werkt de breukdelengemeenschap nog steeds in het civiele recht met het oog op de legitieme portie. Door de werking tijdens leven zal de quasi-legatenregeling van art. 4:126 BW niet van toepassing zijn.

En jubelen op het sterfbed mag voorlopig ook nog wel even. We kennen het digitale waarom. Of beter: het staat gewoon in de wet, art. 12 lid 3 SW 1956. En voor de twijfelaars. De onbelaste wijziging van huwelijkse voorwaarden in HR 17 maart 1971, *BNB* 1971/94 speelde zich ook af op het sterfbed. Erflater was ernstig ziek en overleed eveneens binnen 180 dagen.