



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Uyt saecke des doots. Het belastbare feit van de erfbelasting begrepen, hervormd en toegepast

Kooiman, W.R.

Citation

Kooiman, W. R. (2016, January 13). *Uyt saecke des doots. Het belastbare feit van de erfbelasting begrepen, hervormd en toegepast*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/37266>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/37266>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/37266> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Kooiman, Willem Reynder

Title: Uyt saecke des doots. Het belastbare feit van de erfbelasting begrepen, hervormd en toegepast

Issue Date: 2016-01-13

3 *Naar een nieuw belastbaar feit*

3.1 INLEIDING

Van de wetgever mag worden verwacht dat hij geen belasting heft naar aanleiding van een willekeurig gekozen aanknopingspunt in de samenleving. Het is vereist dat hij motiveert waarom in een bepaalde situatie heffing wenselijk is. Niet zelden gebeurt dit onder het motto ‘virtus post nummos’³⁰⁷ en worden eventuele rechtsgronden ondergeschikt gemaakt aan het budgettaire belang. De noodzaak om de schatkist te vullen, noopt de wetgever nu eenmaal om niet al te principieel met belastingheffing om te gaan. Hoewel de wetgever diens gevolge niet altijd een afdoende rechtvaardiging kan geven voor een belasting, zal hij veelal wel scherp op het netvlies hebben in welke situaties de belasting moet worden geheven. Dat is immers ook noodzakelijk om voldoende belastinginkomsten binnen te krijgen.

In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat gelet op de bedoeling van de wetgever het belastbare feit voor de erfbelasting wijziging behoeft. Daarbij heb ik geconstateerd dat het beperkte juridische uitgangspunt de oorzaak is van de problematische werking van het belastbare feit. Het vertrekpunt van het nieuwe belastbare feit is dan ook dat het huidige uitgangspunt in art. 1 SW 1956 wordt verruimd. Bij de invulling van het nieuwe artikel 1 staat de bedoeling van de wetgever voorop. Daarom breng ik in dit hoofdstuk de voorwaarden in kaart waaraan een situatie volgens de wetgever moet voldoen om belastbaar te zijn. Deze voorwaarden vormen doel en strekking van het nieuwe belastbare feit.

Om tot een nieuw belastbaar feit te komen, kan echter niet worden volstaan met het achterhalen van de bedoeling van de wetgever. Het aloude adagium ‘nemo censetur ignorare legem’ verraadt reeds dat het gaat om de inhoud van de wet. De belastingplichtige wordt geacht de wet te kennen en niet de bedoeling van de wetgever. De geest van de wet moet dus voor een ieder kenbaar zijn uit de letter van de wet. “Wij moeten dus de wet zoo redigeeren, dat inderdaad er onder valt wat bedoeld wordt er onder te doen vallen”, aldus Minister van Financiën De Geer in 1926.³⁰⁸

Nu zou een eenvoudige oplossing zijn om de voorwaarden waaraan een situatie volgens de wetgever moet voldoen om belastbaar te zijn letterlijk in de Successiewet 1956 op te nemen. Een dergelijke oplossing is echter te gemakkelijk. De

307. Horatius, *Epistulae* 1,1,54.

308. *Handelingen II* 1926/27, 6, blz. 111.

problemen op het gebied van het belastbare feit van de erfbelasting worden niet enkel veroorzaakt doordat de wetgever zijn bedoeling niet consequent in de wettekst tot uitdrukking heeft gebracht. Zelfs als de situaties waarin idealiter erfbelasting moet worden geheven in een wettekst zijn vervat, kan toepassing van de wet tot allerlei problemen leiden. De wet weerspiegelt dan misschien volmaakte gelijkheid, maar kan tegelijkertijd rechtsonzekerheid en complexiteit in zich bergen. Bij de formulering van een wettekst moet ook met die elementen rekening worden gehouden. Daarom werk ik in dit hoofdstuk tevens uit hoe elke voorwaarde het best genormeerd kan worden.

De vaststelling van de bedoeling van de wetgever verloopt volgens de in par. 1.5.2 geformuleerde uitgangspunten. Daarbij is van belang dat de wetgever nergens een omschrijving geeft van 'de grondslagen van het belastbare feit'. Wel zijn in de wetsgeschiedenis uitspraken te vinden waarin de wetgever iets duidelijk maakt over de situaties waarin hij erfbelasting wenst te heffen. Ook motiveringen van de wetgever om in een bepaalde situatie juist wel of juist geen erfbelasting te willen heffen, zijn van belang.

De vertaling van de bedoeling van de wetgever in een wettelijke norm gebeurt aan de hand van de beginselen van behoorlijke wetgeving, zoals die in par. 1.5.3 in kaart zijn gebracht. Omdat de verschillende uitlatingen van de wetgever niet altijd een coherent geheel vormen, is het nodig om een consistente norm te construeren. Het uitgangspunt daarbij is het gelijkheidsbeginsel. Nu de wetgever een economisch belastbaar feit voorstaat, gaat het erom dat economisch gelijke gevallen gelijk worden behandeld. En passant wordt daarmee ook de doeltreffendheid gediend, aangezien een economisch belastbaar feit besparingsmogelijkheden voorkomt (zie bijvoorbeeld par. 1.2.6 en 1.2.7) en de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de erfbelasting vergroot. Om de materiële norm in de wettekst tot uitdrukking te brengen, zijn vaak verschillende varianten voorhanden. Deze varianten ontleen ik aan de Nederlandse literatuur alsmede rechtsvergelijkend en rechtshistorisch materiaal (zie par. 1.5.1 en par. 1.5.4). Ik beoordeel de varianten in het licht van de beginselen van behoorlijke wetgeving en verdedig de benadering die naar mijn idee het meest recht doet aan dit toetsingskader.

Voor de indeling van het hoofdstuk volg ik het uitgangspunt van het huidige belastbare feit. In de omschrijving van art. 1, eerste lid, onder 1°, SW 1956 komt een zestal voorwaarden terug:

Erfbelasting wordt geheven over (1) de waarde van (2) al wat (3) krachtens erfrecht (4) wordt verkregen (5) door het overlijden (6) van iemand die ten tijde van dat overlijden in Nederland woonde.

Deze voorwaarden worden hierna besproken. De zesde voorwaarde blijft daarbij buiten beschouwing, omdat het betrekking heeft op het woonplaatsvereiste. Zoals is toegelicht in par. 1.3.5, gaat die eis de reikwijdte van dit onderzoek te buiten. Ten aanzien van het element 'krachtens erfrecht' is reeds in hoofdstuk 2 gebleken dat deze voorwaarde beperkter is dan de bedoeling

van de wetgever. Daarom moet worden nagegaan welk verband met het vermogen van de erflater dan wel is vereist.

Per voorwaarde schets ik eerst de rechtshistorische en rechtsvergelijkende achtergrond, zodat een beter begrip ontstaat van de keuzes die de Nederlandse wetgever heeft gemaakt. Vervolgens geef ik de kernuitspraken van de wetgever weer en verwerk ik deze tot een consistente norm. Daarna vindt een toetsing plaats aan de overige beginselen van behoorlijke wetgeving en bespreek ik de ideeën die zijn af te leiden uit de Nederlandse literatuur, rechtshistorisch en rechtsvergelijkend materiaal. Ten slotte poneer ik mijn eigen voorstel om de betreffende voorwaarde te regelen. In par. 3.2 ga ik in op de verkrijging als uitgangspunt van de erfbelasting ('wordt verkregen'). Daarna bespreek ik in par. 3.3 het voorwerp van de verkrijging ('al wat'), in par. 3.4 de oorzaak van de verkrijging ('door het overlijden'), in par. 3.5 de afkomst van de verkrijging ('krachtens erfrecht') en in par. 3.6 het te belasten voordeel ter zake van de verkrijging ('waarde'). De formulering van een wettekst die voldoet aan de eisen van eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid staat in par. 3.7 centraal. Tot slot vat ik de belangrijkste conclusies samen (par. 3.8).

3.2 VERKRIJGING

3.2.1 Boedel- of verkrijgingsbelasting?

Eén van de meest gemaakte onderscheidingen binnen het scala aan belastingen ter zake van het overlijden is het onderscheid tussen boedelbelastingen en verkrijgingsbelastingen.³⁰⁹ Art. 2 OESO-Successiemodelverdrag 1982 bestrijkt "taxes on estates and inheritances". In een rapport van de International Fiscal Association wordt 'inheritance tax' omschreven als een belasting "on the heirs, who become liable by virtue of their enrichment on the portion of the estate which is received individually regardless of the overall magnitude of the estate". Onder 'estate tax' wordt verstaan de belasting "that is levied on the estate, which becomes a taxable person by virtue of the mortis causa transfer".³¹⁰

In de huidige wet wordt in art. 36 SW 1956 de verkrijger aangewezen als belastingplichtige. Ook in het verleden is in Nederland de erfbelasting van de verkrijger geheven. Dat was reeds het geval bij de heffingen ten tijde van de Republiek. Ook de Successiewet 1817 betrof de verkrijger in de heffing (art. 2 Successiewet 1817). Gesproken werd van een belasting "van datgeen, hetwelk men door en ter zake van het overlijden van een derde bekomt".³¹¹ Daarnaast werd de nadruk gelegd op de omvang van de verkrijging en de positie van de verkrijger. De heffingsgrondslag bedroeg de waarde die door iedere verkrijger, na aftrek van zijn aandeel in de schulden, werd geërfd of verkregen (art. 18, eerste lid, Successiewet

309. Zie bijvoorbeeld H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, *De Nederlandse successiewetgeving*, Deventer: Kluwer 1998, blz. 55-56.

310. G. Maisto, 'General Report', in: *Cahiers de droit fiscal international: Death as a taxable event and its international ramifications* (Vol. 95b), Deventer: Kluwer 2010, blz. 28.

311. *Kamerstukken II 1816/17*, XVI, nr. 3, blz. 248.

1817). Ook de hoogte van de tarieven was afhankelijk van de relatie tussen de verkrijger en de erflater (art. 17 Successiewet 1817).

Dit neemt niet weg dat in de 19^{de} eeuw ook aan de omvang van de nalatenschap belang werd toegekend.³¹² In 1817 werd als uitgangspunt van de nieuwe wet gekozen dat de erfbelasting werd geheven van hetgeen werd geërfd of verkregen “in de boedel” van de erflater (art. 1, eerste lid, Successiewet 1817). De Ordonnantie van Gogel stelde zelfs voorop dat de belasting betaald moest worden “van het Saldo of zuiver bedragen van elke Nalatenschap” (art. 1 Ordonnantie van 4 oktober 1805). Bovendien is in hoofdstuk 2 reeds uiteengezet dat een ontwikkeling waarneembaar is van rechtsgronden die de nadruk leggen op het nagelaten vermogen (zie par. 2.3.2) naar rechtsgronden die zich toespitsen op de verrijking van de verkrijger (zie par. 2.4.1). Hoewel in Nederland strikt genomen nooit sprake is geweest van een ‘estate tax’, had de erfbelasting in de 19^{de} eeuw dus wel een boedelkarakter. Zo bezien, is ook te begrijpen dat in de literatuur veelvuldig wordt opgemerkt dat de Nederlandse erfbelasting van oorsprong een boedelbelasting is.³¹³

3.2.2 Verrijking staat centraal

Vanaf de 20^{ste} eeuw is het boedelperspectief van de erfbelasting verschoven naar een verkrijgersperspectief. In de wetsgeschiedenis is meermaals bevestigd dat dit uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever is.

In 1915 rees de vraag of het wenselijk is om de tariefprogressie te relateren aan de omvang van de nalatenschap, in plaats van aan het bedrag van ieders verkrijging. De regering merkte op dat een dergelijke wijziging de erfbelasting van karakter doet veranderen. Het wordt dan een belasting van de nalatenschap in plaats van een belasting van de verkrijgingen uit de nalatenschap. Een dergelijke nalatenschapsbelasting achtte de regering onwenselijk.³¹⁴ Volgens de minister was dat namelijk strijdig met de heffing naar draagkracht. De draagkracht moet niet worden afgemeten aan het gehele bedrag dat vererft, maar aan wat ieder uit de nalatenschap verkrijgt. Aanneming van het amendement zou dan ook het bestaande stelsel in de war sturen.³¹⁵ Een ruime meerderheid van de Tweede Kamer sloot zich hierbij aan.³¹⁶ Een amendement op grond waarvan het tarief deels werd gerelateerd aan de omvang van de nalatenschap³¹⁷ werd met 49 tegen 9 stemmen verworpen.³¹⁸

312. Onder de erfbelasting in de Republiek speelde de omvang van de boedel geen rol. Zie bijvoorbeeld art. 1 van de Ordonnantie van 20 oktober 1716 van Holland en West-Friesland dat volledig is geformuleerd vanuit het perspectief van de verkrijger (Ordonnantie van 20 oktober 1716, *Groot-Placaetboek V*, 's Gravenhage 1725, blz. 117).

313. Zie onder andere: R.T.G. Verstraaten, *De Nederlandse successiebelastingen*, Arnhem: Gouda Quint 1999, blz. 19; F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, ‘Internationale inspiratie voor een nieuwe Successiewet’, *WFR* 2008/592, par. 3.3; C.J.M. Martens en F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, blz. 15-16.

314. *Kamerstukken II* 1915/16, 198, nr. 3, blz. 21.

315. *Handelingen II* 1915/16, 91, blz. 2416-2417.

316. *Handelingen II* 1915/16, 91, blz. 2420.

317. *Kamerstukken II* 1915/16, 210, nr. 13.

318. *Handelingen II* 1915/16, 92, blz. 2423-2424.

Bij de invoering van de Successiewet 1956 merkte de regering op dat de heffing van erfbelasting zich richt naar hetgeen uiteindelijk als gevolg van de erfrechtelijke overgang wordt verkregen.³¹⁹ In lijn hiermee kwalificeerde de staatssecretaris de erfbelasting als een belasting op de verkrijging van de erfgenenamen.³²⁰

“De geachte afgevaardigde vindt het ook niet consequent, dat het successierecht, dat in wezen een belasting is op de verkrijging van de erfgenenamen, toch gebonden is aan de laatste woonplaats van de erflater. Dat dit niet geheel consequent is, ben ik tot op zekere hoogte met de geachte afgevaardigde eens. Inderdaad, maar men moet onderscheid maken tussen de ratio, de grond, waarop de heffing van de belasting berust — dit is dus inderdaad: druk uitoefenen op de verkrijgingen —, en de praktische controlemogelijkheden. Deze praktische overwegingen dwingen ons, ons alleen te bemoeien met erfenissen, die in Nederland openvallen, want wij hebben geen enkele controlemogelijkheid met betrekking tot erfenissen, die in het buitenland openvallen. Dit stelsel hebben praktisch alle landen. Zij beperken zich tot de boedels, die in die landen openvallen. Trouwens, het is ook niet per se zo, dat een verkrijgingsbelasting het domicilie van de verkrijger tot criterium moet maken.”

Dat de bedoeling van de wetgever is om druk uit te oefenen op de verkrijgingen, neemt dus niet weg dat de erfbelasting aanknoopt bij de woonplaats van de erflater en niet bij de woonplaats van de verkrijger. Deze keuze heeft de wetgever echter gemaakt om internationaal niet uit de pas te lopen. Bovendien wees de regering tijdens de parlementaire behandeling op de praktische moeilijkheden van een dergelijk stelsel. In elk geval lag er geen principiële keuze aan ten grondslag.³²¹

Bij de invoering van de Successiewet 1956 kwam verder de vraag op of het in het algemeen wel juist is om bij snel op elkaar volgende overgangen krachtens erfrecht telkens de volle erfbelasting te heffen. Een aantal Kamerleden zag in de erfbelasting niet een belasting op de verkrijging, dus op de vermeerdering van draagkracht, maar op de overgang door erfrecht.³²² Dit uitgangspunt werd door de regering echter verworpen.³²³ Weliswaar vindt door de vererving een overgang van vermogen plaats, maar voor de vraag op welke wijze belasting wordt geheven richt de wet zich toch vooral op de persoon en de verdere omstandigheden van de verkrijgers.³²⁴ Om diezelfde reden voelde de minister ook niets voor het systeem om bij de belasting van de erfgenenamen rekening te houden met de ‘ouderdom’ van de vermogens.³²⁵

319. *Kamerstukken II* 1948, 915, nr. 3, blz. 13.

320. *Handelingen II* 1955/56, 59, blz. 821.

321. *Kamerstukken II* 1953/54, 915, nr. 5, blz. 10. Ook bij de invoering van de schenkbelasting in 1917 noemde de regering het gebrek aan controle als praktisch bezwaar om de woonplaats van de verkrijger als uitgangspunt te nemen: *Kamerstukken II* 1915/16, 210, nr. 3, blz. 14.

322. *Kamerstukken II* 1949/50, 915, nr. 4, blz. 34.

323. Bij de wijziging van de Successiewet in 1917 had de regering reeds opgemerkt dat het praktisch onmogelijk is om in het tarief rekening te houden met het geval dat hetzelfde vermogen binnen korte tijd herhaaldelijk door belasting wordt getroffen: *Kamerstukken II* 1915/16, 210, nr. 7, blz. 72.

324. *Kamerstukken II* 1953/54, 915, nr. 5, blz. 6.

325. *Handelingen II* 1955/56, 52, blz. 680.

Ook in 1980 en 1982 wees de regering een wettelijke regeling ter voorkoming van cumulatie van erfbelasting bij snel opeenvolgende verkrijgingen af.³²⁶ Bij de eerstgenoemde wijziging gaf de staatssecretaris tevens aan dat een bij amendement voorgestelde boedelvrijstelling niet past in het verkrijgingsstelsel van de wet.³²⁷ In 2009 is wel een wettelijke regeling getroffen ter voorkoming van cumulatie van belasting bij een tweede vererving binnen 30 dagen.³²⁸ Bij dezelfde wijziging werd echter benadrukt dat de erfbelasting een verkrijgingsbelasting is en geen boedelbelasting.³²⁹

“Anders dan deze leden zie ik de schenk- en erfbelasting niet als een “boedelbelasting” maar als een verkrijgersbelasting. Dat de woonplaats van de erf- later alsmede de omvang van zijn nalatenschap een rol spelen bij het vaststellen van het belastbare feit en de grootte van de verkrijging door de erfgenaam, doet daar niet aan af. Deze aanknopingspunten zijn op praktische gronden vanwege de uitvoerbaarheid gekozen. In de literatuur, maar ook in de wetsgeschiedenis, word ik in de opvatting gesteund dat de schenk- en erfbelasting verkrijgersbelastingen zijn met, uit praktische motieven vanwege de uitvoerbaarheid, enkele kenmerken van een boedelbelasting.”

Deze redenering ligt in lijn met hetgeen bij de invoering van de Successiewet 1956 werd opgemerkt. Principieel kiest de wetgever voor een verkrijgingsbelasting, maar omwille van de uitvoerbaarheid is het aanknopingspunt van de heffing anders. In een later stadium van de parlementaire behandeling benadrukte de staatssecretaris het karakter van de heffing:³³⁰

“Om dit algemene blokje af te ronden, maak ik twee opmerkingen, allereerst over de boedel- versus de verkrijgingsbelasting. Daarover is wat onduidelijkheid. De schenk- en erfbelasting zoals die hier ligt, is een verkrijgingsbelasting. In nagenoeg alle aspecten wordt aangesloten bij de verkrijging. De belasting wordt geheven bij de verkrijger. De tarieven en de vrijstelling worden toegepast per verkrijging en de hoogte van de tarieven en de vrijstelling is afhankelijk van de relatie van de verkrijger tot de overledene. Het aansluiten bij de persoon van de verkrijger past ook bij het uitgangspunt dat de belasting geheven wordt vanwege de draagkrachtvermeerdering van de verkrijger.”

In deze passage komt ook de samenhang naar voren tussen de typering van de erfbelasting als verkrijgingsbelasting en de rechtsgronden van de belasting. In hoofdstuk 2 is gebleken dat in de loop van de 20^{ste} eeuw door de wetgever rechtsgronden zijn aangevoerd die zich richten op de positie van de verkrijger en diens verrijking. Daarbinnen past het ook de verkrijging te belasten. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dus dat het de bedoeling van de wetgever is om erfbelasting te heffen over bepaalde verkrijgingen en dat de belasting zich toespitst op de positie van de verkrijger. Niet het nagelaten vermogen noch de overgang ervan, maar de verkrijging wordt in de heffing betrokken. Met deze

326. *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, nr. 7, blz. 31, *Kamerstukken II* 1981/82, 16 016, nr. 10, blz. 15, en *Kamerstukken II* 1981/82, 17 041, nr. 6, blz. 15.

327. *Handelingen II* 1980/81, 10, blz. 477.

328. Wet van 17 december 2009, *Stb.* 2009, 564.

329. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 4-5. Zie ook: *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 38, blz. 6, en *Handelingen I* 2009/10, 13, blz. 452.

330. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 40, blz. 28.

constatering is echter niet alles gezegd. Dat de verkrijger wordt belast voor zijn verkrijging wil niet zeggen dat het vermogen van de erflater en de overgang van dat vermogen niet relevant zijn. Om de verkrijger voor zijn verkrijging te kunnen belasten, is een van de vereisten dat de verkrijging aan de erflater kan worden toegerekend. Naast het verkrijgersperspectief kent de erfbelasting ook altijd een boedelperspectief. In par. 3.5.1 wordt dit element nader besproken.

Daarnaast is van belang dat de erfbelasting een tijdstipbelasting is. Bij de invoering van de Successiewet 1956 sprak de regering van het beginsel dat latere gebeurtenissen in het algemeen geen invloed hebben op de verschuldigdheid van erfbelasting.³³¹ De heffing richt zich op hetgeen is verkregen op het tijdstip van de verkrijging. Dit uitgangspunt werd in 1985 door de wetgever bevestigd.³³² In 2009 merkte de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling eveneens op dat de erf- en schenkbelasting tijdstipbelastingen zijn.³³³ Dit tijdstipkarakter is van belang om de overige voorwaarden scherp te kunnen afbakenen.³³⁴ Het tijdstip van verkrijging hoeft overigens niet per se het tijdstip van overlijden te zijn, hoewel het tijdstip van overlijden wel bepalend is voor wat wel en niet onder het bereik van de erfbelasting kan worden geschaard (zie daarover verder par. 3.6.1).

3.3 GOEDEREN

3.3.1 Voorwerp van de verkrijging

Nadat in 1598 in Holland en West-Friesland de erfbelasting was ingevoerd, werd het voorwerp van de heffing in fases uitgebreid (zie par. 2.2.2.1). Was aanvankelijk alleen de verkrijging van onroerende zaken en bepaalde rechten daarop belast, in de daaropvolgende decennia volgde heffing ter zake van verkregen erfpachten, tienden, obligaties en andere schuldvorderingen, aandelen in de Oost-Indische Compagnie en lijfrentes. In Zeeland gold een ander systeem en werden alle verkregen goederen, zowel onroerend als roerend, aan heffing onderworpen. Dat uitgangspunt werd ook gehanteerd in de Ordonnantie van Gogel en de latere Successiewet 1817. Beide regelingen hadden betrekking op alle verkregen goederen, ongeacht de aard van het goed.

Dit algemene toepassingsbereik van de erfbelasting geldt hier te lande nog steeds. In art. 1, eerste lid, SW 1956 is bepaald dat 'al wat' krachtens erfrecht wordt verkregen aan de belastingheffing is onderworpen. Ook in andere staten is toepassing van de erfbelasting op het gehele (verkregen) vermogen gemeengoed. Uit de in par. 3.2 gegeven definities van een 'inheritance tax' en 'estate tax' vloeit ook geen beperking voort tot bepaalde vermogensbestanddelen. Wel wordt in het reeds gememoreerde IFA-rapport melding gemaakt van talrijke objectieve

331. *Kamerstukken II* 1948, 915, nr. 3, blz. 27.

332. *Kamerstukken II* 1981, 17 041, C, blz. 8, en *Handelingen II* 1983/84, 92, blz. 5385.

333. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 38, blz. 3.

334. Het tijdstipkarakter is minder vanzelfsprekend dan het lijkt. In het Zwitserse kanton Aargau sluit de heffing van erfbelasting aan bij hetgeen uiteindelijk na de verdeling wordt verkregen: par. 143 Steuergesetz, Kanton Aargau, Wet van 15 december 1998, 651.100.

vrijstellingen die in de erfbelastingen van de verschillende landen voorkomen. Deze zijn echter gebaseerd op “several different policy reasons” en doen dus geen afbreuk aan het algemene uitgangspunt.³³⁵ Dat geldt ook voor Nederland, alwaar de objectieve vrijstelling voor ondernemingsvermogen (hoofdstuk IIIa van de wet) niet afdoet aan het uitgangspunt dat “verkrijgingen van vermogensbestanddelen met waarde in het economische verkeer (...) als gelijke gevallen worden aangemerkt, ongeacht of deze vermogensbestanddelen al dan niet als ondernemingsvermogen zijn aan te merken”.³³⁶ Zelfs een vrijstelling voor de verkregen inboedel is in de wetsgeschiedenis afgewezen met het oog op het algemene toepassingsbereik van de erfbelasting.³³⁷

Het algemene karakter van de erfbelasting ligt ook in lijn met de rechtsgrond. Binnen een belasting die ziet op de overgang van goederen kan het logisch zijn om onderscheid te maken naar gelang de aard van een goed. Onroerende zaken nemen in het rechtsverkeer een belangrijke plaats in, zodat de door de staat verleende bescherming een hogere belasting kan rechtvaardigen. Dit principe is thans nog te zien in de overdrachtsbelasting, die alleen op onroerende zaken ziet. Binnen de sinds de 20^{ste} eeuw door de wetgever gehuldigde rechtsgronden is echter geen plaats om slechts bepaalde goederen aan de heffing te onderwerpen. De draagkrachtvermeerdering van de verkrijger kan even goed worden veroorzaakt door de verkrijging van roerende zaken als door de verkrijging van onroerende zaken. Ook de andere rechtsgronden, zoals het buitenkansbeginsel, spitsen zich toe op de verkrijging van de verkrijger.

3.3.2 Recht op inkomen?

De belasting ziet dus op ‘al wat’ wordt verkregen. Dit ruime uitgangspunt brengt met zich dat ook een recht op toekomstig inkomen aan de heffing van erfbelasting is onderworpen. Hierover is geregeld discussie geweest vanwege de mogelijke samenloop met de heffing van inkomstenbelasting. Toch heeft de wetgever meer dan eens duidelijk gemaakt dat de erfbelasting zowel op vermogen als op inkomensrechten ziet.

Toen in 1917 de schenkbelasting werd ingevoerd, pleitte een aantal Kamerleden ervoor om de schenkbelasting te beperken tot schenkingen waarmee erfbelasting wordt ontgaan. Daarvan is volgens hen alleen sprake als de schenkingen worden gedaan uit het vermogen en niet als wordt geschonken van het inkomen. Dit onderscheid werd door andere Kamerleden en de minister afgewezen. Een amendement waarin deze gedachte is vervat, werd dan ook verworpen.³³⁸

Bij de invoering van de Successiewet 1956 stelde de wetgever aanvankelijk voor om een vrijstelling op te nemen voor de situatie dat ten laste van de verkrijger

335. G. Maisto, ‘General Report’, in: *Cahiers de droit fiscal international: Death as a taxable event and its international ramifications* (Vol. 95b), Deventer: Kluwer 2010, blz. 30.

336. HR 22 november 2013, nr. 13/01622, BNB 2014/30, r.o. 3.3.2.

337. *Kamerstukken II* 1877/78, 126, nr. 5, blz. 13.

338. *Handelingen II* 1915/16, 92, blz. 2446-2451.

inkomstenbelasting wordt geheven over de verkrijging.³³⁹ In dat geval achtte de minister het wenselijk dat de dubbele heffing ongedaan wordt gemaakt. Bij nota van wijziging werd de samenloopvrijstelling geschrapt. De minister achtte de vrijstelling vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en in het kader van de vereenvoudigingsgedachte ongewenst.³⁴⁰ Daarom werd voor dergelijke gevallen een vrijstelling van inkomstenbelasting opgenomen.³⁴¹ Wel werd de vrijstelling gehandhaafd voor lopende termijnen van inkomsten, omdat voor die gevallen de vrijstelling wel leidt tot vereenvoudiging.³⁴²

Vanuit de Kamer werd geopperd om ook rechten op periodieke uitkeringen (stamrechten) vrij te stellen van erfbelasting, nu de daaruit voortkomende periodieke uitkeringen eveneens zijn belast met inkomstenbelasting.³⁴³ De minister bracht hiertegen in dat het object van de erfbelasting het stamrecht is, terwijl het object voor de inkomstenbelasting de termijnen zijn. Daarnaast zou een dergelijke vrijstelling afwijken van het beginsel dat erfbelasting wordt geheven over de waarde van alle verkregen vermogensbestanddelen. Tijdens de plenaire behandeling betoogde Hofstra dat de erfbelasting alleen het reële vermogen dat overgaat, moet treffen. Heffing over gekapitaliseerd toekomstig inkomen wijst hij af, omdat lijfrente en pensioen bij de verkrijger aan zware inkomstenbelasting zijn onderworpen, terwijl over kapitaal slechts de bescheiden vermogensbelasting is verschuldigd.³⁴⁴ Het is naar zijn mening een gezond uitgangspunt om naar een regeling te streven, die vermijdt dat dezelfde bedragen zowel door de erfbelasting als door de inkomstenbelasting worden getroffen. De uitkomst van het debat was dat voor lijfrente en pensioen andere, hogere, vrijstellingen gingen gelden.³⁴⁵ Het beginsel dat de erfbelasting ziet op de waarde van alle verkregen vermogensbestanddelen, ook stamrechten, werd echter gehandhaafd.

Tijdens de parlementaire behandeling in 1981 ging de regering opnieuw in op de samenloop tussen erfbelasting en inkomstenbelasting. Daarbij sloot zij zich aan bij de afweging die bij de totstandkoming van de Successiewet 1956 was gemaakt:³⁴⁶

“Met betrekking tot de complexe materie van samenloop van successierecht en inkomstenbelasting merken wij op dat deze bij de parlementaire behandeling van de Successiewet 1956 uitgebreid aan de orde is geweest. Bij die gelegenheid is de vraag in overweging geweest of het uit een oogpunt van rechtszekerheid en in het kader van de vereenvoudigingsgedachte aanbeveling verdiende te streven naar een algemene vrijstelling ter voorkoming van dubbele heffing van successierecht en inkomstenbelasting. Die vraag is toen ontkennend beantwoord. Wij menen dat er thans onvoldoende aanleiding is om op deze afweging terug te komen, ook al omdat de toen naar voren gebrachte bezwaren van een algemene vrijstelling nog steeds onverkort gelden.”

339. Art. 32, ten 10°, van het ontwerp van wet: *Kamerstukken II 1948*, 915, nr. 2, blz. 5.

340. *Kamerstukken II 1953/54*, 915, nr. 5, blz. 4.

341. *Kamerstukken II 1953/54*, 915, nr. 6, blz. 8.

342. *Kamerstukken II 1954/55*, 915, nr. 10, blz. 6-7, en *Handelingen II 1955/56*, 60, blz. 862-863.

343. *Kamerstukken II 1949/50*, 915, nr. 4, blz. 33.

344. *Handelingen II 1955/56*, 52, blz. 682.

345. *Handelingen II 1955/56*, 60, blz. 863-865.

346. *Kamerstukken II 1981/82*, 17 041, nr. 6, blz. 12.

Daarnaast wees de regering op de mogelijkheid die sinds 1981 in de wet is opgenomen om de latente inkomstenbelasting in mindering te brengen op de waarde van het vermogen.³⁴⁷ Tevens werd in deze periode de ‘sluisgedachte’ naar voren gebracht:³⁴⁸

“Is het vermogen aangegroeid door middel van bespaard inkomen (bij voorbeeld vergoeding voor verrichte arbeid of interest), dan is over die besparing inkomstenbelasting betaald. Het komt ons redelijk voor om, wanneer vermogen aangroeit door een erfrechtelijke verkrijging, ook deze aangroei de sluis van een belasting te laten passeren.”

Binnen de sluisgedachte kan het niet anders dan dat ook een recht op toekomstig inkomen wordt belast met erfbelasting voor de waarde op het tijdstip van de verkrijging. Het betreffende vermogensrecht komt vervolgens voor die waarde het vermogen van de belastingplichtige binnen, waarna fluctuaties worden belast met inkomstenbelasting. Om dubbele heffing te voorkomen, is dus wel vereist dat de verkrijger voor de heffing van inkomstenbelasting een verkrijgingsprijs mag hanteren die gelijk is aan de waarde waarover hij erfbelasting heeft betaald. Binnen de winstsfeer en de aanmerkelijkbelangregeling wordt een dergelijke step-up ook verleend. Voor bepaalde periodieke uitkeringen, zoals pensioeninkomen, kan gelden dat de uitkeringen integraal in box 1 worden belast. Die heffing hangt dan echter samen met de gefaciliteerde opbouw van het inkomensrecht, die eerder heeft plaatsgevonden. In wezen wordt een latente belastingschuld van de erflater voldaan. Van dubbele heffing over de draagkrachtvermeerdering van de verkrijger is geen sprake.

Dijkstra meent dat samenloop met de inkomstenbelasting zich wel voordoet, als in het kader van de vererving van een IB-onderneming of aanmerkelijkbelangaandelen de inkomstenbelastingclaim wordt doorgeschoven naar de verkrijger.³⁴⁹ Hij stelt voor om dergelijke vermogensbestanddelen vrij te stellen van erfbelasting voor het bedrag van de betreffende claim. Volgens Dijkstra is heffing in dergelijke situaties niet terecht, omdat de draagkrachtvermeerdering ook met inkomstenbelasting wordt getroffen. Dat is echter een onjuiste voorstelling van zaken. De doorschuiffaciliteiten voorzien er in dat over de draagkrachtvermeerdering van de erflater niet direct hoeft te worden afgerekend teneinde de continuïteit van de onderneming niet in gevaar te brengen.³⁵⁰ De erfbelasting treft echter de draagkrachtvermeerdering van de verkrijger en die is gelijk aan de waarde in het economische verkeer van de verkrijging. Van Vijfeijken merkt terecht op dat als geen erfbelasting wordt geheven, doorschuiving meebrengt dat de draagkrachtvermeerdering van de erflater bij de erfgenaam wordt afgerekend, maar diens draagkrachtvermeerdering definitief buiten de heffing blijft.³⁵¹ Dat de verkrijger de belastingclaim van de erflater overneemt,

347. Wet van 17 december 1980, *Stb.* 1980, 686.

348. *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, nr. 3, blz. 17.

349. C.G. Dijkstra, ‘Dubbele belasting door samenloop van inkomsten- en successiebelasting?’, *WPNR* (2008) 6757, blz. 447-449.

350. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 401, nr. 7, blz. 21-24.

351. I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘Contouren voor een nieuwe Successiewet’, *WPNR* (2004) 6576, par. 3.3.

heeft slechts invloed op de waardering, hetgeen ook terecht in art. 20, vijfde en zesde lid, SW 1956 is geregeld.

3.3.3 Verrijking van goederen

De erfbelasting ziet dus op 'al wat' wordt verkregen. Het begrip 'al wat' is nogal vaag. Daarom kan beter worden aangesloten bij de definitie van het begrip 'goed' in het civiele recht. De heffing van erfbelasting bevindt zich immers in de sfeer van het vermogensrecht.³⁵² Het ligt dan ook in de rede dat de belasting met betrekking tot het voorwerp van de verkrijging aansluiting zoekt bij het vermogensrecht. In de literatuur wordt bij de beschrijving van het voorwerp van de erfbelasting eveneens het civielrechtelijke begrip 'goederen' tot uitgangspunt genomen.³⁵³ Op deze manier sluit het belastbare feit ook aan bij aanverwante wetgeving, hetgeen in overeenstemming is met het beginsel van onderlinge afstemming.

Onder goederen worden zowel zaken als vermogensrechten verstaan (art. 3:1 BW). Zaken zijn voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (art. 3:2 BW). De wettelijke omschrijving van vermogensrechten is veel ruimer. Het gaat om rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel (art. 3:6 BW). Onder vermogensrechten vallen bijvoorbeeld ook vergunningen en andere aan het publiekrecht ontleende bevoegdheden die een zekere geldswaarde vertegenwoordigen. Verder kan worden gedacht aan wilsrechten waaraan geldelijke waarde toekomt. Goodwill kan naar de heersende mening niet als een vermogensrecht worden aangemerkt, maar heeft wel invloed op de waardering van de betreffende onderneming. Goodwill is vermogensrechtelijk dus wel relevant.³⁵⁴

Vanwege het zeer ruime begrip 'vermogensrechten' laat het zich moeilijk denken dat nog geen vermogensrecht is verkregen, maar al wel heffing van erfbelasting zou moeten plaatsvinden. Van een verkregen waarde kan dan immers nog geen sprake zijn. Schuttevâer en Zwemmer nemen ook het civielrechtelijke vermogensbegrip tot uitgangspunt en constateren vervolgens dat er fiscaalrechtelijke beperkingen bestaan met betrekking tot de waarde en het moment van de verkrijging.³⁵⁵ In fiscalibus komt het te belasten voordeel inderdaad niet altijd op hetzelfde tijdstip op als de verkrijging van het goed. Hierbij gaat het echter altijd om extra voorwaarden die de belastbaarheid uit- of afstellen.

352. Vgl. *Handelingen II* 1955/56, 52, blz. 684.

353. R.T.G. Verstraaten, *De Nederlandse successiebelastingen*, Arnhem: Gouda Quint 1999, blz. 31, en C.J.M. Martens en F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, blz. 30.

354. Zie voor een overzicht: S.E. Bartels en A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, blz. 1-8.

355. H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, *De Nederlandse successiewetgeving*, Deventer: Kluwer 1998, blz. 51.

Er is dan ook eerder sprake van de verkrijging van een goed dan van een belaste verkrijging voor de heffing van erfbelasting. Daarmee geeft aansluiting bij het begrip goed in de zin van art. 3:1 BW geen problemen. De beperkingen die fiscaal op dit vermogensbegrip worden aangebracht, worden in par. 3.6 uitgewerkt. Daar bespreek ik ook nader de samenloop met de inkomstenbelasting. Voor zover de erfbelasting een ander vermogensbegrip hanteert dan de inkomstenbelasting, kan dit immers effect hebben op die samenloop.

3.4 TEN GEVOLGE VAN OVERLIJDEN

3.4.1 Uyt saecke des doots

Reeds in 1598 werd aan de heffing van erfbelasting in de landen Holland en West-Friesland de voorwaarde verbonden dat het een verkrijging betrof “uyt saecke des doots”.³⁵⁶ Heden ten dage spreekt art. 1, eerste lid, onder 1°, SW 1956 eveneens van een verkrijging “door het overlijden”.³⁵⁷ Internationaal wordt het verband met overlijden eveneens als wezenskenmerk van een erfbelasting gezien. In art. 2 OESO-Successiemodelverdrag 1982 worden als “taxes on estates and inheritances” aangemerkt “taxes imposed by reason of death in the form of taxes on the corpus of the estate, of taxes on inheritances, of transfer duties, or of taxes on donationes mortis causa”. Hiervan worden de schenkbelastingen onderscheiden, die worden omschreven als “taxes imposed on transfers inter vivos only because such transfers are made for no, or less than full, consideration”. Opvallend is dat in deze omschrijvingen een strikt onderscheid wordt gemaakt tussen schenkingen inter vivos en schenkingen mortis causa.

Hoewel het derhalve vanzelfsprekend lijkt om bij de heffing van erfbelasting als voorwaarde te stellen dat de verkrijgingen hun oorzaak vinden in het overlijden, hoeft dat niet het geval te zijn. In 1716 werden in Holland en West-Friesland ook de “gifte onder de Levende” onder het belastbare feit voor de erfbelasting gebracht.³⁵⁸ En anders dan de definities uit het OESO-Successiemodelverdrag 1982 doen vermoeden, worden in sommige landen schenkingen tijdens leven enkel belast met erfbelasting. Meestal wordt een termijn gesteld van een aantal jaren tot het tijdstip van overlijden. Schenkingen die binnen die termijn worden gedaan, worden belast met erfbelasting, hoewel dergelijke schenkingen niet noodzakelijkerwijs in verband staan met het overlijden. Zo kent het Verenigde Koninkrijk, waar in principe een transfer tax geldt bij overlijden, een termijn van zeven jaar.³⁵⁹ België gaat uit van drie jaar en voor bepaalde goederen van zeven jaar.³⁶⁰ Ook in België bestaat geen schenkbelasting en kunnen schenkingen tijdens leven alleen worden onderworpen aan een

356. Art. 3 Ordonnantie van 22 december 1598, *Groot-Placaetboek I*, 's Gravenhage 1658, blz. 1954-1955.

357. Gesteld kan worden dat de zinsnede ‘door het overlijden’ onderdeel is van het woonplaatsvereiste, zodat daarin geen zelfstandige voorwaarde kan worden gelezen. Mocht dat al het geval zijn, dan blijkt uit de voorwaarde ‘krachtens erfrecht’ reeds dat het overlijden oorzaak van de verkrijging moet zijn.

358. Art. 1 Ordonnantie van 20 oktober 1716, *Groot-Placaetboek V*, 's Gravenhage 1725, blz. 1117.

359. Section 3A, par. 4, Inheritance Tax Act 1984, Wet van 31 juli 1984, Chapter 51.

360. Art. 7 Wetboek der Successierechten, Wet van 31 maart 1936, *Belgisch Staatsblad* 1936, 2403, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 6 december 2013, *Belgisch Staatsblad* 2013, 1543.

registratierecht. In het Zwitserse kanton Luzern wordt de afwezigheid van een schenkbelasting opgevangen met een samenteltermijn van vijf jaar.³⁶¹

Er zijn dus grofweg twee systemen denkbaar om schenkingen tijdens leven in de heffing te betrekken. In theorie kunnen deze systemen als volgt worden onderscheiden:

1. Schenkingen tijdens leven worden alleen belast indien daarmee erfbelasting wordt ontgaan. Dit systeem gaat ervan uit dat het niet wenselijk is om deze schenkingen eo ipso in de heffing te betrekken. Voor de heffing van erfbelasting daarentegen is wel een rechtsgrond. Om te voorkomen dat de grondslag van deze heffing door het doen van schenkingen tijdens leven wordt uitgehold, worden deze schenkingen onder omstandigheden met erfbelasting belast. Er kunnen allerlei redenen zijn om wel erfbelasting te willen heffen, maar de heffing van een afzonderlijke schenkbelasting onwenselijk te vinden. Het meest principiële bezwaar is dat een schenking volledig in de privésfeer plaatsvindt en dat belastingheffing daarom een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op de vrijheid van een ieder om tijdens zijn leven over zijn vermogen te beschikken. Dit is anders bij een vererving, omdat de staat de overgang krachtens erfrecht reguleert. Ook kan worden gesteld dat vrijgevigheid een deugd is, die niet door belastingheffing ontmoedigd moet worden.³⁶²
2. Schenkingen tijdens leven worden integraal in de heffing betrokken op basis van een eigen rechtsgrond. In dit systeem wordt een zelfstandige schenkbelasting geheven, die geen afgeleide is van de erfbelasting. De reikwijdte van de belasting op schenkingen is dan ook veel ruimer. De focus ligt niet op de verkleining van het vermogen van een toekomstige erflater, maar op het voordeel dat aan de verkrijger toekomt. Een dergelijke benadering past binnen een belastingstelsel, waarbij de draagkrachtvermeerdering van de belastingplichtige een belangrijk aanknopingspunt voor heffing is. Of die vermeerdering voortspuit uit een erfenis of gift is dan niet relevant.

In systeem 1 ziet het belastbare feit voor de erfbelasting ook op bepaalde schenkingen tijdens leven. In systeem 2 worden schenkingen tijdens leven aan een eigen belasting onderworpen en bestaat dus geen reden hierover erfbelasting te heffen. Om de reikwijdte van het belastbare feit te kunnen vaststellen, is het dus noodzakelijk om te weten welke benadering door de Nederlandse wetgever wordt gevolgd.

3.4.2 Onderscheid met de schenkbelasting

De heffing van erfbelasting over giften inter vivos, die aan het einde van de 18^{de} eeuw in Holland en West-Friesland nog gegolden had³⁶³, keerde aan het begin van de 19^{de} eeuw bij de invoering van een algemene erfbelasting niet meer terug.

361. Par. 6, eerste lid, Gesetz betreffend die Erbschaftssteuern, Kanton Luzern, Wet van 27 mei 1908, SRL 630.

362. Vgl. voor een overzicht van de voors en tegens van een belastingheffing op schenkingen: H. Schuttevaer en J.W. Zwemmer, *De Nederlandse successiewetgeving*, Deventer: Kluwer 1998, blz. 139-140.

363. Art. 1 Ordonnantie van 11 maart 1723, *Groot-Plaetboek* VI, 's Gravenhage 1746, blz. 1024.

Gezien de rechtsgronden die in de 19^{de} eeuw ten grondslag aan de erfbelasting werden gelegd, verwondert dit niet. De erfbelasting werd voornamelijk gerechtvaardigd vanwege de bescherming die de staat verleent, zodat de erflater ook na zijn dood over zijn vermogen kan beschikken (zie par. 2.3.2). Binnen die gedachte past het niet om ook schenkingen te belasten. Een schenking is immers een vermogensovergang in de privésfeer, waarbij regulering van overheidswege geen rol speelt.

In 1897 werden schenkingen tijdens leven in beperkte mate aan de heffing van erfbelasting onderworpen.³⁶⁴ Op grond van art. 8 SW 1859 werden schenkingen binnen 180 dagen van het overlijden gedaan geacht krachtens erfrecht te zijn verkregen.³⁶⁵ Hierbij werd echter wel benadrukt dat de invoering van de bepaling aan het uitgangspunt van de erfbelasting geen afbreuk deed.³⁶⁶

“De bepaling van artikel 8 is alleen gericht tegen schenkingen door den overledene in den allerlaatsten tijd van zijn leven gedaan met het kennelijk doel om het geschonkene aan het successierecht te onttrekken. Men verlieze niet uit het oog, dat de belasting geheven wordt van bij het overlijden nagelaten, niet van bij het leven weggeschonken goederen en voorts dat het niet in de bedoeling ligt en ook niet zou mogen liggen, om door eene wettelijke regeling het bij het leven vrij beschikken over het vermogen te belemmeren.”

Eerder tijdens de parlementaire behandeling werd al duidelijk gemaakt dat de schatkist wel aanspraak heeft op erfbelasting, berekend over hetgeen de erflater bij zijn overlijden had en dus naliet, maar niet op belasting van al wat hij zou hebben nagelaten, wanneer hij zuinig of minder milddadig ware geweest.³⁶⁷ In het zicht van overlijden gedane schenkingen werden beschouwd als legaten en op die grond in de heffing betrokken.

In 1917 vond een kentering plaats met de invoering van een zelfstandige schenkbelasting.³⁶⁸ De wetgever gaf aan daarmee de verkrijging door schenking gelijk te stellen met de verkrijging krachtens erfrecht en legaat.³⁶⁹ Wel heeft hij ervoor gekozen om de schenkbelasting afzonderlijk te heffen en schenkingen dus niet te behandelen als een onderdeel van de erfbelasting. De wetgever meent dat het beter is om ficties zoveel mogelijk te vermijden. Daarnaast maakt een aparte heffing het makkelijker om afwijkende bepalingen op te nemen met betrekking tot vrijstellingen en de formele vereisten.³⁷⁰ Hoewel ook het tegengaan van ontgaansmogelijkheden een motief voor de invoering van de schenkbelasting is, is het hoofdmotief het belasten van de bevoordeling,

364. Wet van 24 mei 1897, *Stb.* 1897, 154.

365. Een gelijke regeling is thans opgenomen in art. 12 SW 1956.

366. *Kamerstukken II* 1895/96, 35, nr. 1, blz. 4. In de memorie van antwoord sloot de regering zich hierbij aan: *Kamerstukken II* 1896/97, 15, nr. 1, blz. 2.

367. *Kamerstukken II* 1894/95, 215, nr. 3, blz. 5.

368. Wet van 20 januari 1917, *Stb.* 1917, 189.

369. *Kamerstukken II* 1915/16, 210, nr. 3, blz. 11.

370. De keuze voor een separate schenkbelasting werd toegelicht in de memorie van toelichting bij een wetsvoorstel dat door de Eerste Kamer werd verworpen (*Handelingen I* 1916/17, 8, blz. 89). De hoofdlijnen van het wetsvoorstel dat wel werd aangenomen, zijn echter gelijk aan die van het eerste voorstel (*Kamerstukken II* 1916/17, 324, nr. 3, blz. 10).

ongeacht het motief van de schenking.³⁷¹ Daarmee stemde de wetgever niet in met het standpunt van sommige Kamerleden dat heffing van schenkbelasting alleen op zijn plaats is als vermogen wordt weggeschonken om erfbelasting te ontgaan.³⁷²

Tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer gaf de minister aan dat de invoering van de schenkbelasting wel degelijk ten doel heeft fraude tegen te gaan.³⁷³ Kamerlid De Savornin Lohman leidde hieruit af dat de heffing van schenkbelasting moet worden beperkt tot situaties waarin een verband bestaat tussen de schenking en vermindering van het erfdeel. Dit zou naar zijn idee moeten betekenen dat een vrijstelling gaat gelden voor giften waarbij aan ontduiking van erfbelasting niet kan worden gedacht.³⁷⁴ Ook andere Kamerleden opperden dat de schenkbelasting beperkt moet blijven tot gevallen waarin het ontgaan van erfbelasting is beoogd.³⁷⁵ De minister verzette zich echter tegen deze gedachte. Hoewel hij niet ontkende dat het voorkomen van het ontgaan van erfbelasting een belangrijke aanleiding is voor de invoering van de schenkbelasting, betoogde hij dat dit niet de enige grondslag is:³⁷⁶

“Er is voorts een sterke aanval gedaan door den geachten afgevaardigde uit Goes. Deze zegt, dat het in het geheel niet past in mijn systeem, omdat ik tot systeem maak, dat de schenking wordt belast uitsluitend tot het voorkomen van ontduiking der successierechten. Dit is tot op zekere hoogte waar, maar ik heb gezegd: om ontduiking te voorkomen moeten wij het successierecht ook op liberaliteiten onder de levenden toepassen, en ik heb den geachten afgevaardigde uit Goes al bij de algemeene beschouwingen gezegd: mijn grondslag voor het successierecht is het voordeel, dat de begiftigde krijgt én dat ik beschouw als een inkomen voor dat jaar. Als men dus vraagt waarom men over de gelden, waarover men beschikt door schenking, moet betalen, zeg ik, dat men daarvoor niet heeft te betalen en alleen heeft mede te deelen, aan wien men geld weggegeven heeft.

De wet gaat geheel uit van het denkbeeld dat door den verkrijger betaald wordt. De vraag is dus: moet iemand die een zeker inkomen krijgt op de een of andere wijze over dat inkomen betalen? Ja, zeggen wij, als hij dat inkomen krijgt uit erfenis of legaat. Ja, zeg ik, wanneer hij dat inkomen krijgt uit een gift van een ander.”

Verderop herhaalde de minister dat de schenkbelasting niet alleen is ingevoerd om het ontgaan van erfbelasting tegen te gaan.³⁷⁷ Een amendement dat de reikwijdte van de schenkbelasting sterk beperkte, werd door de Tweede Kamer verworpen.³⁷⁸ Het merendeel van de Tweede Kamer stemde daarmee in met de reikwijdte van de schenkbelasting, zoals door de minister verwoord. In de Eerste Kamer ging de minister nogmaals uitgebreid in op de heffing van schenkbelasting:³⁷⁹

371. Kamerstukken II 1915/16, 210, nr. 7, blz. 74.

372. Kamerstukken II 1915/16, 210, nr. 6, blz. 65.

373. Handelingen II 1915/16, 90, blz. 2386.

374. Handelingen II 1915/16, 92, blz. 2434.

375. Handelingen II 1915/16, 92, blz. 2437-2438.

376. Handelingen II 1915/16, 92, blz. 2435.

377. Handelingen II 1915/16, 92, blz. 2448.

378. Handelingen II 1915/16, 92, blz. 2448 en 2451.

379. Kamerstukken I 1916/17, 210, memorie van antwoord, blz. 55.

“Het is waar, dat het schenkingsrecht niet uitsluitend is ingevoerd om ontduiking van successierechten tegen te gaan, al zoude het recht wellicht niet zijn voorgesteld, indien niet de verhooging van het tarief der successierechten beslist genoopt had om de quaestie der schenkingen onder het oog te zien. Doel is mede om geld voor de schatkist te krijgen. En ook uit dit oogpunt is het schenkingsrecht — mits met ruime vrijstellingen — allerminst onverdedigbaar. Er bestaat feitelijk geen verschil tusschen verkrijgingen om niet uit het bezit van een ander bij het leven en gelijke verkrijgingen bij overlijden. Wat ook de grond zij, waarop men dusdanige verkrijgingen belast, in elk geval geldt hij zoowel bij die van de warme hand als bij die na overlijden. Vastgehouden wordt dan ook ten volle aan het beginsel, dat de begiftigde wordt belast, omdat hij iets verkrijgt.”

Uit de wetsgeschiedenis blijkt derhalve dat de Nederlandse wetgever heeft gekozen voor systeem 2 (schenkingen tijdens leven worden aan een eigen belasting onderworpen). In de literatuur wordt deze conclusie onderschreven. In de Sprenger van Eyk wordt gesteld dat de schenkbelasting niet louter een regeling is om besparing van erfbelasting door schenkingen onder de levenden tegen te gaan, maar dat de schenkbelasting de schenking op grond van haar eigen karakter tot object van belastingheffing maakt.³⁸⁰ Klaassen stelt voorop dat verwerving bij wijze van schenking onder de levenden economisch grote overeenkomst vertoont met verkrijging van een erfenis of legaat.³⁸¹ De grond voor heffing kan dan ook worden gevonden in de plotselinge vermogensvermeerdering die de begiftigde ondervindt. Pas in de tweede plaats noemt Klaassen het tegengaan van ontgaansmogelijkheden als motief voor de heffing van schenkbelasting. Dezelfde gedachtegang is te lezen bij Schuttevâer en Zwemmer.³⁸² De keuze voor systeem 2 past ook binnen de ontwikkeling in het denken over de rechtsgrond van de erfbelasting, zoals in hoofdstuk 2 geschetst.

Het is dus de bedoeling van de Nederlandse wetgever om schenkingen tijdens leven onder het bereik van een separate schenkbelasting te brengen. Dit betekent dat onder het belastbare feit van de erfbelasting alleen de verkrijging van goederen ten gevolge van overlijden valt te scharen. Daarmee sluit de wetgever aan bij het onderscheid, zoals dat wordt gemaakt in het OESO-Successiemodelverdrag 1982. De erfbelasting wordt geheven ‘by reason of death’, oftewel ter zake des doods. Dit betekent overigens niet dat de reden voor de schenking relevant is. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de schenkbelasting even goed ziet op schenkingen die worden gedaan ter besparing van erfbelasting. Dat een schenking wordt gedaan met het oog op het overlijden maakt dus nog niet dat ter zake des doods wordt verkregen. Daarvoor zijn de kenmerken van de verkrijging zelf bepalend.

In de meeste gevallen is duidelijk of een verkrijging ten gevolge van het overlijden plaatsvindt. Ingeval bijvoorbeeld verkregen wordt op grond van een uiterste wilsbeschikking is evident dat aan deze voorwaarde is voldaan. De

380. J.P. Sprenger van Eyk, *De wetgeving op het recht van successie (bewerking door B.J. de Leeuw)*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1930, blz. 55.

381. J.G. Klaassen, *De Successiewet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1936, blz. 434-435.

382. H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, *De Nederlandse successiewetgeving*, Deventer: Kluwer 1998, blz. 139-140.

aanspraak op het verkregene ontstaat dan op het tijdstip van overlijden en als gevolg van het overlijden. De huur die een erfgenaam ontvangt vanwege de verhuur van een door hem geërfd pand, valt echter niet onder het bereik van de erfbelasting. Hoewel gesteld kan worden dat de ontvangst van de huur uiteindelijk het gevolg is van het overlijden van de erflater, is de aanspraak op de huuropbrengst niet verkregen op het tijdstip van overlijden. Omdat de erfbelasting een tijdstipbelasting is (zie par. 3.2.2), wordt met deze latere verkrijging geen rekening gehouden. Voor verkrijgingen die op overlijdensdatum plaatsvinden, leidt de voorwaarde ‘ten gevolge van overlijden’ in combinatie met het tijdstipkarakter van de erfbelasting dus tot duidelijke uitkomsten.

Ten aanzien van verkrijgingen die zijn gebaseerd op rechtshandelingen tijdens leven kan wel discussie ontstaan. Ter illustratie kan worden gewezen op het verschil in reikwijdte tussen de schenkbelastingen die binnen de Zwitserse Federatie worden geheven. Zo is in het kanton Basel-Stadt geëxpliciteerd dat voorschotten op de erfenis en andere schenkingen tijdens leven aan toekomstige erfgenamen onder het belastbare feit van de schenkbelasting vallen.³⁸³ In het kanton Jura daarentegen worden voorschotten op de erfenis juist aangemerkt als schenking ter zake des doods en uit dien hoofde met erfbelasting getroffen.³⁸⁴

De vraag rijst dan ook in welke situaties de verkrijging op grond van een rechtshandeling tijdens leven ‘ten gevolge van overlijden’ plaatsvindt en dus onder de reikwijdte van de erfbelasting valt en wanneer sprake is van een verkrijging tijdens leven, die onder het bereik van de schenkbelasting valt.³⁸⁵ Hiervoor is een nadere omschrijving en afbakening van de voorwaarde noodzakelijk. Dat vloeit voort uit de eis dat het belastbare feit duidelijk en nauwkeurig moet zijn. De vage norm ‘ten gevolge van overlijden’ moet worden geconcretiseerd. Hierna bespreek ik twee voorstellen waarin deze norm nader wordt ingevuld. Allereerst ga ik in op het voorstel van de werkgroep-Moltmaker op dit punt (par. 3.4.3). Vervolgens put ik inspiratie uit de Romeinse erfbelasting (par. 3.4.4).

3.4.3 Werkgroep-Moltmaker

3.4.3.1 *Voorstel werkgroep*

De werkgroep-Moltmaker is in maart 1999 ingesteld door de Staatssecretaris van Financiën met als opdracht een onderzoek in te stellen naar de modernisering van de successiewetgeving. In haar rapport uit 2000 komen verschillende onderwerpen aan de orde, waaronder de fictiebepalingen.³⁸⁶ De werkgroep heeft getracht deze bepalingen zoveel mogelijk in enkele korte formuleringen te vatten. Zo doet de werkgroep onder andere een voorstel voor samenvoeging van de ficties die destijds in art. 7, 9 en 11 SW 1956 waren opgenomen. Het gaat om rechtshan-

383. Par. 122, tweede lid, Gesetz über die direkten Steuern, Kanton Basel-Stadt, Wet van 12 april 2000, 640.100.

384. Art. 2, derde lid, Loi sur l'impôt de succession et de donation, Canton Jura, Wet van 13 december 2006, 642.1.

385. Heffing van erfbelasting respectievelijk schenkbelasting vindt uiteraard enkel plaats als de rechtshandeling ook aan de overige voorwaarden voor heffing voldoet.

386. Werkgroep modernisering successiewetgeving, *De warme, de koude en de dode hand (rapport van 13 maart 2000)*, 's-Gravenhage: Ministerie van Financiën 2000, par. 7.

delingen die een erflater tijdens leven verricht, maar waarvan de uitvoering of werking verband houdt met zijn overlijden. De werkgroep stelt voor om in dergelijke gevallen erfbelasting te heffen conform de volgende norm:

“Artikel 2.1

1. Successiebelasting wordt geheven ter zake van hetgeen wordt verkregen:

a. (...)

b. krachtens een door een erflater als bedoeld in onderdeel a verrichte rechtshandeling, welke rechtens of feitelijk werking heeft binnen een jaar vóór of bij diens overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip;

(...)

2. Als werking in de zin van het eerste lid, onderdeel b, wordt niet beschouwd: a. het enkel vervallen van een vruchtgebruik of periodieke uitkering een jaar voor of bij het overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip;

b. het enkele feit, dat een tijdens het leven van de erflater te zijnen laste ontstane, niet opeisbare of in feite niet opgeëiste vordering bij zijn overlijden wordt vereffend, mits de erflater tijdens zijn leven over die vordering een normale rente heeft betaald.”

3.4.3.2 Eenjaarstermijn

Allereerst valt op dat de werkgroep pleit voor een algemene eenjaarstermijn, waarbinnen verkrijgingen worden belast met erfbelasting. Deze termijn dient als vervanging van de huidige periode van 180 dagen voor het overlijden.³⁸⁷ De werkgroep kiest voor een periode van een jaar, omdat voor schenkingen in het zicht van het overlijden, mede gelet op de huidige stand van de medische wetenschap, een periode van 180 dagen niet steeds lang genoeg lijkt te zijn.³⁸⁸ Met de eenjaarstermijn wordt de intentie dat in het zicht van overlijden een rechtshandeling is verricht geobjectiveerd.^{389 390} De toelichting van de werkgroep-Molmaker duidt daar ook op. Kennelijk kan volgens de werkgroep de erflater door de voortschrijdende medische wetenschap zijn overlijden langer uitstellen en is er dus een langere periode om ‘in het zicht van overlijden’ schenkingen te doen.

Naar mijn mening is er geen grond om verkrijgingen tijdens leven met erfbelasting te treffen om het enkele feit dat de rechtshandeling is verricht in het zicht van overlijden. Dat de reden voor een schenking het (naderend) overlijden is, is niet een omstandigheid die naar de bedoeling van de wetgever tot heffing van erfbelasting moet leiden. Dat is immers juist een van de redenen voor de invoering van de schenkbelasting geweest (zie ook par. 3.4.2). Voor een

387. Deze termijn komt niet alleen terug in de samentelbepaling van art. 12 SW 1956, maar ook in art. 10, vierde lid, onderdeel b, SW 1956.

388. Van Vijfeijken merkt op dat ook in vergelijking met de ons omringende landen de termijn van 180 dagen betrekkelijk kort is: I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer 2013, par. 17.2.

389. Dat is ook de bedoeling van de 180-dagetermijn: *Handelingen II* 1896/97, 48, blz. 913-917.

390. In het verleden is in de Verenigde Staten een bepaling gehanteerd op grond waarvan samentelling plaatsvond van schenkingen ‘in contemplation of death’. Tijdens de parlementaire behandeling bij de invoering van de Successiewet 1956 werd opgemerkt dat een dergelijk systeem, waarbij voor iedere schenking een onderzoek wordt gevraagd naar het motief van de schenking, bij de uitvoering tot grote moeilijkheden en veel onzekerheid leidt (*Kamerstukken II* 1953/54, 915, nr. 5, blz. 8). Dat was kennelijk geen slechte analyse, want heden ten dage kent de Federal Estate Tax geen subjectief criterium meer.

samenteltermijn is dan ook geen plaats. Als de verkrijging volledig tijdens het leven van de erflater tot stand is gekomen, heeft de verkrijging geen kenmerken die verband houden met het overlijden. Heffing van erfbelasting zou dan niet aan de orde moeten zijn.

Uiteraard beoogt de samenteltermijn belastingontwijking tegen te gaan. Na de invoering van de schenkbelasting in 1917 is de ratio van de samenteltermijn dat de erflater anders in het zicht van overlijden schenkingen kan doen teneinde de tariefprogressie te frustreren.³⁹¹ Daarnaast kan zodoende worden tegengegaan dat geprofiteerd wordt van de vrijstellingen voor de schenkbelasting. Het schrappen van de samenteltermijn zou dus mogelijkheden voor belastingbesparing bieden, hetgeen op gespannen voet staat met een doeltreffende regeling waarbij het budgettaire belang vooropstaat.

Eventuele ontwijkingsmogelijkheden vloeien echter niet voort uit een te beperkt belastbare feit voor de erfbelasting, maar zijn het gevolg van de jaarsgewijze toepassing van het tarief en de vrijstellingen voor de schenkbelasting. Verruiming van het belastbare feit voor de erfbelasting, en daarmee een beperking van de reikwijdte van de schenkbelasting, is systematisch dan ook geen juiste oplossing. Beter kan eventueel belastingbesparend gedrag worden tegengegaan middels een levenslange vrijstelling voor de schenkbelasting. Het bedrag dat een bepaalde schenker tijdens zijn leven aan een bepaalde verkrijger vrijgesteld kan schenken is dan gelimiteerd. Of het bedrag in één keer of in meerdere keren wordt geschonken, is niet relevant.³⁹² Een schenking in het zicht van overlijden biedt in dit systeem dan ook geen extra voordeel.³⁹³

Een dergelijke vrijstelling is bovendien internationaal niet onbekend en komt bijvoorbeeld voor in enkele Zwitserse kantons. Basel-Stadt hanteert een regeling waarbij eerdere giften van dezelfde schenker aan dezelfde begiftigde meegenomen worden bij de berekening van de verschuldigde schenkbelasting.³⁹⁴ De eerder betaalde belasting komt in mindering. Bijgevolg kan de vrijstelling voor bevoordelingen tijdens leven ad 10 000 CHF in de betreffende verhouding slechts één keer worden benut.³⁹⁵ In het kanton Appenzell-Ausserrhoden is eenvoudigweg voorgeschreven dat bij meerdere vermogensoverdrachten tussen dezelfde personen het vrijgestelde bedrag in totaal slechts eenmaal kan worden benut.³⁹⁶ Uiteraard is ook bij de toepassing van de tariefprogressie een dergelijke benadering mogelijk. In het Verenigd Koninkrijk worden voor de bepaling van het tarief alle belastbare transacties binnen de samenteltermijn van zeven jaar voorafgaand

391. *Kamerstukken II* 1915/16, 210, nr. 3, blz. 18. Zie ook: *Kamerstukken II* 1949/50, 915, nr. 4, blz. 36.

392. Dit voorkomt en passant de noodzaak om vanuit fiscaal oogpunt jaarlijks een bedrag te schenken aan de toekomstige erfgenamen.

393. Voor een dergelijke vrijstellingssystematiek is eerder gepleit door Van Vijfeijken: I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Eigen haard is goud waard', *WFR* 2013/1146.

394. Par. 132, eerste lid, jo. par. 126 Gesetz über die direkten Steuern Kanton, Basel-Stadt, Wet van 12 april 2000, 640.100.

395. In Zug wordt dezelfde systematiek gebruikt: par. 181 Steuergesetz, Kanton Zug, Wet van 25 mei 2000, BGS 632.1.

396. Art. 146, tweede lid, Steuergesetz, Kanton Appenzell-Ausserrhoden, Wet van 21 mei 2000, BGS 621.11. Zie in gelijke zin: art. 100, tweede lid, Steuergesetz, Kanton Appenzell-Innerrhoden, Wet van 25 april 1999, 640.000.

aan het overlijden samengevoegd.³⁹⁷ Omdat dit onderwerp voor de formulering van het belastbare feit niet van belang is, laat ik het verder rusten.

3.4.3.3 *Rechtshandelingen met werking bij overlijden*

Naast de eenjaartermijn geeft de werkgroep-Moltmaker een omschrijving van de rechtshandelingen die naar haar idee onder de reikwijdte van de erfbelasting moeten vallen. In het hiervoor geciteerde art. 2.1, eerste lid, onderdeel b, wordt de eis gesteld dat de rechtshandeling rechtens of feitelijk werking moet hebben bij overlijden van de erflater. Deze voorwaarde licht de werkgroep als volgt toe:

“Het gaat hier om rechtshandelingen, die feitelijk werking hebben bij overlijden, dus zowel rechtshandelingen waarbij het overlijden geldt als voorwaarde voor de verkrijging als rechtshandelingen waarbij het overlijden geldt als onzekere tijdsbepaling. Aan de belastbaarheid van hetgeen krachtens de rechtshandeling wordt verkregen doet niet af, dat deze ook op een ander moment dan bij overlijden had kunnen zijn geëffectueerd (bijv. bij faillissement of surséance van betaling), maar dit zich in feite niet heeft voorgedaan (vgl. HR 20 februari 1963, BNB 1963/137, PW 17530) of van de mogelijkheid tot effectuering op dat moment geen gebruik is gemaakt (anders HR 16 maart 1994, BNB 1994/180, PW 20361). Aan de belastbaarheid doet evenmin af, dat de effectuering van de rechtshandeling mede afhankelijk is van andere voorwaarden dan het overlijden, bijv. de erflater zegt aan een werknemer een beloning toe onder voorwaarde dat deze bij het overlijden van de erflater nog bij hem in dienst is.”

Schols en Schols menen dat de voorgestelde fictie doeltreffend is, omdat direct duidelijk is dat bijvoorbeeld de problematiek van de koop met uitgestelde levering en de overeenkomst van levensverzekering gesloten in de familiesfeer onder de bepaling te brengen zijn.³⁹⁸ Dat zijn beide situaties waarin de fictiebepalingen in het verleden tekortschoten.³⁹⁹ Meer in het algemeen merken zij op dat de gemeenschappelijke noemer van het belastbare feit de ‘verkrijging ter zake des doods’ zou moeten zijn. De meest voor de hand liggende variant die aan dit criterium voldoet, is de verkrijging krachtens erfrecht. Uit de definitie van uiterste wilsbeschikking van art. 4:42 BW leiden zij vervolgens af dat het moet gaan om een rechtshandeling die eerst werkt bij het overlijden van de erflater. Ter zake van meerzijdige rechtshandelingen, die juridisch al tijdens leven werking hebben, gaat het erom dat de prestatie eerst wordt uitgevoerd bij overlijden.

Het commentaar van Schols en Schols roept de vraag op of voor wat betreft de voorwaarde ‘ten gevolge van overlijden’ niet aansluiting kan worden gezocht

397. Section 7, par. 1, onderdeel b, Inheritance Tax Act 1984, Wet van 31 juli 1984, Chapter 51.

398. B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, “‘Enige’ civielrechtelijke dogmatiek misstaat de schenk(ings)- en erfbelasting niet!”, WPNR (2008) 6757, par. 3.

399. In HR 22 juli 1980, nr. 19 955, BNB 1981/332 werd beslist en in HR 6 juni 2008, 43 209, BNB 2008/203 bevestigd dat bij de koop met uitgestelde levering geen erfbelasting kon worden geheven. Voor de overeenkomst van levensverzekering in de familiesfeer volgt dit uit HR 11 juli 2008, nr. 43 527 en 43 547, BNB 2008/252 en 253. Beide gevallen zijn met ingang van 1 januari 2010 onder het bereik van de erfbelasting gebracht door invoering van het laatste zinsdeel aan art. 11, tweede lid, SW 1956 en invoering van art. 13, tweede lid, SW 1956.

bij de Nederlandse definitie van de schenking ter zake des doods in art. 7:177 BW. Van een dergelijke schenking is sprake als een schenking “de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de schenker zal worden uitgevoerd, en zij niet reeds tijdens het leven van de schenker is uitgevoerd”.⁴⁰⁰ Met het begrip ‘uitgevoerd’ wordt bedoeld op de (feitelijke) nakoming van de verbintenis die uit de schenkingsovereenkomst voortvloeit.⁴⁰¹ Voor toepassing van art. 7:177 BW is dus eveneens doorslaggevend dat de prestatie eerst wordt uitgevoerd na het overlijden. Bovendien zou aansluiting bij deze bepaling goed passen binnen de kwaliteitseis om zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij aanverwante wetgeving.

Zowel het voorstel van de werkgroep-Moltmaker als de aansluiting bij art. 7:177 BW geven een concrete invulling aan de voorwaarde ‘ten gevolge van overlijden’. Een nadeel is dat de brede toepassing op alle rechtshandelingen met rechtens of feitelijk werking bij overlijden dan wel uitvoering van de prestatie na overlijden, aanleiding geeft om uitzonderingen op te nemen. In het voorstel van de werkgroep-Moltmaker is dat ook gebeurd in art. 2.1, tweede lid. Het opnemen van dergelijke uitzonderingsbepalingen is een factor die de handhaafbaarheid van de regeling niet ten goede komt.

Meer principieel meen ik dat voor de vormgeving van het belastbare feit beide ideeën gemist kunnen worden. In deze benaderingen ligt de nadruk op de kenmerken van de rechtshandeling in plaats van op de verkrijging. Het uitgangspunt van de erfbelasting is echter de verkrijging (par. 3.2). De oorzaak van die verkrijging moet gelegen zijn in het overlijden van de erflater. De vormgeving van de rechtshandeling is van belang om vast te stellen of een te belasten voordeel is verkregen (zie daarover par. 3.6), maar bepaalt niet direct wat de oorzaak van de verkrijging is. Daarvoor moet simpelweg de vraag worden beantwoord of het te belasten voordeel reeds tijdens leven is verkregen (heffing van schenkbelasting) dan wel ten gevolge van het overlijden van de erflater (heffing van erfbelasting). Deze benaderwijze wordt in de volgende paragraaf geïllustreerd aan de hand van de werking van de Romeinse erfbelasting.

3.4.4 Vicesima hereditatum

In het inleidende hoofdstuk kwam de vicesima hereditatum, de Romeinse erfbelasting, reeds ter sprake. De tekst van de Lex Iulia vicesimae hereditatum, waarin de belasting was vervat, is helaas niet overgeleverd. Wel kan de inhoud van deze belasting worden geconstrueerd aan de hand van de verschillende secundaire bronnen uit de oudheid. Met name Plinius in zijn dankrede voor Trajanus en de geschiedschrijver Cassius Dio hebben uitgebreid geschreven over deze heffing, die tot de belangrijkste inkomstenbronnen van het Romeinse Rijk moest worden gerekend. De belasting werd in het jaar 6 na Christus ingevoerd door keizer Augustus en vervolgens gedurende een aantal eeuwen door verschillende keizers

400. Een dergelijke schenking wordt in art. 4:126, eerste lid, BW ook bestempeld als quasi-legaat.

401. HR 9 december 2011, nr. 11/01265, BNB 2012/46, r.o. 3.3.1.

geamendeerd. Wanneer de belasting is afgeschaft, is niet duidelijk, maar ten tijde van keizer Justinianus was de heffing reeds ter ziele.⁴⁰²

Uit de benaming van de belasting volgen al direct twee belangrijke kenmerken van de heffing. In de eerste plaats bedroeg het tarief ‘vicesima’, oftewel een twintigste. In de tweede plaats was het een belasting van de ‘hereditates’, de erfenissen. Belastingplichtig waren de Romeinse burgers, die over de waarde van een ontvangen erfenis dus 5% belasting waren verschuldigd. Daarbij kwamen de begrafeniskosten, schulden en alimentatieverplichtingen in aftrek. Voor de naaste verwanten en de armen bestonden vrijstellingen.⁴⁰³ Belangrijk in het kader van dit onderzoek is dat het belastbare feit breder was dan de verkrijging krachtens erfrecht. In zijn beschrijving van de vicesima hereditatum geeft Cassius Dio de volgende opsomming van belastbare verkrijgingen:⁴⁰⁴

“τὴν δ’ εἰκοστὴν τῶν τε κλήρων καὶ τῶν δωρεῶν, ἃς ἂν οἱ τελευτῶντές τισι πλὴν τῶν πάνυ συγγενῶν ἢ καὶ πενήτων καταλείπωσι”⁴⁰⁵

Naast erfdelen en legaten spreekt Dio dus over “τῶν δωρεῶν”, schenkingen. Hieruit kan worden afgeleid dat de belasting niet alleen van erfdelen en legaten, maar tevens van schenkingen ter zake des doods werd geheven.⁴⁰⁶ In de literatuur wordt die gedachte ook breed gedragen.⁴⁰⁷ Vigié leidt uit een latere passage uit het werk van Dio⁴⁰⁸ af dat door een wetswijziging onder keizer Caracalla ook de schenkingen tijdens leven werden belast.⁴⁰⁹ Ten aanzien van de schenkingen ter zake des doods merkt hij op dat heffing paste bij het fiscale karakter van de vicesima:

“il est probable que de bonne heure, peut-être sous Auguste, on appliqua le même impôt aux donations à cause de mort. Les legs et les donations à cause de mort avaient tant de rapports entre eux, que l’on ne tarda pas à les assimiler les uns aux autres: la perception d’un droit fiscal a dû hâter cette assimilation, et peut-être, dès les premiers temps de l’application de la loi, l’assimilation a-t-elle été faite.”

402. Zie voor een uitgebreide beschrijving van opkomst en neergang van de vicesima hereditatum: S. Günther, *Vectigalia nervos esse rei publicae. Die indirekten Steuern in der Römischen Kaiserzeit von Augustus bis Diokletian*, Wiesbaden: Harrassowitz Verlag 2008, blz. 23-94.

403. Zie voor een uitvoerige verhandeling over de Romeinse erfbelasting: M. Bouchaud, *De l’impôt du vingtième sur les successions, et de l’impôt sur les marchandises; chez les Romains; essais historiques*, Parijs: chez de Bure père 1766, blz. 1-223.

404. Cassius Dio, *Historia Romana*, 55.25.

405. Vertaling: “een twintigste van de erfgoederen en van de schenkingen, die de stervenden aan iemand nalaten afgezien van hen die volstrekt verwant zijn of ook de armen”.

406. Dat het om een schenking ter zake des doods gaat, volgt ook uit het gebruik van het participium praesens actief van het werkwoord ‘sterven’ (‘τελευτῶντές’), wat gelijktijdigheid tussen het sterven en het doen van de schenking aangeeft.

407. Zie onder andere: F. Schrag, *Disputatio juridica de vicesima hereditatum*, Straatsburg: Welper 1677, blz. 52; P. Burman, *De vectigalibus Populi Romani dissertatio*, Utrecht: Gulielmum vande Water 1694, blz. 197-198; A. Schulting, *Jurisprudentia vetus Ante-justiniana*, Leiden: Johannes van der Linden 1717, blz. 400; M. Dureau de la Malle, *Économie politique des Romains (tome second)*, Parijs: E. Duverger 1840, blz. 471.

408. Cassius Dio, *Historia Romana*, 77.9.

409. M. Vigié, *Études sur les impôts indirects Romains: vicesima libertatis; vicesima hereditatis*, Parijs: Ernest Thorin 1881, blz. 22-23.

Het belang dat ook donationes mortis causa aan heffing onderworpen waren, blijkt te meer bij bestudering van de Romeinsrechtelijke beschouwingen rondom dit begrip. Hoewel de juristen niet een eenduidige definitie hanteren, kan als uitgangspunt worden genomen “nam quidquid propter alicuius mortem obvenit, mortis causa capitur”.⁴¹⁰ Deze door Ulpianus gegeven omschrijving wordt door Gaius als volgt afgebakend:⁴¹¹

“Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris quae proprio nomine appellantur. certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur.”

Het gaat er dus om dat wegens de dood van een ander verkregen wordt. Het motief voor de schenking is daarbij niet van belang. Zo merkt Marcianus op “ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio”.⁴¹² Daaruit volgt een strikt onderscheid met gewone schenkingen. Alle bevoordelingen die met legaten vergelijkbaar waren, werden als schenkingen ter zake des doods gekwalificeerd. Civielrechtelijk was die vaststelling van belang voor de berekening van het Falcidische kwart, de voorloper van de legitieme portie.⁴¹³ Voor het fiscale was deze benadering uiteraard ook nuttig. Door direct aan te sluiten bij het begrip schenking ter zake des doods konden ook de bevoordelingen die met legaten vergelijkbaar waren, met belasting worden getroffen. Vanwege de materiële invalshoek van het erfrecht was daarvoor geen uitgebreid belastbaar feit nodig.

Het krachtige van de aangehaalde definities van het begrip ‘mortis causa’ is dat niet de nadruk wordt gelegd op de (werking van de) rechtshandeling, maar op de verkrijging. Het gaat erom dat de onherroepelijke en onvoorwaardelijke verkrijging van het goed het gevolg is van het overlijden van de erflater. Daardoor is niet de invulling van het begrip ‘ten gevolge van overlijden’ van belang, maar het tijdstip van de verkrijging. Toegepast op de erfbelasting betekent dit het volgende. Als reeds tijdens het leven van de erflater een goed is verkregen, maar pas door het overlijden een te belasten voordeel ontstaat, valt de verkrijging

410. Dig. 39,6,8 pr. Vertaling: “Want alwat wegens iemands dood aan een ander toevalt, wordt ter zake des doods verkregen.” J.E. Spruit, R. Feenstra en F.B.J. Wubbe (red.), *Corpus Iuris Civilis: Tekst en Vertaling* (deel V), Zutphen en 's-Gravenhage: Walburg Pers en Sdu 2000, blz. 621.

411. Dig. 39,6,31 pr. Vertaling: “Ter zake des doods wordt verkregen, wanneer de gelegenheid om te verkrijgen zich voordoet wegens iemands dood, behalve dan bij die vormen van verkrijging die met een eigen benaming worden aangeduid. Immers, ook degene die krachtens een recht van erfgenaamschap, legaat of fidei-commis verkrijgt, geraakt wis en zeker door de dood van een ander in de gelegenheid om te verkrijgen; maar omdat deze vormen van verkrijging met een eigen benaming worden aangeduid, worden zij van de onderhavige omschrijving gescheiden gehouden.” J.E. Spruit, R. Feenstra en F.B.J. Wubbe (red.), t.a.p., blz. 627.

412. Dig. 39,6,27 pr. Vertaling: “Wanneer ter zake des doods een schenking zodanig is gedaan, dat deze in geen geval kan worden herroepen, dan is de dood veeleer [alleen maar] de reden voor een [gewone] schenking dan dat het om een [echte] schenking ter zake des doods gaat.” J.E. Spruit, R. Feenstra en F.B.J. Wubbe (red.), t.a.p., blz. 626.

413. Aangezien het Romeinse recht hier te lande lange tijd het geldende recht was, werd ook de aftrek van het Falcidische kwart in de 17^{de} eeuw nog genoemd: U. Huber, *Heedendaegse Rechtsgeleertheit, Soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk* (eerste deel), Leeuwarden: Hero Nauta 1686, blz. 325.

onder het bereik van de erfbelasting. Als de verkrijging voor toepassing van de Successiewet 1956 tijdens leven tot stand komt, is schenkbelasting verschuldigd.

Denkbaar is ook dat een rechtshandeling tijdens leven tot gevolg heeft dat de verkrijging pas na het overlijden tot stand komt. Hierbij kan worden gedacht aan een aanbod tot schenking dat pas na het overlijden van de schenker door de begiftigde wordt aanvaard (vgl. art. 7:179, eerste lid, BW). Een dergelijke verkrijging heeft niet tijdens het leven van de erflater plaatsgevonden, zodat heffing van schenkbelasting niet voor de hand ligt. Om toch tot een sluitende heffing te komen, dienen dergelijke verkrijgingen onder de reikwijdte van de erfbelasting te vallen, mits uiteraard aan de overige voorwaarden voor heffing is voldaan (met name de toerekening aan de erflater, zie par. 3.5). Hetzelfde geldt voor andere verkrijgingen na het overlijden, bijvoorbeeld als gevolg van een testamentair keuzerecht.

Bij de formulering van het belastbare feit kan derhalve worden volstaan met het opnemen van de voorwaarde dat is verkregen ‘ten gevolge van of na het overlijden’ van de erflater. Vervolgens moet wel worden vastgesteld op welk tijdstip voor de erfbelasting sprake is van een verkrijging. Verder rijst de vraag hoe heffing bij een verkrijging na het overlijden zich verhoudt tot het tijdstipkarakter van de erfbelasting. Beide vragen komen in par. 3.6 aan bod. Overigens hoeft deze benadering niet tot heel verschillende resultaten te leiden ten opzichte van het voorstel van de werkgroep-Moltmaker. Hoewel de aanvlegroute anders is, kan onder mijn voorstel een verkrijging op grond van een rechtshandeling met feitelijke werking bij overlijden evengoed in de heffing van erfbelasting worden betrokken, indien tijdens het leven van de erflater voor de verkrijger nog geen sprake is van een te belasten voordeel.⁴¹⁴

3.5 TOEREKENING AAN ERFLATER

3.5.1 Boedelperspectief

Als een belasting ter zake van het overlijden is vormgegeven als een boedelbelasting, ligt de nadruk vanzelfsprekend op de vermogenspositie van de erflater. Dit is bijvoorbeeld zichtbaar in de Amerikaanse Federal Estate Tax. De overgang van de ‘estate’ van de erflater is belast, waarbij het begrip “gross estate” in een groot aantal bepalingen wordt uitgewerkt.⁴¹⁵ Ook de Britse inheritance tax is in wezen een belasting op het vermogen van de erflater. Het belastbare feit is de overgang van het vermogen van de erflater als gevolg van zijn overlijden, waarbij dat vermogen wordt belast voor de waarde onmiddellijk voorafgaand aan het overlijden.⁴¹⁶

414. Ook Van Vijfeijken gaat ervan uit dat haar voorstel voor defiscalisering, waarin ook de verkrijger centraal staat, in zijn uitwerking dicht aanligt tegen het voorstel van de werkgroep-Moltmaker: I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer 2013, par. 17.4.1.

415. 26 U.S. Code par. 2031-2046, Chapter 11: Estate tax.

416. Section 3 en 4 Inheritance Tax Act 1984, Wet van 31 juli 1984, Chapter 51.

Eerder is geconstateerd dat de Nederlandse erfbelasting naar de bedoeling van de wetgever een verkrijgingsbelasting is (zie par. 3.2.2). Niet de overgang van het vermogen, maar de verrijking bij de verkrijger is belast. Dit betekent echter niet dat de afkomst van de verkrijging zonder belang is. De rechtsgrond voor de heffing is weliswaar gelegen in de verrijking van de verkrijger, maar een onmisbare toepassingsvoorwaarde is dat sprake is van een overgang van vermogen. In hoofdstuk 2 is uiteengezet dat dit naar de bedoeling van de wetgever geen overgang krachtens erfrecht hoeft te zijn. Nergens in de wetsgeschiedenis is echter betoogd dat de vermogenspositie van de erflater er niet meer toe doet. Het is immers niet de bedoeling dat iedere verkrijging van een goed ten gevolge van het overlijden van een erflater door de erfbelasting wordt bestreken. Dat zou het ongerijmde resultaat hebben dat ook de afspraak dat A een bedrag van 100 geeft aan B, indien B erflater C overleeft, tot heffing van erfbelasting kan leiden.

In de geschiedenis van de Nederlandse erfbelasting is de koppeling met het vermogen van de erflater dan ook een vanzelfsprekendheid. In de Republiek bleek uit de omschrijving van het belastbare feit dat de verkrijging afkomstig moest zijn van de erflater. In Holland en West-Friesland bijvoorbeeld werd de verkrijger belast als de verkrijging afkomstig was “van Descendenten of collaterale Magen, en van Vreemden”.⁴¹⁷ In art. 3 van de Ordonnantie van 4 oktober 1805 werd vooropgesteld dat de erfbelasting verschuldigd is “in allen gevalle, waar in eenig Regt, Eigendom, Bezit, of Genot, door het overlijden van den vorigen Eigenaar, Bezitter of Genieter, op eenen anderen overgaat”. Ook daaruit blijkt dat er sprake moet zijn van een overgang van vermogen. In par. 3.5.2 werk ik deze voorwaarde nader uit aan de hand van de wetsgeschiedenis.

Daarnaast kan worden afgevraagd of de vereiste toerekening aan de erflater ook een subjectief element behelst. In de Republiek was de verkrijging die afkomstig was van voornoemde personen enkel belastbaar, indien krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of gift was verkregen. In par. 2.4.3 bleek dat bij de herziening van de erfbelasting in 2009 de antimisbruikfunctie van de fictiebepalingen werd benadrukt. Kennelijk was ook de intentie van de erflater van belang voor de heffing. Dit roept de vraag op of de eis dat de verkrijging moet kunnen worden toegerekend aan de erflater ook inhoudt dat sprake moet zijn van vrijgevigheid van de zijde van de erflater. De bedoeling van de wetgever ten aanzien van dit element komt in par. 3.5.3 aan bod.

3.5.2 Onttrekking aan het vermogen

Ten aanzien van het element ‘krachtens erfrecht’ is reeds in hoofdstuk 2 gebleken dat deze voorwaarde beperkter is dan de bedoeling van de wetgever. Geconcludeerd is dat de titel van de verkrijging naar de bedoeling van de wetgever voor de heffing van erfbelasting niet relevant is, maar dat een economische benadering moet worden gevolgd. Daarom moet worden nagegaan welk verband met het vermogen van de erflater dan wel is vereist.

417. Zie o.a. art. 1 Ordonnantie van 20 oktober 1716, *Groot-Placaetboek V*, 's Gravenhage 1725, blz. 1117.

Van toerekening is uiteraard sprake wanneer het verkregen voordeel afkomstig is uit het vermogen van de erflater. In de meeste gevallen waarin ten gevolge van het overlijden van de erflater wordt verkregen, zal daarvan sprake zijn. Het kan bijvoorbeeld gaan om een erfstelling, legaat of een gift uit het vermogen van de erflater. Bij de invoering van de Successiewet 1956 maakte de wetgever echter duidelijk dat heffing ook op zijn plaats kan zijn als het verkregen goed niet rechtstreeks afkomstig is uit het vermogen van de erflater.⁴¹⁸ Ook een bevoordeling op grond van een testamentaire last moet worden belast met erfbelasting. In geval van een derdenbeding of levensverzekering krijgt de bevoordeelde eveneens een zelfstandig recht op een ander dan de erflater. Bij de invoering van de heffing van erfbelasting over uitkeringen uit levensverzekeringen merkte de wetgever het volgende op:⁴¹⁹

“Natuurlijk moet er voor gewaakt worden, dat het recht slechts geheven wordt ten laste van hem, die is bevoordeeld. De wet neemt aan, dat de verkrijger is bevoordeeld door den persoon, ten gevolge van wiens overlijden de uitkeering verkregen wordt; doch laat den verkrijger toe aan te toonen, dat hij niet bevoordeeld is door dien persoon. Is hij in het geheel niet bevoordeeld, dan betaalt hij geen belasting.”

De verkrijger van de uitkering moet dus bevoordeeld zijn door de erflater. Van een bevoordeling is geen sprake, indien niets aan het vermogen van de overledene is onttrokken.⁴²⁰ Hoewel de erfbelasting dus een verkrijgingsbelasting is, die de verrijking als gevolg van overlijden belast, is tegelijkertijd van belang aan wiens vermogen de verrijking kan worden toegerekend. Het belastbare feit heeft tevens betrekking op de overgang van vermogen. Ook verder in de wetsgeschiedenis komt dit overgangskarakter naar voren. In 2001 werd in de kabinetsreactie op het rapport van de werkgroep-Moltmaker opgemerkt dat verondersteld kan worden dat de erfbelasting, in het bijzonder in familieverbanden, ervan uitgaat dat bij elke overdracht van vermogen van generatie op generatie belasting geheven kan worden.⁴²¹ Het kabinet vindt dit een belangrijk uitgangspunt in de systematiek van de erfbelasting.

Ook in de literatuur komt deze gedachte naar voren. Drukker meent dat de erfbelasting naast een belasting wegens vermeerdering van draagkracht ook kan worden beschouwd als een belasting op de overgang door erfrecht.⁴²² Ook Schuttevâer stelt dat het eenzijdig zou zijn uitsluitend de nadruk te leggen op de verkrijging, met verwaarlozing van het feit dat de wet de overgang van vermogen naar de erfrechtelijke verkrijgers tot voorwerp van zijn belangstelling maakt.⁴²³ Adriani en Van Hoorn betogen dat niet erfslaters vermogen noch de verkrijging door de erfgenamen, maar de overgang van de erflater op de erfge-

418. *Kamerstukken II* 1948, 915, nr. 3, blz. 13.

419. *Kamerstukken I* 1916/17, 210, memorie van antwoord, blz. 57.

420. *Kamerstukken II* 1953/54, 915, nr. 5, blz. 13.

421. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 789, nr. 1, blz. 4. Dat was ook de ratio voor de invoering van fictief erfrechtelijke verkrijgingen met betrekking tot het APV: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 33-34.

422. M. Drukker, *Beschouwingen over de Successiewet 1956*, Amsterdam: Fed 1957, blz. 22-23.

423. H. Schuttevâer, *Handboek inzake de wetgeving op de rechten van successie van overgang en van schenking*, Arnhem: S. Gouda Quint - D. Brouwer & Zoon 1956, blz. 141.

namen wordt belast.⁴²⁴ Uiteraard zijn de juridische onderscheidingen die de auteurs maken hier niet van belang, maar de gedachte dat sprake moet zijn van een overgang van vermogen is dat wel degelijk.

Tegelijkertijd roept dit de vraag op of de heffing niet gelimiteerd moet worden in geval zich in kort tijdsbestek veel overgangen voordoen. Bij de heffing van erfbelasting in Venezuela is bijvoorbeeld een voorziening getroffen voor de situatie dat het vermogen binnen vijf jaar opnieuw in de rechte lijn vererft.⁴²⁵ De verschuldigde belasting wordt dan verminderd met 10% voor elk jaar dat van de vijfjaarsperiode resteert. In de Verenigde Staten wordt met dit element rekening gehouden door de heffing van een extra belasting op de overgang van vermogen waarbij een generatie wordt overgeslagen.⁴²⁶

Omdat het boedelkarakter dan te veel op de voorgrond treedt, heeft de wetgever meestal van dergelijke regelingen afgezien (zie par. 3.2.2). Wel geldt een verhoging van het tarief met 80% voor verkrijgingen van afstammelingen in de rechte lijn in de tweede of verdere graad (art. 24 SW 1956). Daarnaast geldt sinds 2010 de regeling dat de erfbelasting wordt verminderd tot nihil, indien de verkrijger binnen 30 dagen na de verkrijging komt te overlijden en over het verkregene nogmaals erfbelasting wordt geheven (art. 53, vierde lid, SW 1956). Deze bepaling strekt er toe een verzachting te bieden in gevallen waarin kort na elkaar twee overlijdens plaatsvinden.⁴²⁷ In dergelijke gevallen wordt het volgens de wetgever vaak als onrechtvaardig ervaren dat over dezelfde vermogensbestanddelen tweemaal erfbelasting wordt geheven. Uit deze motivering blijkt reeds dat het gaat om regelingen met een sterk politiek karakter. Aan het uitgangspunt dat iedere verkrijging wordt belast, ongeacht of hetzelfde vermogen in het geding is, doen zij echter niets af.

Samengevat vereist het boedelkarakter van de erfbelasting dat de verkrijging vermogensrechtelijk kan worden toegerekend aan de erflater. Het criterium dat het verkregene afkomstig is uit de nalatenschap van de erflater is te beperkt. Daarnaast kunnen ook verkrijgingen worden belast waarbij het verband met het vermogen van de overledene minder direct is. De in de sfeer van de derden-bedingen geïntroduceerde onttrekkingseis kan hier uitkomst bieden. Onder 'onttrekking' valt immers niet alleen de situatie dat rechtstreeks van de toekomstige erflater wordt verkregen, maar ook het geval waarin het verkregene toerekenbaar is aan een vermogensafname die eerder bij de erflater heeft plaatsgehad.

Bovendien kan de onttrekkingseis de heffing van erfbelasting limiteren tot hetgeen verkregen is door een bevoordeling afkomstig van de erflater. Een voordeel dat is onttrokken aan het vermogen van een ander dan de erflater kan niet ten gevolge van het overlijden van de erflater met erfbelasting worden belast. Nihil

424. P.J.A. Adriani en J. van Hoorn, *Het belastingrecht: zijn grondslagen en ontwikkeling (deel III)*, Amsterdam: L.J. Veen's Uitgeversmaatschappij N.V. 1955, blz. 194.

425. Art. 14 Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demas Ramos Conexos, *Gaceta Oficial Extraordinario* no. 5391, 22 oktober 1999.

426. Tax on generation-skipping transfers, 26 U.S. Code Chapter 13 (par. 2601-2664).

427. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 49.

est aliud hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit.⁴²⁸ De erflater kan de verkrijger met niet meer bevoordelen dan wat hij zelf heeft. Dit sluit ook aan bij de heffing van schenkbelasting. Op grond van het giftbegrip kan heffing immers enkel plaatsvinden voor zover de schenker is verarmd.

3.5.3 Vrijgevigheid vereist?

De vraag of voor de heffing van erfbelasting vrijgevigheid van de erflater is vereist, kwam aan de orde bij de wijziging van verschillende fictiebepalingen in 1926. De strekking van deze wijzigingen was om verschillende handelingen ter besparing van erfbelasting tegen te gaan. Hiertoe werd aanvankelijk voorgesteld om in een aantal fictiebepalingen de verwantschapseis te schrappen. De verwantschapseis was in 1897 ingevoerd om te voorkomen dat de fictiebepalingen ook van toepassing zijn als niet de intentie bestaat om belasting te ontgaan.⁴²⁹ De minister gaf de volgende motivering voor het schrappen van de verwantschapseis:⁴³⁰

“Naar het voorkomt is er alle reden om het voordeel, dat iemand, die geen bloed- of aanverwant, is, door het zoogenaamd verblijvensbeding te beurt valt, evenzeer met recht te belasten, als het voordeel, dat tengevolge van dat beding door een bloed- of aanverwant wordt verkregen. Het komt er toch op aan, om het verkregen voordeel te belasten; alleen de hoegrootheid van het verschuldigde percentage moet in verband staan met de vraag, van wie het voordeel is verkregen.”

Verder meende de minister dat ook het voordeel uit een kansovereenkomst, dat niet uit vrijgevigheid wordt verkregen en dus niet aan schenkbelasting is onderworpen, behoort te worden belast met erfbelasting.⁴³¹ Bij de wijziging van het wetsvoorstel een jaar later nam de nieuwe minister echter een tegengesteld standpunt in:⁴³²

“Voordeel genoten uit een dergelijk beding zonder vrijgevigheid blijft — behalve in de in art. 13 genoemde speciale gevallen — onbelast, omdat de successiewet op het standpunt staat, dat niet elk genoten voordeel voor belastingheffing in aanmerking komt, maar alleen bevoordeeling uit vrijgevigheid.”

Zonder de eis van vrijgevigheid zou volgens de bewindsman een ongelijke behandeling ontstaan ten opzichte van de situatie dat het voordeel wordt genoten door een andere omstandigheid dan overlijden. Heffing van schenkbelasting is immers alleen aan de orde als sprake is van vrijgevigheid. Daarom dient naar zijn idee ook de heffing van erfbelasting te worden beperkt tot situaties waarin een bevoordelingsbedoeling kan worden verondersteld. Het beding heeft dan feitelijk dezelfde werking als een testamentaire bepaling,

428. Dig. 50,16,24 pr. Vertaling: “Het recht van erfgenaamschap is niets anders dan de opvolging in alle rechten die de overledene had.” J.E. Spruit, R. Feenstra en F.B.J. Wubbe (red.), *Corpus Iuris Civilis: Tekst en Vertaling (deel VI)*, Zutphen en 's-Gravenhage: Walburg Pers en Sdu 2001, blz. 915.

429. Kamerstukken II 1896/97, 15, nr. 1, p. 5.

430. Kamerstukken II 1924/25, 304, nr. 5, blz. 13.

431. Kamerstukken II 1924/25, 304, nr. 5, blz. 14.

432. Kamerstukken II 1925/26, 34, nr. 3, blz. 8.

zodat heffing op haar plaats is. Dit sluit ook aan bij de bedoeling van de wetgever ten tijde van de invoering van de verschillende fictiebepalingen. In par. 2.3.3 bleek dat de fictiebepalingen werden ingevoerd om situaties te bestrijden waarin sprake is van een ontgaansmotief. Het was niet de bedoeling om ook de gevallen waarin eerlijke beweegredenen een rol spelen onder het bereik van een fictiebepaling te brengen.

In 1926 werd uiteindelijk besloten om de verwantschapseis in de fictiebepalingen te handhaven. Bij de invoering van de Successiewet 1956 kwam dezelfde vraag aan bod. Vanuit de gedachte dat de fictiebepalingen zien op verkrijgingen die in economische zin lijken op verkrijgingen krachtens erfrecht stelde de minister voor om aan de ficties een algemener bereik te geven.⁴³³

“De redactie van vele van deze bepalingen doet nog blijken, dat men de bedoelde artikelen aanvankelijk niet heeft gezien als een uitvloeisel van de algemene gedachte, dat een aantal contracten economisch een zodanig resultaat hebben, dat zij voor de fiscale behandeling van haar gevolgen aan erfrechtelijke verkrijgingen geassimileerd dienen te worden, indien een van de contractanten een — veelal ook nagestreefd — voordeel geniet in verband met het overlijden van de wederpartij. In bedoelde algemene gedachte immers is het b.v. niet rationeel, dat verschillende van deze (veelal als ‘fictie-bepalingen’ aangeduide) artikelen slechts van toepassing zijn, indien de rechtshandeling werd aangegaan tussen bepaalde bloed- of aanverwanten; het laten vervallen van deze beperking wordt dan ook in het aangeboden ontwerp voorgesteld.”

De minister stelde dan ook voor om de verwantschapseis te schrappen. Daarnaast was volgens hem verruiming van de fictiebepalingen wenselijk, omdat het nog steeds mogelijk was om de belastingheffing te ontgaan. Daarom verviel tevens de eis van sommige ficties dat de betreffende handelingen binnen een bepaalde termijn voor overlijden moeten plaatsvinden of werd deze termijn verruimd. Elementen die beogen het ontgaansmotief vast te stellen, worden dus gewijzigd, omdat volgens de minister een dergelijk motief geen vereiste is voor belastingheffing. Vanuit de Tweede Kamer klonk kritiek op de voorstellen. Hierdoor zouden talrijke bona fide transacties worden getroffen door slechts tegen ontduiking gerichte fictiebepalingen.⁴³⁴ Bij nota van wijziging keerden de verschillende elementen in beperkte mate terug in het wetsvoorstel. Dat nam niet weg dat de fictiebepalingen volgens de regering niet alleen zien op situaties waarin sprake is van een ontgaansmotief.⁴³⁵

“Voorts kunnen de ondergetekenden niet instemmen met het in het Voorlopig Verslag naar voren gebrachte denkbild dat fictiebepalingen slechts zouden moeten gelden, indien en voor zover gedacht kan worden aan ‘een anti-fiscale oorzaak’ van de rechtshandeling. Het is zeer wel mogelijk, ook tussen familielieden, dat een rechtshandeling wordt aangegaan, zonder dat daarbij antifiscale motieven een rol spelen. Doch evenzeer is het verklaarbaar dat de wetgever, bepaalde rechtshandelingen in de praktijk waarnemende, een gunstig rechtsgevolg voor de langstlevende — juist omdat dit rechtsgevolg zich openbaart bij de dood van hem die in enige vorm vermogen afstond — assimileert aan een ver-

433. *Kamerstukken II 1948, 915, nr. 3, blz. 16.*

434. *Kamerstukken II 1949/50, 915, nr. 4, blz. 38-39.*

435. *Kamerstukken II 1953/54, 915, nr. 5, blz. 8.*

krijging krachtens erfrecht. De vraag waar de grens van de werking der fictiebepalingen moet worden getrokken behoort te worden beantwoord na afweging van alle van belang zijnde omstandigheden.”

Ook in de toelichting op afzonderlijke fictiebepalingen gaf de regering aan het uitgangspunt van de memorie van toelichting nog steeds te onderschrijven.⁴³⁶ De regering en de Tweede Kamer bleven dus van mening verschillen over de aard en reikwijdte van de fictiebepalingen. In 1984 benadrukte de regering wel weer het element van vrijgevigheid. Bij een wijziging van de fictiebepalingen werd het toepassingsbereik van art. 10 en art. 11 SW 1956 verruimd tot handelingen tussen samenwoners. De regering merkte op dat in die verhouding vrijgevigheid kan worden verondersteld, zodat toepassing van de ficties op haar plaats is:⁴³⁷

“Wij zijn van mening dat de uitbreiding van het werkingsgebied van de fictiebepalingen een juiste zaak is. Het gaat er immers om de ficties van toepassing te verklaren op bepaalde transacties tussen personen die tot elkaar in een zodanige relatie staan dat onderlinge vrijgevigheid kan worden verondersteld. Nu de nauwe onderlinge band tussen samenwonenden voor de Successiewet 1956 fiscale erkenning heeft gevonden in de sfeer van vrijstellingen en tarieven, is het redelijk deze fiscale erkenning ook door te laten werken in de sfeer van de artikelen 10 en 11.”

In de wetsgeschiedenis wordt dus enerzijds de wens geuit om economisch gelijke gevallen gelijk te behandelen en anderzijds gesteld dat zakelijke transacties niet door de erfbelasting mogen worden geraakt. Mijns inziens is het niet inconsequent dat de wetgever erfbelasting wil heffen ondanks het ontbreken van een bevoordelingsbedoeling bij de erflater. Wel laat het zien dat niet zozeer vrijgevigheid, maar zakelijkheid het relevante criterium is om al dan niet erfbelasting te heffen. Een voordeel in de zakelijke sfeer behoort niet met erfbelasting te worden getroffen, maar een voordeel in de privésfeer wel, ongeacht een eventuele bevoordelingsbedoeling. Dat zakelijkheid het onderscheidend criterium is, komt nadrukkelijk naar voren in het navolgende citaat waarin de Raad van State een omschrijving geeft van de materiële norm die aan het belastbare feit van de erfbelasting ten grondslag ligt:⁴³⁸

“Bij de erf- en schenkbelastingen kan als een materieel criterium voor de voorwerpen van belasting het voordeel dat aan de verkrijger opkomt als gevolg van het overlijden van de erflater of van de vrijgevigheid van de schenker, worden gehanteerd. Het zou bij deze belastingen niet meer zozeer gaan om, zoals ook in het voorgestelde artikel 1, eerste lid, SW 1956 blijft opgenomen, de waarde van al wat krachtens erfrecht of schenking wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde, maar om het voordeel dat bij de verkrijger opkomt als het gevolg van het overlijden van de erflater of de vrijgevigheid van de schenker. Een voordeel kan niet alleen opkomen bij een rechtstreekse verkrijging van geld, zaken of rechten door een eenzijdige handeling van erflater of schenker, maar ook op grond van een overeenkomst die tussen erflater of schenker met de verkrijger

436. *Kamerstukken II 1953/54*, 915, nr. 5, blz. 12.

437. *Kamerstukken II 1981/82*, 17 041, nr. 6, blz. 18.

438. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 4, blz. 6.

niet op louter zakelijke gronden wordt gesloten maar op voor de verkrijger gunstige voorwaarden die hun oorsprong uitsluitend vinden in de bijzondere relatie tussen erflater of schenker en de verkrijger. In deze gevallen moet de overeenkomst worden ontleed in een 'zakelijke' transactie, gesloten op voorwaarden die ook met willekeurige derden overeengekomen worden, en een bevoordeling die voortvloeit uit de bijzondere relatie tussen erflater of schenker en de verkrijger. Deze bevoordeling is dan vervolgens het voorwerp van de erf- of schenkbelasting.”

Ook Van Rijn wijst er op dat voor de erfbelasting de vrijgevigheid niet doorslaggevend is.⁴³⁹ Ook als de erflater niet zou willen dat een deel van zijn vermogen bij een erfgenaam terecht komt, maar dit als gevolg van de regels van het erfrecht wel gebeurt, is sprake van een belastbaar feit. Hieruit concludeert zij eveneens dat alleen zakelijke overeenkomsten, waarbij een vermogensverschuiving optreedt en waarbij vrijgevigheid niet in beeld is, buiten het bereik van de Successiewet 1956 moeten blijven. Het is naar haar idee niet wenselijk dat een vermogensvermeerdering die optreedt bij de verkrijger door een meevaller bij een zakelijke overeenkomst wordt belast met schenkbelasting.

De heffing van erfbelasting ziet dus niet op zakelijke voordelen. Dat is ook noodzakelijk om samenloop met de heffing van inkomstenbelasting te voorkomen. Als de erfbelasting zich uitstrekt tot zakelijke verhoudingen, kan een eventueel voordeel uit een zakelijke overeenkomst, bijvoorbeeld als gevolg van een verblijvingsbeding met werking bij overlijden, met erfbelasting worden getroffen. Dat leidt tot dubbele heffing, omdat een dergelijk zakelijk voordeel in beginsel ook met inkomstenbelasting wordt belast. De verrijking van de verkrijger wordt dan dus twee keer belast. Indien daarentegen van een onzakelijke overeenkomst sprake is, zal in de winstsfeer reeds bij het sluiten van de overeenkomst sprake zijn van een onttrekking aan het ondernemingsvermogen dan wel een uitdeling uit de vennootschap. De verdere afwikkeling van de overeenkomst vindt plaats in de privésfeer en kan eventueel met erfbelasting worden belast. Dubbele heffing doet zich alsdan niet voor.

De vraag is hoe de voorwaarde dat sprake moet zijn van een onzakelijk voordeel of positief geformuleerd, dat sprake moet zijn van een voordeel in de privésfeer, het best kan worden genormeerd. Conform het beginsel van onderlinge afstemming wordt eerst onderzocht in hoeverre aansluiting bij het erfrecht een optie is (par. 3.5.4). Ik gebruik daarbij als leidraad het voorstel van Schols en Schols om de quasilegatenregeling van boek 4 BW te gebruiken bij de vormgeving van het belastbare feit. Een alternatief is juist om te werken met een autonome fiscale norm. Dit systeem zie ik in par. 3.5.5, voornamelijk aan de hand van in het Verenigd Koninkrijk en Ierland geldende regelingen. Een derde optie is de zogenaamde 'opsommingsmethode' (par. 3.5.6). Daarbij vindt een opsomming plaats van de verschijningsvormen waarin de belaste verkrijging zich kan voordoen. Heden ten dage heeft deze methode vooral bij de heffing door de Zwitserse kantons ingang gevonden.

439. A.P.M. van Rijn, 'Heffen over vermogensvermeerdering bij de verkrijger', WPNR (2008) 6757, par. 3.1.

3.5.4 Aansluiting bij het erfrecht

Net als de erfbelasting heeft ook het erfrecht betrekking op de overgang van het vermogen van de erflater. Het is daarom denkbaar dat maatregelen die voorkomen dat het erfrecht ten aanzien van een vermogensbestanddeel toepassing mist (zoals de quasilegatenregeling) hetzelfde doel nastreven als het belastbare feit van de erfbelasting. Uit het beginsel van onderlinge afstemming (par. 1.5.3.5) vloeit dan voort dat bij het erfrecht wordt aangesloten. De voordelen van dit principe springen in het oog. Door aansluiting bij het civiele recht wordt de wetstoepassing in civilibus rechtstreeks overgenomen in fiscalibus. Dit leidt tot eenheid in het recht: de civielrechtelijke werkelijkheid hoeft niet binnen het fiscale systeem te worden ingepast. Uit de vaststelling van de civielrechtelijke gevolgen blijken direct de fiscale consequenties.

In de literatuur hebben Schols en Schols een voorstel gedaan om voor wat betreft het belastbare feit van de erfbelasting aansluiting te zoeken bij het erfrecht.⁴⁴⁰ De erfbelasting dient naar hun idee naadloos aan te sluiten bij haar civielrechtelijke ondergrond. Voor de heffing over niet-erfrechtelijke verkrijgingen kan worden aangesloten bij de quasilegatenregeling van art. 4:126 BW vanwege de vergelijkbare doelstelling:

“Een praktische wetgever zal dankbaar putten uit de erfrechtelijke fictie die aldaar reeds opgenomen is om schuldeisers, en in het bijzonder de legitimaris, te beschermen tegen de ongewenste effecten van het contractuele erfrecht. Het verbaast dan ook niet dat de technieken die in de praktijk gebruikt worden om de legitieme te ontgaan, oftewel de kinderen te ‘onterven’, niet zelden de evenbeelden zijn van de technieken die gebruikt worden om successierecht te besparen. Er is immers een belangrijke gelijkenis tussen het onterfde kind en de ‘onterfde’ fiscus. Niet alleen de fiscus wordt onder het huidige erfrecht, en wel in art. 4:7 lid 1 letter e BW, als een schuldeiser van de nalatenschap gezien, ook de legitimaris heeft in art. 4:7 lid 1 letter g BW deze verbinteniserightelijke status gekregen. Derhalve worden beide belanghebbenden, zowel de fiscus als de legitimaris, beschermd door de erfrechtelijke fictie.”

Van Vijfeijken vat het zo samen dat de wetgever met de quasilegatenregeling heeft beoogd te voorkomen dat de erflater zijn nalatenschap verkleint ten laste van legitimarissen en andere schuldeisers.⁴⁴¹

Uiteraard is het voor de erfbelasting ook van belang dat de erflater de grondslag van de heffing niet uitholt door handelingen tijdens leven. Er bestaat echter een groot verschil in reikwijdte tussen de Successiewet 1956 en het erfrecht. De heffing van erf- en schenkbelasting ziet in beginsel op elke onzakelijke vermogensverschuiving die tijdens het leven van de erflater of als gevolg van zijn overlijden plaatsvindt. Het Nederlandse erfrecht daarentegen ziet op het vermogen waarover de erflater tijdens zijn leven nog niet heeft beschikt en dat diens gevolg is ten gevolge van zijn overlijden overgaat op anderen. Ver-

440. B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, “Enige’ civielrechtelijke dogmatiek misstaat de schenk(ings)- en erfbelasting niet!”, *WPNR* (2008) 6757.

441. I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer 2013, par. 2:3.3.4.

mogensverschuivingen tijdens leven worden in beginsel ongemoeid gelaten. Dat is overigens niet vanzelfsprekend. Reeds onder de Codex Hammurabi moesten giften worden ingebracht in de nalatenschap, zodat er bij de verdeling rekening mee kon worden gehouden.⁴⁴² Een vergelijkbare benadering bestond in het Romeinse recht met de *bonorum collatio*.⁴⁴³ De achtergrond van deze rechtsfiguur was dat aan een zoon die niet meer onder het vaderlijk gezag stond geen wettelijk erfdeel toekwam. Hij mocht evenwel voor een gelijk deel als de erfgenamen opkomen bij de verdeling van de nalatenschap, mits hij zijn vermogen ten tijde van het overlijden inbracht in de nalatenschap, voor zover een gezagsonderworpen zoon anders benadeeld zou worden. Ook daar omvatte het erfrecht dus tevens hetgeen tijdens leven was verkregen.⁴⁴⁴

Uiteraard geeft de quasilegatenregeling wel een uitbreiding tot bepaalde rechtshandelingen die de erflater tijdens zijn leven heeft verricht. Daarmee wordt echter een erfrechtelijk systeem gehanteerd dat vergelijkbaar is met systeem 1 uit par. 3.4.1. Op bevoordelingen tijdens leven wordt enkel acht geslagen, indien zij kunnen leiden tot ontwijking van het erfrecht. Vanwege dit verschil in reikwijdte ligt een directe koppeling met de quasilegatenregeling niet voor de hand. Wel kan nog gekeken worden naar de individuele bepalingen van art. 4:126 BW. Deze luiden als volgt:

“1. Een schenking of andere gift wordt, voor zover deze de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de schenker of gever wordt uitgevoerd, en zij niet reeds tijdens het leven van de schenker of gever is uitgevoerd, voor de toepassing van hetgeen in dit Boek is bepaald betreffende inkorting en vermindering aangemerkt als een legaat ten laste van de gezamenlijke erfgenamen.

2. Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op:

- a. een beding dat een goed van een der partijen onder opschortende voorwaarde of onder opschortende tijdsbepaling zonder redelijke tegenprestatie op een ander overgaat of kan overgaan, voor zover het beding wordt toegepast in geval van overlijden van degene aan wie het goed toebehoort; wederkerigheid van het beding geldt niet als tegenprestatie;
- b. een begunstiging bij een sommenverzekering, voorzover de uitkering die door het overlijden van de verzekeringnemer verschuldigd wordt, als een gift geldt;
- c. een omzetting van een natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare, voor zover deze de strekking heeft dat de verbintenis pas na het overlijden van de schuldenaar zal worden nagekomen, en deze verbintenis niet reeds tijdens diens leven is nagekomen.”

Schols en Schols betogen niet dat deze civielrechtelijke ficties klakkeloos overgenomen moeten worden in het fiscale recht. Wel stellen zij voor dat in *fiscalibus* wordt voortgebouwd op de quasilegatenregeling. Zij werken ook een aantal voorbeelden uit waarin aansluiting bij de quasi-legaten naar hun idee tot een redelijker resultaat leidt dan toepassing van de (destijds geldende) Successiewet 1956. Van Zielst bevestigt dat er zeer veel overeenkomsten te vinden zijn tussen

442. Regels 165 en 166 van de Codex Hammurabi. *The Code of Hammurabi translated by L.W. King*, Paulo J.S. Pereira 2011, blz. 20-21.

443. Zie *Dig.* 37,6.

444. De *bonorum collatio* zag daarbij ook op het vermogen dat de zoon zelf had verworven, omdat een gezagsonderworpen zoon enkel vermogen voor zijn vader kon verwerven.

de huidige fictiebepalingen en de quasilegatenregeling.⁴⁴⁵ Niettemin concludeert hij dat art. 4:126 BW op veel punten moet worden bijgeschaafd om als een volwaardige vervanger te dienen en acht hij een simpele verwijzing naar deze bepaling ongewenst. Wel bepleit hij om delen van de quasilegatenregeling, vaak in aangepaste vorm, integraal op te nemen in het belastbare feit. Van Vijfeijken meent dat aansluiting bij de quasilegatenregeling geen vereenvoudiging met zich brengt.⁴⁴⁶

Bij de beoordeling van de inpasbaarheid van de quasilegatenregeling nemen de verschillende auteurs de rationes van de bestaande ficties tot uitgangspunt. Vanuit de voorwaarde die in dit hoofdstuk wordt besproken, is de vraag of de aansluiting bij de quasilegatenregeling leidt tot een goede omschrijving van de onzakelijke voordelen die van een erflater kunnen worden verkregen. Deels is dat niet het geval, omdat onder het tweede lid, onderdeel a, ook een zakelijk voordeel kan vallen. Wederkerigheid geldt immers niet als tegenprestatie. De andere situaties betreffen wel onzakelijke bevoordelingen, maar de meeste zijn nogal specifiek. Zowel in het eerste lid als in het tweede lid, onderdeel b, gaat het om een specifieke soort gift. Bij de formulering van het belastbare feit kan beter het generieke begrip gift in de zin van art. 7:186, tweede lid, BW tot uitgangspunt worden genomen.

Schols en Schols wijzen er op dat ook het belastbare feit voor de Duitse Erbschaftsteuer⁴⁴⁷ is gegrond in het civiele recht. Deze erfbelasting zien zij dan ook als inspiratie voor de Nederlandse regeling. Naar mijn idee verdraagt de complexiteit van het belastbare feit van de Duitse Erbschaftsteuer zich moeizaam met de beginselen van doelmatigheid en uitvoerbaarheid. Het Duitse belastbare feit verwijst direct naar bepalingen uit het burgerlijk recht, maar dat is onvoldoende voor een sluitend belastbaar feit. Daarom zijn vele uitbreidingen opgenomen. Par. 3, tweede lid, ErbStG geeft maar liefst zeven uitbreidingen op de toch al uitvoerige hoofdregel van het eerste lid. Ook voor specifieke gevallen uit het huwelijksvermogensrecht ('Fortgesetzte Gütergemeinschaft' en 'Zugewinnngemeinschaft') zijn in de belastingwet aparte regelingen ingeruimd. De wijze waarop in par. 3, eerste lid, ErbStG een opsomming wordt gegeven van de belastbare verkrijgingen, biedt mijns inziens wel een goede basis voor de vormgeving van het Nederlandse belastbare feit. Deze opsommingsmethode werk ik in par. 3.5.6 uit.

3.5.5 Autonome fiscale norm

Met de enkele aansluiting bij het erfrecht en de daarin geregelde quasi-legaten kan dus niet worden volstaan. Naast de koppeling met het erfrecht moet nog een aanvullende regeling worden opgenomen. Vanuit het oogpunt van doelmatigheid en rechtszekerheid is de toegevoegde waarde van een dergelijk systeem

445. M.I. van Zielst, 'Een regeling analoog aan de quasi-legatenregeling in de Successiewet 1956', *WPNR* (2011) 6886, blz. 411-417.

446. I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer 2013, par. 17.3.

447. Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Wet van 17 april 1974, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 26 juni 2013, BGBl. I S. 1809.

dan ook beperkt. Aan de andere kant van het spectrum is het mogelijk om in het geheel geen koppeling te maken met het civiele recht, maar volledig te werken met eigen fiscaalrechtelijke definities. De vraag rijst of daarmee meer recht wordt gedaan aan de beginselen van behoorlijk wetgeving.

In het Verenigd Koninkrijk wordt het belastbare feit gevormd door de ‘transfer of value’. Daaronder wordt verstaan de ‘disposition’ van een natuurlijk persoon als gevolg waarvan de waarde van zijn vermogen afneemt, waarbij het bedrag van die waarde-afname als overgedragen waarde wordt aangemerkt.⁴⁴⁸ Enerzijds is dit uitgangspunt te beperkt, zodat bij overlijden de erflater wordt geacht onmiddellijk voor zijn overlijden een ‘transfer of value’ te hebben gemaakt ter grootte van de waarde van zijn vermogen op dat tijdstip (section 4, par. 1). Anderzijds is het te ruim, zodat onder andere beperkingen zijn opgenomen voor uitgaven ten behoeve van het levensonderhoud van familieleden (section 11), uitgaven die aftrekbaar zijn voor de heffing van inkomstenbelasting en de betaling van pensioenpremies (section 12). Ook giften tijdens leven blijven onbelast, tenzij zij hebben plaatsgevonden binnen zeven jaar vóór overlijden (section 3A, par. 4 en 5).

Bij de beoordeling van dit economische belastbare feit valt allereerst op dat, hoewel de belasting officieel wordt aangemerkt als een inheritance tax, feitelijk sprake is van belasting over het vermogen van de erflater. In ongewijzigde vorm zou het belastbare feit daarom niet binnen het Nederlandse systeem passen. Bovendien is het belastbare feit verre van eenvoudig, omdat tal van aanvullende regelingen nodig zijn. Zoals de fictiebepalingen in het Nederlandse stelsel het beperkte uitgangspunt van het belastbare feit uitbreiden, brengen voornoemde bepalingen juist beperkingen aan op een te ruim vertrekpunt.

Wellicht kan beter te rade worden gegaan bij de Ierse erfbelasting. Anders dan in het Verenigd Koninkrijk is in Ierland het belastbare feit gekoppeld aan het perspectief van de verkrijger. De Ierse erfbelasting wordt geheven over de waarde van de ‘inheritance’ waartoe een verkrijger gerechtigd is geworden.⁴⁴⁹ Het begrip ‘inheritance’ wordt daarbij economisch ingekleurd (section 11):

“For the purposes of this Act, where, under or in consequence of any disposition, a person becomes beneficially entitled in possession on a death to any benefit (...), otherwise than for full consideration in money or money’s worth paid by him, he shall be deemed to take an inheritance.”

Anders dan in het Verenigd Koninkrijk is het begrip ‘disposition’ nader gedefinieerd. Deze definitie bestaat uit een niet-limitatieve opsomming, waarbij de aansluiting bij het spraakgebruik ver te zoeken is. Zo worden de donatio mortis causa en de uiterste wil genoemd, maar ook de vererving volgens het wettelijk erfrecht (section 2, subs. 1). Ook voor de betekenis van het element ‘on a death’ moet de definitie worden geraadpleegd. Onder dit begrip valt niet alleen de verkrijging als gevolg van overlijden, maar onder andere ook de verkrijging

448. Section 3, par. 1, Inheritance Tax Act 1984, Wet van 31 juli 1984, Chapter 51.

449. Section 10 Capital Acquisitions Tax Act, Wet van 31 maart 1976, Number 8 of 1976.

binnen twee jaar voorafgaand aan het overlijden en onder omstandigheden de beëindiging van een levenslang genotsrecht (section 3).

Feitelijk wordt de reikwijdte van het belastbare feit dus bepaald door de situaties die zijn genoemd bij de definiëring van de begrippen ‘disposition’ en ‘on a death’. Het belastbare feit zelf is daardoor een lege huls waaruit niets kan worden afgeleid. Dit maakt de benadering omslachtig. De opsommingen die nodig zijn om de verschillende ‘vage’ begrippen nader in te vullen, zouden beter zelf het belastbare feit kunnen vormen. De wijze waarop een dergelijke opsomming als belastbaar feit kan dienen, bespreek ik in par. 3.5.6.

Uit de wijze waarop in het Verenigd Koninkrijk en Ierland zakelijke voordelen van de heffing worden uitgesloten, kan wel lering worden getrokken. Onder de Britse erfbelasting gelden beschikkingen niet als ‘transfer of value’, indien geen sprake is van een bevoordelingsbedoeling en de beschikking onderdeel is van een transactie die heeft plaatsgevonden at arm’s length tussen niet-gelieerde personen dan wel naar verwachting op dezelfde voorwaarden door niet-gelieerde personen zou zijn overeengekomen (section 10, par. 1). Daarbij hoeft de voorwaarde van een bevoordelingsbedoeling in Nederland niet te worden gesteld, aangezien dat niet het onderscheidend criterium is tussen wel en niet heffen. De eis dat tegenover de verkrijging geen zakelijke tegenprestatie staat, zoals ook in Ierland wordt gesteld (zie het citaat uit section 11 hierboven), geeft de bedoeling van de wetgever wel goed weer. Hoewel een dergelijke norm voorkomt dat juridische onderscheidingen de belastingheffing ten onrechte kunnen beïnvloeden, kan worden afgevraagd of de norm niet te vaag is. In hoeverre inpassing in het Nederlandse belastbare feit wenselijk is, komt aan het einde van par. 3.5.6 verder ter sprake.

Een andere mogelijkheid is om de koppeling met de inkomstenbelasting te maken. In het Zwitserse kanton Aargau worden zakelijke voordelen van de heffing van erf- en schenkbelasting uitgesloten door allereerst te bepalen dat het gaat om voordelen waar “keine oder keine gleichwertige Leistung der empfangenden Person gegenübersteht” en vervolgens een uitzondering op te nemen voor “Vermögensanfälle, die von der empfangenden Person im Zeitpunkt der Zuwendung als Einkommen oder Gewinn versteuert werden”.⁴⁵⁰ Het nadeel van deze benadering is de afhankelijkheid die wordt gecreëerd van de vormgeving van de inkomstenbelasting. Dat de heffing van erfbelasting over zakelijk verkregen voordelen tot dubbele heffing kan leiden (zie par. 3.5.3), betekent uiteraard niet dat alle zakelijke voordelen ook daadwerkelijk in de heffing van inkomstenbelasting worden betrokken. Het gevolg zou dan zijn dat waar heffing van inkomstenbelasting ter zake van een zakelijk voordeel, al dan niet terecht, achterwege blijft, erfbelasting is verschuldigd. En dat strookt niet met de bedoeling van de wetgever dat ter zake van zakelijke voordelen geen erfbelasting wordt geheven.

450. Par. 142 Steuergesetz, Kanton Aargau, Wet van 15 december 1998, 651.100.

3.5.6 Opsommingsmethode

Nu directe aansluiting bij het erfrecht geen soelaas biedt en de voordelen van een zelfstandig onzakelijkheids criterium met het oog op de rechtszekerheid beperkt zijn, is een derde optie om bij de formulering van het belastbare feit de verschillende typen verkrijgingen te benoemen. Eerder zijn van deze benadering al verschillende voorbeelden gegeven. Ten tijde van de Republiek was dit de geijkte methode om het belastbare feit vorm te geven. In Holland en West-Friesland werd opgesomd dat belast werd de verkrijging ter zake des doods, op grond van het wettelijk of testamentaire erfrecht, codicil, legaat of gift.⁴⁵¹

Ook nu nog wordt een dergelijke methodiek gehanteerd. De meeste Zwitserse kantons hebben het belastbare feit van hun erfbelasting op deze wijze vormgegeven. In par. 2.4.3 werd reeds het voorbeeld gegeven van het belastbare feit van het kanton Zürich.⁴⁵² Daarin wordt vooropgesteld dat alle vermogensovergangen op grond van het wettelijk erfrecht of een beschikking ter zake des doods aan heffing onderworpen zijn. Vervolgens wordt een niet-limitatieve opsomming gegeven van de verschillende verkrijgingen die zijn belast. Genoemd worden de verkrijgingen op grond van erfstelling, legaat, erfcontract, schenking ter zake des doods en de oprichting van een stichting ter zake des doods. Andere kantons hanteren soortgelijke omschrijvingen.⁴⁵³ Deze techniek wordt ook door de werkgroep-Moltmaker gebruikt in haar proeve voor een nieuwe Successiewet.⁴⁵⁴ In art. 2.1 wordt een limitatieve opsomming gegeven waarin naast de verkrijging krachtens erfrecht (onderdeel a) ook de verkrijging krachtens bepaalde rechtshandelingen (onderdeel b, zie par. 3.4.3), de verkrijging krachtens een overeenkomst van levensverzekering of derdenbeding (onderdeel c) en de verkrijging krachtens een overeenkomst met betrekking tot rentevergoeding zijn genoemd (onderdeel d).

Het voordeel van de opsommingsmethode is dat is opgesomd welke verkrijgingen belastbaar zijn. Dit komt de eenvoud en duidelijkheid van de regeling ten goede. Bovendien is een opsomming als bij de werkgroep-Moltmaker erg nauwkeurig vanwege haar limitatieve karakter. Een ander voordeel is dat wordt aangesloten bij aanverwante civiele wetgeving. In het civiele recht is immers geregeld op welke wijze vermogen kan worden verkregen. Daar moet dan ook worden nagegaan op welke verschillende manieren niet-zakelijke verkrijgingen ten gevolge van het overlijden van een erflater mogelijk zijn:

- Dit is uiteraard in de eerste plaats de verkrijging krachtens erfrecht. Het erfrecht ziet op de overgang van het vermogen waarover de erflater tijdens zijn leven niet heeft beschikt.

451. Art. 3 Ordonnantie van 22 december 1598, *Groot-Placaetboek I*, 's Gravenhage 1658, blz. 1954-1955.

452. Par. 3 Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, Kanton Zürich, Wet van 28 september 1986, *Offizielle Sammlung* 49, 810.

453. Zie onder andere: par. 3 Gesetz über die Erbschafts- und Schenkungssteuer, Kanton Thurgau, Wet van 15 juni 1989, RB 641.8, en par. 121 Gesetz über die direkten Steuern, Kanton Basel-Stadt, Wet van 12 april 2000, 640.100.

454. Werkgroep modernisering successiewetgeving, *De warme, de koude en de dode hand (rapport van 13 maart 2000)*, 's-Gravenhage: Ministerie van Financiën 2000, Bijlage 1: Proeve van een Successiewet 2001.

- Over het vermogen dat niet tot de nalatenschap behoort, heeft de erflater al wel beschikt. Ten aanzien van die beschikkingen tijdens leven springt als onzakelijke vermogensverschuiving vooral de gift in het oog. In par. 3.5.3 is uiteengezet dat een bevoordelingsbedoeling van de erflater geen vereiste is voor de heffing van erfbelasting. Niettemin komt de eis van een bevoordelingsbedoeling verschillende keren in de wetsgeschiedenis naar voren. Dat is niet verwonderlijk, omdat bij niet-zakelijke rechtshandelingen waarbij de erflater is betrokken in de regel ook sprake zal zijn van een bevoordelingsbedoeling.
- Een bevoordelingsbedoeling hoeft niet aan de orde te zijn als verplichtingen in de sfeer van het personen- of familierecht een rol spelen. Het gaat dan om de voldoening aan een natuurlijke verbintenis of vermogensverschuivingen in de sfeer van het huwelijksvermogensrecht. In dergelijke gevallen vindt de verkrijging plaats buiten de zakelijke sfeer, maar is geen sprake van een bevoordelingsbedoeling.
- Tot slot moet rekening worden gehouden met de rechtsfiguren die zich onder een buitenlands rechtstelsel kunnen voordoen. Het gaat dan met name om rechtsfiguren die binnen het Nederlandse civiele recht niet bekend zijn, zoals de trust. Een verwijzing naar het APV-regime kan dan ook niet ontbreken.

De vraag is of het volstaat om de hiervoor genoemde categorieën van verkrijgingen limitatief als belastbare verkrijgingen in art. 1 SW 1956 op te sommen. Mogelijk kan een lek ontstaan in verband met een buitenlandse rechtsfiguur die leidt tot een onzakelijke vermogensverschuiving, maar niet onder de in Nederland bekende categorieën valt. Hierbij kan worden gedacht aan landen waarbij het overlijden van een gerechtigde tot een beperkte gemeenschap van rechtswege leidt tot aanwas bij de andere gerechtigden (zie verder par. 4.2.6).

Dit probleem kan worden opgelost door de opsommingsmethode te combineren met het in par. 3.5.5 omschreven algemene onzakelijkheids criterium. Aan de opsomming van belastbare verkrijgingen kan dan als laatste categorie worden toegevoegd de situatie dat tegenover de verkrijging geen zakelijke tegenprestatie staat. Zodoende wordt een vangnetbepaling gecreëerd voor een onzakelijke vermogensverschuiving die niet onder het bereik valt van een van de andere categorieën. Het enige nadeel van een dergelijk vangnet is de afname van de rechtszekerheid. Er wordt dan immers alsnog een vage norm aan de opsomming toegevoegd. Mijns inziens zal het effect op de rechtszekerheid echter beperkt zijn, indien de algemene onzakelijkheidsnorm alleen geldt voor situaties die niet onder een eerdere categorie vallen. Slechts in een enkel geval wordt dan toegekomen aan toetsing aan de restcategorie.

3.6 VOORDEEL

3.6.1 Geen genot, toch belasting?

In par. 3.3 is geconcludeerd dat zowel de verkrijging van zaken als van vermogensrechten aan de heffing van erfbelasting is onderworpen. De vaststelling

van het te belasten voordeel lijkt dan eenvoudig. Zolang de verkrijger nog geen goed heeft verkregen, is heffing niet op zijn plaats. Zodra daarvan wel sprake is, kan heffing plaatsvinden over de waarde van de verkregen goederen. In werkelijkheid blijkt het verkregen voordeel echter niet zo gemakkelijk te bepalen. Allereerst kan de vraag opkomen of het tijdstip van heffing altijd samenvalt met het moment van verkrijging van het goed. Mogelijk moet in bepaalde gevallen de heffing later plaatsvinden, bijvoorbeeld zodra de verkrijger het genot van het goed heeft verkregen. Daarnaast kunnen zich problemen voordoen bij de waardering van de verkrijging. Dat speelt in het bijzonder als de waarde afhangt van de vervulling van een voorwaarde of de uitoefening van een wilsrecht.

De staten die erfbelasting heffen, kennen ook verschillende regelingen met betrekking tot het tijdstip van heffing en de waarde waartegen een voordeel in aanmerking wordt genomen. In het Verenigd Koninkrijk sluit de erfbelasting aan bij wijzigingen in de gerechtigdheid tot de nalatenschap die voortvloeien uit de verdeling, het doen van afstand of de wens van de erflater die door een legataris wordt uitgevoerd, mits zij plaatsvinden binnen twee jaar na het overlijden.⁴⁵⁵ Onder de Ierse erfbelasting wordt het resultaat na verwerping of afstand altijd gevolgd, voor zover tegenover de verwerping of afstand geen tegenprestatie staat.⁴⁵⁶ De vervulling van de Angelsaksische pendant van de ontbindende voorwaarde ('contingency') leidt in Ierland tot teruggaaf van de verschuldigde erfbelasting, behalve voor de periode waarover de verkrijger reeds het genot heeft gehad (section 20).⁴⁵⁷ Een herroepelijke schenking wordt pas in de heffing betrokken op het tijdstip dat de erflater de schenking niet meer kan herroepen (section 30).

Zoals in par. 2.2.3 besproken, werd in de Republiek veelal aangesloten bij degene die het voordeel genoot en niet bij de juridisch gerechtigde. Zo hoefde de blote eigenaar niet eerder belasting te betalen dan dat het vruchtgebruik was geëindigd. Verder was de vererving in de zijlijn niet belast, indien het overleden kind op grond van het testament van een van zijn ouders nog niet in het bezit was gesteld van hetgeen hij of zij van de betreffende ouder had geërfd. Bij de invoering van een algemene erfbelasting in 1817 werd deze lijn voortgezet. De wetgever formuleerde het volgende grondbeginsel voor de nieuwe wet:⁴⁵⁸

“Men betaalt namelijk van al datgene hetwelk door den overledene wordt nagelaten, na aftrek van de schulden des boedels, zoodanig dat hetgeen aan den lande moet worden opgebracht steeds is in eene juiste betrekking met datgene hetwelk men geniet, en men betaalt niet eer vóór dat men het genot heeft van hetgeen ter zake van het overlijden van een derde verkregen wordt.”

Vóór 1869 kon de belasting over de blote eigendom worden opgeschort tot het einde van het vruchtgebruik. Bij vererving van de blote eigendom vond geen cumulatie van erfbelasting plaats, maar verviel het opgeschorte recht (art. 48

455. Section 17, onderdelen a en b, jo. section 142, par. 1, en section 143 Inheritance Tax Act 1984, Wet van 31 juli 1984, Chapter 51.

456. Section 13 Capital Acquisitions Tax Act, Wet van 31 maart 1976, Number 8 of 1976.

457. Vgl. art. 53, tweede lid, SW 1956.

458. *Kamerstukken II 1816/17*, XVI, nr. 3, blz. 248.

SW 1859). Alleen bij de aangroei naar volle eigendom was de eigenaar erfbelasting verschuldigd (art. 50, eerste lid, SW 1859). In 1859 werd dit stelsel door de minister als volgt verdedigd:⁴⁵⁹

“Menigvuldig zijn de gevallen op welke het billijk en onmisbaar stelsel van opschorting der regten invloed uitoefent, vooral wanneer daarbij de even billijke regel: *geen genot, geene belasting*, wordt aangenomen.”

Destijds was er reeds kritiek op dit uitgangspunt. In de Tweede Kamer werd opgemerkt dat de werkelijke aard van de erfbelasting het belasten van de overgang van kapitalen is, ongeacht of sprake is van vruchten afwerpende zaken.⁴⁶⁰ In 1869 heeft de wetgever dat uitgangspunt overgenomen en de heffingssystematiek ten aanzien van vruchtgebruik en blote eigendom ingrijpend gewijzigd. In de wetsgeschiedenis werd gesteld dat dit nieuwe stelsel beter aansluit bij het uitgangspunt van art. 1 SW 1859.⁴⁶¹

“Dat stelsel is hoogst eenvoudig, zoowel in beginsel als in toepassing: het hecht zich niet aan *fictien*, maar sluit zich bij den *waren* toestand der zaken aan: het is geheel in overeenstemming met den rechtvaardigen regel van art. 1 der wet, dat het regt verschuldigd is van de waarde die *werkelijk* geërfd of verkregen wordt;”

De verkrijger van de blote eigendom krijgt direct een recht op het goed, waaraan een bepaalde waarde kan worden toegekend. Met die waarde wordt de verkrijger verrijkt. De wetgever meent dat het stelsel van art. 1 SW 1859 met zich brengt dat over die waarde ook direct erfbelasting wordt betaald.⁴⁶² De in 1859 nog gehuldigde regel ‘geen genot, geene belasting’ is volgens de wetgever in strijd met het hoofdbeginsel dat erfbelasting is verschuldigd over de waarde van “AL wat geërfd of verkregen wordt”. Omdat ook de blote eigendom wordt geërfd of verkregen en een zekere verkoopwaarde heeft, wordt ook direct geheven. Dat de eigenaar nog niet de vruchten van zijn eigendom geniet, doet hieraan niets af. Er zijn meer goederen die worden belast met erfbelasting, hoewel zij voor de belastingplichtige niet direct genot opleveren en dit wellicht ook nooit zullen doen.⁴⁶³

Het bovenstaande neemt overigens niet weg dat de verkrijger wel daadwerkelijk een voordeel moest genieten. De wijziging van het stelsel van vruchtgebruik was gebaseerd op de gedachte dat de blote eigendom een bepaalde verkoopwaarde heeft. Tijdens de parlementaire behandeling werd opgemerkt dat de verkrijger van de blote eigendom een werkelijk voordeel geniet.⁴⁶⁴ De blote eigendom heeft geldswaarde. De verkrijger kan zijn recht verkopen en bezwaren en bij zijn overlijden vererft de blote eigendom naar zijn kinderen.

459. *Kamerstukken II* 1858/59, XV, nr. 26, blz. 839.

460. *Kamerstukken II* 1857/58, XVI, nr. 4, blz. 350.

461. *Kamerstukken II* 1868/69, 59, nr. 3, blz. 186.

462. *Kamerstukken II* 1868/69, 59, nr. 3, blz. 183.

463. *Kamerstukken II* 1868/69, 59, nr. 6, blz. 763, en *Kamerstukken II* 1868/69, 59, nr. 7, blz. 845.

464. *Handelingen II* 1868/69, 99, blz. 1374-1375.

Het principe dat heffing van erfbelasting alleen op zijn plaats is als het verkregen vermogen ook inkomsten oplevert, heeft de wetgever in 1869 dus volledig losgelaten. Toen in 1878 de rechte lijn aan heffing werd onderworpen, werd bevestigd dat niet het genot, maar de vermogensvermeerdering reden voor heffing is:⁴⁶⁵

“Eene matige successiebelasting treft slechts hem, die betalen kan en naar mate hij betalen kan. Zij treft hem op het tijdstip, waarop hij zijn vermogen vergroot ziet.”

Tevens werden de kritiek op het stelsel van 1869 en de roep om terugkeer naar het voorheen geldende systeem⁴⁶⁶ van de hand gewezen:⁴⁶⁷

“Dat stelsel hield geen rekening met de werkelijkheid, was in strijd met de hoofdbeginselen der wet en berustte op allerlei fictien: het moest dus noodwendig onhoudbaar blijken. (...)

Het is in overeenstemming met het hoofdbeginsel der wet, dat de belasting verschuldigd is van de waarde van al wat geërfd of verkregen wordt en met den regtvaardigen regel, dat ieder betaalt naar mate van de waarde die hij krijgt. Het is eenvoudig in de toepassing, houdt zich aan de werkelijkheid en laat dus elke fictie ter zijde.

Een voorstel om dat stelsel weder te verlaten is dus van den ondergeteekende niet te wachten.”

Het is echter niet de bedoeling van de wetgever dat de verkrijging van een goed in alle gevallen daadwerkelijk tot heffing leidt. In 1869 werd de grond voor de heffing over blote eigendom gevonden in de verkoopwaarde. Het beginsel dat het verkregene wel waarde in het economische verkeer moet hebben om belastbaar te zijn, werd bij de invoering van de Successiewet 1956 door de wetgever nader uitgewerkt.⁴⁶⁸

“Ten slotte voegt de ondergetekende aan het vorenstaande nog toe, dat het enkele feit, dat een ‘zaak’ in de zin van artikel 555 van het Burgerlijk Wetboek wordt nagelaten⁴⁶⁹, slechts tot heffing van successierecht dient te leiden in zover als die ‘zaak’ inderdaad ook economische waarde heeft. Niet juist zou het bijvoorbeeld zijn successierecht te heffen wegens de overgang van de erflater op zijn erfgenamen van een vermogensrechtelijke bevoegdheid, tot uitoefening waarvan de erfgenamen niet verplicht zijn en welke naar economische en maatschappelijke begrippen niet medetellen onder de vermogensbestanddelen; men denke hier b.v. aan de mogelijkheid tot instelling van een rechtsvordering, een bevoegdheid tot het inroepen van een wettelijk erfdeel, en dergelijke ‘wilsrechten’.”

Het is dus de bedoeling van de wetgever om over verkregen goederen alleen erfbelasting te heffen, indien het goed ook waarde in het economische verkeer heeft. Over verkregen wilsrechten dient heffing achterwege te blijven, zolang

465. *Kamerstukken II 1877/78*, 19, nr. 6, blz. 26. Ook aangehaald in het uiteindelijke wetsvoorstel:

Kamerstukken II 1877/78, 126, nr. 3, blz. 2.

466. *Kamerstukken II 1877/78*, 126, nr. 5, blz. 9.

467. *Kamerstukken II 1877/78*, 126, nr. 5, blz. 13.

468. *Kamerstukken II 1948*, 915, nr. 3, blz. 13.

469. Het begrip ‘zaak’ uit art. 555 BW is gelijk aan het sinds 1 januari 1992 geldende begrip ‘goed’ van art. 3:1 BW.

het wilsrecht niet is uitgeoefend. De heffing van erfbelasting ziet dus niet op een voordeel dat de verkrijger had kunnen verkrijgen. N'est heritier qui ne veut. De verkrijger is vrij om een aan hem gedaan aanbod tot bevoordeling te aanvaarden. Als hij een dergelijk aanbod niet aanvaardt, wordt niet geheven. Daarbij wordt onder een wilsrecht enkel een recht verstaan dat naar economische en maatschappelijke begrippen niet meetelt als vermogensbestanddeel. Omdat een verdere omschrijving ontbreekt, versta ik in het navolgende onder het begrip wilsrecht 'de bevoegdheid om door een wilsverklaring een nieuwe rechtstoestand te scheppen (recht op rechtsvorming)'.⁴⁷⁰ Deze ruime omschrijving, die dus niet beperkt is tot erfrechtelijke wilsrechten, past ook binnen de economische benadering die de wetgever voorstaat.

Bij de herziening van de erfbelasting in 2009 kwam het bovenstaande ook aan de orde. In de Eerste Kamer lichtte de staatssecretaris als volgt toe waarom de heffing over een onderbedelingsvordering, die voor de verkrijger niet direct opbrengst genereert, toch in overeenstemming is met de systematiek van de erfbelasting:⁴⁷¹

"De leden van de fracties van OSF, D66 en GroenLinks vragen om uit te leggen waarom onderbedelingsvorderingen die ontstaan bij toepassing van het wettelijk erfrecht en die geen onmiddellijke opbrengsten voor de verkrijger opleveren, wel meteen worden belast met erfbelasting. Hierop wil ik allereerst antwoorden dat erfbelasting wordt geheven over de waarde in het economische verkeer van de verkrijging. Dat geldt ook voor de heffing over de verkrijging van een onderbedelingsvordering. Hoewel een dergelijke vordering geen onmiddellijke opbrengsten genereert, heeft hij wel een waarde die wordt bepaald met inachtneming van de niet-opeisbaarheid van de vordering. Verder is bij toepassing van het wettelijk erfrecht de langstlevende echtgenoot, die de beschikking over het vermogen heeft, op grond van het Burgerlijk Wetboek verplicht de door de kinderen verschuldigde erfbelasting te voldoen."

Het uitgangspunt dat een goed waarde in het economische verkeer moet hebben om te worden belast, roept vragen op indien sprake is van een voorwaardelijke verkrijging. Het is dan immers onzeker of de verkrijger het goed daadwerkelijk zal verkrijgen (opschortende voorwaarde) dan wel zal mogen behouden (ontbindende voorwaarde). Op welk tijdstip moet in dergelijke gevallen de heffing plaatsvinden? En in hoeverre moet rekening worden gehouden met de vervulling van de voorwaarde? Bij de wetswijziging in 1869 schetste de wetgever voor voorwaardelijke verkrijgingen de volgende heffingsssystematiek:⁴⁷²

"Omtrent den invloed dier de voorwaarden waarvan eene erfstelling of een legaat afhankelijk is gemaakt, op de heffing der belasting uitoefenen, heeft zoo min in België als hier te lande ooit eenig verschil van gevoelen bestaan. Zoowel dáár als hier is de wet steeds in dien zin toegepast, dat degeen die onder

470. De omschrijving is ontleend aan S.E. Bartels en A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, blz. 4. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de verschillende verschijningsvormen van het wilsrecht: W. Snijders, 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht', *WPNR* (1999) 6365, 6366 en 6367.

471. *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, D, blz. 61.

472. *Kamerstukken II* 1868/69, 59, nr. 7, blz. 845.

eene *ontbindende* voorwaarde erft of verkrijgt, het regt betaalt even als of de voorwaarde niet gemaakt ware, maar aanspraak op *teruggaaf* van het betaalde erlangt zoodra de voorwaarde vervuld wordt, en dat hij die erft of verkrijgt onder eene *opschortende* voorwaarde niets schuldig is vóór dat de voorwaarde wordt vervuld.”

Nadien is door de wetgever niet meer ingegaan op de heffingsprincipes bij voorwaardelijke verkrijgingen. Wel werd bij de invoering van de Successiewet 1956 in het algemeen ingegaan op de herziening van geheven belasting als gevolg van gebeurtenissen na het overlijden:⁴⁷³

“De geldende Successiewet kent in vele gevallen de mogelijkheid om tot herziening van de oorspronkelijke rechtsberekening over te gaan, indien door een gebeurtenis na het overlijden aan de erfgenamen de vermogensrechtelijke voordelen van de uitoefening van een aanspraak als evenbedoeld alsnog toevallen, doch spreekt niet op voldoende duidelijke wijze een algemeen beginsel uit. Door verduidelijking van de tot dusver geldende regeling wordt thans, beter dan tot dusver het geval was, in de wet tot uitdrukking gebracht, dat de heffing van het successierecht zich richt naar hetgeen uiteindelijk als gevolg van de erfrechtelijke overgang wordt verkregen”

Indien verkregen wordt ten gevolge van de uitoefening van een wilsrecht wordt dus het resultaat in de heffing betrokken. Daarbij is van belang dat de latere uitoefening van een wilsrecht alleen aanleiding geeft tot heffing van erfbelasting, als het recht voortvloeit uit een reeds op het moment van overlijden bestaande rechtsverhouding. De wetgever meent dan ook dat deze systematiek geen inbreuk maakt op het beginsel dat latere gebeurtenissen in het algemeen geen invloed hebben op de verschuldigheid van erfbelasting.⁴⁷⁴

In het voorgaande zijn de uitgangspunten weergegeven die de wetgever in de wetsgeschiedenis naar voren heeft gebracht ten aanzien van het tijdstip van heffing. Samengevat kunnen hieruit de volgende vier stelregels worden afgeleid:

1. De verkrijging van een goed dient slechts tot heffing van erfbelasting te leiden, indien het goed waarde in het economische verkeer heeft.
2. Met wilsrechten wordt pas rekening gehouden, indien het wilsrecht wordt uitgeoefend en het wilsrecht reeds op overlijdensdatum bestond.
3. Een verkrijging onder opschortende voorwaarde wordt pas belast, indien de voorwaarde wordt vervuld.
4. Bij uitoefening van een wilsrecht of vervulling van een ontbindende voorwaarde wordt de heffing herzien, zodat geheven wordt over hetgeen uiteindelijk wordt verkregen.

Vanaf par. 3.6.4 worden deze stelregels verder uitgewerkt tot een wettelijke norm. Eerst ga ik in op een tweetal andere aspecten van het te belasten voordeel: de aftrek van schulden en lasten (par. 3.6.2) en overige draagkrachtverminderende omstandigheden (par. 3.6.3).

473. Kamerstukken II 1948, 915, nr. 3, blz. 13.

474. Kamerstukken II 1948, 915, nr. 3, blz. 27.

3.6.2 Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno⁴⁷⁵

Om het te belasten voordeel te bepalen, zijn niet alleen de verkregen goederen van belang, maar is ook van belang of, en zo ja in hoeverre, aftrek is toegestaan voor eventuele schulden en andere lasten die de verkrijger voor zijn rekening moet nemen. Volgens de Sprenger van Eyk kent de belasting die bij gelegenheid van de erfopvolging geheven wordt hoofdzakelijk twee verschijningsvormen.⁴⁷⁶ De eerste is een recht van overgang: een heffing van de waarde van de overgegangene goederen, zonder rekening te houden met lasten of schulden.⁴⁷⁷ De tweede vorm is een heffing van de waarde van hetgeen ieder ontvangt, na aftrek van het aandeel, dat hij moet dragen in sommige lasten en in de schulden van de erflater.

Als het belastbare feit van een erfbelasting zich toespitst op de overgang van het vermogen van de ene op de andere eigenaar, komt het voor dat met eventuele schulden geen rekening wordt gehouden. Een voorbeeld van een dergelijke overgangsbelasting was het Franse 'droit de mutation par décès', dat in 1812 en 1813 ook in Nederland werd geheven. Een van de belangrijkste kenmerken van deze heffing was dat de overgang van goederen werd belast, zonder aftrek van de op die goederen drukkende schulden (zie verder par. 2.3.1). Deze brutobenadering wordt in Nederland ook gevolgd in de overdrachtsbelasting en was zichtbaar in het per 1 januari 2010 afgeschafte recht van overgang.⁴⁷⁸

Tegenover deze overgangsbelastingen kan de Romeinse erfbelasting worden geplaatst. Als archetype van een erfbelasting naar draagkracht kwamen de begrafeniskosten⁴⁷⁹, schulden en alimentatieverplichtingen in mindering op de heffingsgrondslag.⁴⁸⁰ Ook voor de Nederlandse erfbelasting geldt sinds jaar en dag een nettobenadering. Het beginsel dat de verkrijger slechts belasting is verschuldigd over het zuivere voordeel werd bijvoorbeeld reeds gehanteerd in de Zeeuwse erfbelasting. De ordonnantie uit 1637 had betrekking op alle verkregen goederen, maar stond ook aftrek toe van alle schulden waarmee de nalatenschap was belast "soo dat alleene den dertichsten penningh sal werden betaelt van 't geene suyvers op den Erfgenamen sal wesen ghesuccedeert".⁴⁸¹

475. Vertaling: "De goederen worden niet gekend tenzij de schulden zijn afgetrokken." Dit rechtsbeginsel is ontleend aan *Dig.* 23.3.72 pr.

476. J.P. Sprenger van Eyk, *De wetgeving op het recht van successie* (bewerking door B.J. de Leeuw), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1930, blz. 33.

477. Ook Klaassen spreekt in een dergelijk geval van een recht van overgang: J.G. Klaassen, *De Successiewet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1936, blz. 53-54.

478. Wet van 17 december 2009, *Stb.* 2009, 564. Overigens kan de brutobenadering onder het recht van overgang worden genuanceerd door de aftrekbaarheid voor situsschulden (art. 5, vierde lid, SW 1956 (oud)) en als gevolg van de doorwerking van het EU-recht (HvJ 11 december 2003, zaak C-364/01 (Barbier), *BNB* 2004/178, en HvJ 11 september 2008, zaak C-43/07 (Arens-Sikken), *BNB* 2009/48).

479. Wat onder begrafeniskosten moest worden verstaan, werd door Aemilius Macer beschreven in zijn verhandeling over de *vicesima hereditatum*: *Dig.* 11.7.37 pr.

480. M. Dureau de la Malle, *Économie politique des Romains (tome second)*, Parijs: E. Duverger 1840, blz. 472.

481. Art. 1 Ordonnantie van 23 september 1637, *Groot-Plaetboeck I*, 's Gravenhage 1658, blz. 2109.

In andere provincies waren de aftrekmogelijkheden beperkter, maar daar waren ook niet alle goederen aan heffing onderworpen.⁴⁸²

Ook de Ordonnantie van 4 oktober 1805 zag op het zuiver saldo van de nalatenschap (art. 1). Bij de invoering van de eerste algemene erfbelasting in het Koninkrijk der Nederlanden in 1817⁴⁸³ moest de wetgever kiezen tussen dat systeem en de hiervoor genoemde Franse heffingssystematiek. In de memorie bij het oorspronkelijke wetsvoorstel werd de keuze voor het systeem van de Noordelijke Provinciën als volgt gemotiveerd:⁴⁸⁴

“Het regt van successie in de Noordelijke Provinciën met den jare 1806 algemeen gemaakt, en bij de wet van den 23sten December 1813 weder ingevoerd, berust daarentegen op een tegenovergesteld grondbeginsel. Men betaalt namelijk van al datgene hetwelk door den overledene wordt nagelaten, na aftrek van de schulden des boedels, zoodanig dat hetgeen aan den lande moet worden opgebracht steeds is in eene juiste betrekking met datgeen hetwelk men geniet, en men betaalt niet eer vóór dat men het genot heeft van hetgeen ter zake van het overlijden van een derde verkregen wordt.

De enkele vergelijking van den aard der beide belastingen toont dus genoegzaam aan, dat deze onderling weinig verwantschap hebben, en dat het regt van successie in de Noordelijke Provinciën in gebruik, hoe zeer meer productief dan het regt van mutatie bij de Fransche wetten ingevoerd, voor de contribuabelen het voordeel heeft dat het op meer billijke gronden rust, en dat in deze het hoofddoel waarnaar men bij alle belastingen streven moet, om het gevorderde regt aan de mate van het genot geëvenredigd te doen zijn, op de meest volkomen wijze wordt bereikt.”

De nieuwe erfbelasting nam, ondanks de vele bezwaren van een aantal Kamerleden,⁴⁸⁵ het systeem van de Noordelijke Provinciën tot uitgangspunt. Sindsdien is dit uitgangspunt niet meer ter discussie gesteld. Gezien de rechtsgronden die vanaf de 20^{ste} eeuw in zwang zijn geraakt (zie par. 2.4.1), is dat ook geen verrassing. De nadruk die wordt gelegd op de verrijking van de verkrijger laat geen andere gevolgtrekking toe dan dat de verkrijger ook voor niet meer dan het nettovoordeel wordt belast. Dat is ook de conclusie van de Hoge Raad in zijn arrest van 16 september 1992:⁴⁸⁶

“Aldus wordt recht gedaan aan het feit dat de verkrijging krachtens erfrecht van de onroerende zaken ook in een geval als het onderhavige geen waarde toevoegt aan het vermogen van de erfgenaam en wordt voorkomen dat in strijd met het uitgangspunt van de Successiewet 1956 recht van successie zou worden geheven over meer dan de waarde van de verkrijging.”

Ook in andere landen is de aftrek van op de verkrijger/nalatenschap drukkende schulden algemeen geaccepteerd.⁴⁸⁷ In art. 8 OESO-Successiemodelverdrag 1982

482. Zie bijvoorbeeld voor Holland: art. 2 Ordonnantie van 20 oktober 1716, *Groot-Placaetboek V*, 's Gravenhage 1725, blz. 1117.

483. Wet van 27 december 1817, *Stb.* 1817, 37.

484. *Kamerstukken II* 1816/17, XVI, nr. 3, blz. 248.

485. *Kamerstukken II* 1816/17, XVI, nr. 4, blz. 254.

486. HR 16 september 1992, nr. 27 720, *BNB* 1992/384, r.o. 3.3.

487. G. Maisto, 'General Report', in: *Cahiers de droit fiscal international: Death as a taxable event and its international ramifications* (Vol. 95b), Deventer: Kluwer 2010, blz. 31-32.

is zelfs een uitgebreide regeling getroffen met het oog op de toerekening van schulden in internationale verhoudingen. Blijkens de toelichting is het doel van deze bepaling “to link the division of the taxation rights which the two Contracting States may have under their domestic laws, with a corresponding rule for the division of debts, so that, in effect, the taxation rights relate to the net estate”.⁴⁸⁸ Zelfs onder het Franse mutatierecht bestaat tegenwoordig de mogelijkheid om de schulden in mindering te brengen op de overgegangene goederen.⁴⁸⁹

Overigens wordt de nettobenadering in het OESO-commentaar direct genuanceerd: “the question whether a certain obligation is to be regarded as a deductible debt has, in the first instance, to be decided under the domestic law of each Contracting State”. Ook voor de Nederlandse erfbelasting komt de vraag op welke schulden en lasten aftrekbaar zijn. Bij een verkrijging krachtens erfrecht geeft dit weinig problemen. Schulden die overgaan op een erfgenaam komen op diens verkrijging in mindering. Evenzo brengt de nettobenadering met zich dat een legataris een (onpersoonlijke) last die op hem drukt in mindering brengt op de waarde van het legaat.

Ook bij de verkrijging krachtens een andere titel dan erfrecht brengt de netto-gedachte met zich dat de verkrijger een eventuele tegenprestatie in mindering kan brengen op zijn verkrijging. Indien echter krachtens een afzonderlijke handeling sprake is van een negatief voordeel rijst de vraag in hoeverre dat negatieve voordeel in mindering komt op een eventuele positieve verkrijging. Hierbij kan worden gedacht aan een erfgenaam die een negatieve nalatenschap heeft aanvaard en daarnaast een uitkering uit een, aan de erflater toe te rekenen, levensverzekering heeft ontvangen. Naar mijn idee is een dergelijk negatief voordeel niet aftrekbaar, omdat de erfgenaam voor de ontvangst van de uitkering niet verplicht was om de nalatenschap te aanvaarden. Dat de erfgenaam naast de verkrijging van een positief voordeel vrijwillig een negatief voordeel op zich heeft genomen, is geen reden voor aftrek.

Daarnaast komt de vraag op of de erfbelasting aftrek moet toestaan voor hetgeen de verkrijger tijdens het leven van de erflater heeft opgeofferd voor zijn verkrijging. In kanton Zürich wordt bijvoorbeeld de volgende aftrekmogelijkheid geboden:⁴⁹⁰

“Hat ein Steuerpflichtiger zu Lebzeiten des Erblassers für den ihm zukommenden Anfall oder die Zuwendung Aufwendungen gemacht, so ist deren Wert bei Feststellung seines steuerpflichtigen Anteils in Abzug zu bringen.”

Als een potentiële verkrijger de toekomstige erflater probeert gunstig te stemmen door tijdens leven bedragen aan hem te doen toekomen, is uiteraard voor aftrek geen ruimte. Het kan echter voorkomen dat de juridische verkrijging

488. Commentaar op art. 8 OESO-Successiemodelverdrag 1982, punt 41.

489. Art. 768 Code général des impôts.

490. Par. 20 Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, Kanton Zürich, Wet van 28 september 1986, *Offizielle Sammlung* 49, 810.

tijdens leven plaatsvindt, terwijl pas bij overlijden wordt geheven (zie par. 3.6.1). In dat geval kan de verkrijger reeds iets ter zake van de (juridische) verkrijging hebben opgeofferd. Voor zover hij die uitgaven heeft gemaakt om het te belasten voordeel te verkrijgen, eist toepassing van de nettogedachte een mogelijkheid tot aftrek.

Uit het voorgaande leid ik als algemene regel af dat schulden en andere lasten alleen in mindering komen op de verkrijging, voor zover de verkrijger die schulden en lasten op zich heeft genomen voor de verkrijging van de goederen.

3.6.3 Belasting naar draagkracht?

Voor de heffing van erfbelasting wordt dus niet alleen acht geslagen op de verkregen goederen, maar ook op de daarmee samenhangende schulden. Zodoende kan de verrijking van de verkrijger worden vastgesteld. Of sprake is van de verkrijging van een vermogensrechtelijk voordeel wordt op individueel niveau beoordeeld. Met financiële verwevenheid in de familiesfeer wordt in beginsel geen rekening gehouden. De vraag is of daarmee recht wordt gedaan aan het uitgangspunt van de wetgever dat het werkelijke voordeel wordt belast (zie par. 3.6.1). Vanuit dat oogpunt is het bezwaarlijk geen rekening te houden met omstandigheden die samenhangen met de verkrijging en een negatief vermogensrechtelijk effect op de verkrijger hebben. Adam Smith verwoordt deze gedachte als volgt:⁴⁹¹

“The death of a father, to such of his children as live in the same house with him, is seldom attended with any increase, and frequently with a considerable diminution of revenue, by the loss of his industry, of his office, or of some life-rent estate of which he may have been in possession. That tax would be cruel and oppressive which aggravated their loss by taking from them any part of his succession.”

Ook Klaassen wijst er op dat dezelfde oorzaak die iemand een erfenis doet toevallen, tegelijkertijd voor hem financieel nadeel kan opleveren vanwege het wegvallen van de inkomsten van de overledene.⁴⁹² In dat geval kan alleen theoretisch worden gesproken van een draagkrachtvermeerdering. In werkelijkheid kan zelfs het tegendeel waar zijn.⁴⁹³ Bovendien is hierdoor de draagkrachtvermeerdering als gevolg van het overlijden lager en is ook de bevoorrechte verkrijging minder rooskleurig dan de verkrijging *sec deede* vermoeden.

Voor zover de wetgever rekening wenst te houden met draagkrachtverminderende omstandigheden die zich ten gevolge van het overlijden bij de verkrijger voordoen, rijst de vraag of dat moet leiden tot een beperking van het belastbare feit dan wel tot het opnemen van vrijstellingen. In de Republiek was het belast-

491. A. Smith, *The wealth of nations* (volume 2), Londen: J.M. Dent & Sons Ltd 1954, blz. 341.

492. J.G. Klaassen, *De Successiewet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1936, blz. 56.

493. Zie ook de Sprenger van Eyk: “Er zijn gevallen, waarin het overlijden voor de kinderen niets dan nadeel meebrengt”, J.P. Sprenger van Eyk, *De wetgeving op het recht van successie* (bewerking door B.J. de Leeuw), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1930, blz. 28-29. Dichterbij het heden wijst Juch erop dat de vrouw mogelijk wordt geconfronteerd met een forse daling van de pensioenrechten, terwijl de man in de meeste gevallen te maken krijgt met veel hogere kosten voor de huishouding: D. Juch, ‘Op weg naar een nieuwe schenk- en erfbelasting’, *WFR* 2008/655, par. 2.

bare feit beperkt tot verkrijgingen “van Descendenten of collaterale Magen, en van Vreemden”.⁴⁹⁴ Verervingen in de rechte neergaande lijn vielen dus niet onder het bereik van de heffing. Bij de invoering van de Successiewet 1859 betoogde de regering dat bij vererving in de rechte lijn belastingheffing vanuit juridisch oogpunt bezwaarlijk is, omdat de kinderen op grond van het erfrecht reeds recht hebben op een gedeelte van het vermogen van hun ouders.⁴⁹⁵ Nadien is dat uitgangspunt losgelaten. Vanaf 1878 werd ook erfbelasting geheven bij verervingen in de rechte lijn.⁴⁹⁶ Met de bijzondere band tussen ouders en kinderen werd rekening gehouden door het hanteren van een lager tarief en een grotere vrijstelling.⁴⁹⁷

Na 1878 bleef de heffing van erfbelasting bij verervingen in de rechte lijn onder vuur liggen. Daarbij werd niet alleen een beroep gedaan op het juridische argument dat het vermogen reeds zou toekomen aan de kinderen, maar werd ook gewezen op het financiële nadeel dat het overlijden voor het nageslacht met zich kon brengen.⁴⁹⁸

“Men wees er op, dat het goed, door de ouders verworven of bespaard, het goed is van het gezin. De kinderen opgevoed in den stand, waarin de ouders leven, dank zij het familievermogen. De dood van den vader heeft reeds tot onmiddellijk gevolg, dat het gezin de inkomsten, uit zijn arbeid voortvloeiende, moet derven. Het is daarom zeer ongewenscht, dat op hetzelfde oogenblik het gezin ook nog belast wordt met hooge rechten. Verzwakking van het gezin zal daarvan in vele gevallen te vrezen zijn, en zulk een maatregel schijnt dus kwalijk te passen in het programma van een Minister, behoorende tot een partij, welke juist verzwakking van het gezinsleven wenscht tegen te gaan.”

Bovenstaand citaat maakt duidelijk dat een positieve verkrijging niet noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat het overlijden ook werkelijk tot een vermogensrechtelijk voordeel voor de verkrijger leidt. Andere omstandigheden kunnen ertoe leiden dat de verkrijger vermogensrechtelijk juist nadeel ondervindt van het overlijden. Gewezen wordt op het minderjarige kind, dat erfgenaam is van een overleden ouder, die een positief vermogen nalaat. Hoewel het kind individueel gezien verrijkt, kan het wel degelijk financieel nadeel leiden. Dat doet zich voor als het gezinsinkomen, dat mede toekomt aan het kind, afneemt ten gevolge van het overlijden. In de wetsgeschiedenis komt naar voren dat de wetgever bepaalde vrijstellingen heeft opgenomen om hieraan tegemoet te komen.

In 1916 werd een voorstel tot wijziging van de Successiewet door de Eerste Kamer afgestemd.⁴⁹⁹ Een van de voornaamste redenen hiervoor betrof de ern-

494. Art. 1 Ordonnantie van 20 oktober 1716, *Groot-Placaetboek V*, 's Gravenhage 1725, blz. 1117.

495. *Kamerstukken I* 1858/59, 21, blz. 209-210. Deze gedachte is eeuwenoud en werd reeds door Plinius naar voren gebracht in zijn beschrijving van de vicesima hereditatum: *Panegyricus* 1.37.

496. Wet van 9 juni 1878, *Stb.* 1878, 95. Overigens gold in 1812 en 1813 onder vigeur van de Franse overgangsbelasting wel een heffing in de rechte lijn.

497. *Kamerstukken II* 1877/78, 126, nr. 3, blz. 3 en 5, en *Kamerstukken I* 1877/78, 26, blz. 174 (memorie van antwoord).

498. *Kamerstukken II* 1909/10, 130, nr. 8, blz. 20.

499. *Handelingen I* 1916/17, 8, blz. 89.

stige bezwaren tegen de verhoging van de erfbelasting bij vererving in de rechte lijn.⁵⁰⁰ Als oplossing werd in het tweede voorstel de vrijstelling verhoogd voor de situatie dat de verkrijging niet te groot is en het kind nog geheel of gedeeltelijk zijn opvoeding behoeft. Hierdoor kwam volgens de minister het element van individuele draagkracht in de erfbelasting beter tot zijn recht.⁵⁰¹ Om dezelfde reden werd ook de vrijstelling voor de weduwe en het minderjarige kind verhoogd.⁵⁰² De ratio van de vrijstellingen voor de schenk- en erfbelasting omschreef de minister als volgt:⁵⁰³

“Maar ik refuteer ten sterkste dat de regeling in het ontwerp in strijd met mijn beginsel is. Ik herhaal voor de zooveelste maal, mijn beginsel is dat schenkingen worden belast als erflatingen op grond hiervan, dat de begiftigden en de erfgenamen beiden iets krijgen, waardoor zij tijdelijk grootere inkomsten hebben. Nu zou de heer Lohman daartegen kunnen opmerken: dan moest gij heelemaal geen vrijstellingen hebben. Dezelfde opmerking geldt tot zekere hoogte ook voor de erflatingen. Intusschen, omdat juist, zooals de heer de Geer heeft opgemerkt, in sommige gevallen de opvatting dat eenvoudig inkomen is wat men krijgt, in strijd is met de werkelijkheid, al blijft het theoretisch juist, zijn er vrijstellingen (...).”

Bij de invoering van de heffing van erfbelasting ter zake van de verkrijging uit een levensverzekering werd geopperd dat heffing over de volledige uitkering niet redelijk is, omdat de uitkering uit een levensverzekering in veel gevallen geen bespaard geld betreft, maar een schadevergoeding vanwege vroegtijdig overlijden.⁵⁰⁴ Volgens de minister mag dit risico-element echter niet aan heffing in de weg staan:⁵⁰⁵

“Men moet niet vergeten, dat men hier aangaat een aleatoir contract. Wanneer men lang leeft, doet men achteraf een dommigheid, leeft men kort, dan doet men een slimmigheid, en leeft men gemiddeld lang, dan komt het op hetzelfde neer. Wanneer nu iemand zegt: ik houd niet van zulk dubbelen op mijn leven, ik heb liever, dat alles gewoon marcheert en ik breng dus elk jaar iets op de spaarbank en wacht dan maar af, dan zie ik niet in, dat zoo iemand wel moet worden belast, maar iemand, die een aleatoir contract aangaat niet.”

Ook in de Eerste Kamer verdedigde de minister het standpunt dat de levensverzekering steeds een compensatie is van goede en slechte kansen en er voor een andere fiscale behandeling dan bij sparen geen reden is.⁵⁰⁶ Kamerlid De Savornin Lohman bracht hiertegen in dat de bedoeling van een levensverzekering is om, net als bij een brandverzekering, de schade over een groot aantal mensen gelijkelijk te verdelen. Hij acht het dan ook onredelijk dat de belasting volledig moet worden gedragen door de persoon die plotseling een grote uitkering krijgt. In

500. Zie voor deze bezwaren: *Kamerstukken I 1916/17*, 210, voorloopig verslag, blz. 39-40, en *Handelingen I 1916/17*, 9, blz. 91-94.

501. *Kamerstukken II 1916/17*, 324, nr. 3, blz. 10-11.

502. *Handelingen II 1915/16*, 92, blz. 2425-2428.

503. *Handelingen II 1915/16*, 92, blz. 2436.

504. *Handelingen II 1915/16*, 90, blz. 2394-2395.

505. *Handelingen II 1915/16*, 90, blz. 2396.

506. *Kamerstukken I 1916/17*, 210, memorie van antwoord, blz. 58.

plaats daarvan stelt hij voor belasting te heffen over de jaarlijkse premie.⁵⁰⁷ De minister blijft echter bij zijn standpunt.⁵⁰⁸

“Ik blijf erbij, dat van vermogensstandpunt gezien de levensverzekeringsovereenkomst een zuiver aleatoir contract is. Ik stem toe, dat het voor de mensen in sommige omstandigheden hard is, dat zij daarvoor moeten betalen, maar dat geval is evengoed aanwezig als de mensen gespaard hebben. Wij hebben straks bepalingen gemaakt om aan hardheden te gemeet te komen en die bepalingen gelden natuurlijk evenzeer voor hetgeen uit levensverzekeringen in den boedel komt.”

In 1926 werd tijdens de plenaire behandeling in de Eerste Kamer gesteld dat bij minderjarige kinderen ondanks de verkrijging van vermogen uit de nalatenschap van hun vader juist sprake kan zijn van een verlaging van de draagkracht, omdat het inkomen van hun vader wegvalt. De minister gaf aan dat in de wet vrijstellingen zijn opgenomen voor dit soort situaties.⁵⁰⁹ Bij de invoering van de Successiewet 1956 werd het ontbreken van een verrijking bij bepaalde verervingen in de familiesfeer door Van de Wetering ten tonele gevoerd.⁵¹⁰

“Het successierecht moet, zoals mr. Schuttevaer in zijn boek “De Successiewet” terecht opmerkt, worden gekarakteriseerd als een belasting op de verkrijging, waarbij men onder verkrijging zal moeten verstaan een verrijking. (...) Ik stel daarom de vraag, of de Regering het niet met mij eens is, dat de vererving in de rechte lijn en vooral die tussen echtgenoten niets met verrijking te maken heeft, zeker niet in geval van huwelijk in gemeenschap van goederen, dat ook uit het oogpunt van inkomstenbelasting geen reden bestaat om in het huidige regiem van belastingen de successieheffing in de rechte lijn te bestendigen.”

De staatssecretaris stelde in zijn reactie dat hij zich soepel zou opstellen bij voorstellen tot verruiming van de vrijstellingen voor de weduwe en minderjarige kinderen.⁵¹¹ Deze gedachte kwam ook terug bij de wijziging van de Successiewet in 1981.⁵¹²

“Wij hebben nergens de indruk willen wekken dat vererving in alle gevallen verrijking betekent. Wel hebben wij erop gewezen dat belastingheffing ter zake van erfrechtelijke verkrijgingen mede steunt op het buitenkansbeginsel en dat het buitenkanskarakter in het algemeen gesproken toeneemt, naarmate de persoonlijke betrekking tot de erflater minder sterk is geweest. In dat zelfde kader hebben wij bij voorbeeld gezegd dat erfrechtelijke verkrijgingen van de overleden echtgenoot dikwijls niet als een verrijking worden ervaren en dat de fiscus terughoudendheid past bij de heffing van successierecht ter zake van verkrijgingen door ouders van kinderen.”

De wetgever meent dus dat het verkregen voordeel onderworpen dient te zijn aan de erfbelasting, ongeacht of het overlijden vanwege andere omstandigheden tot een lagere draagkrachtvermeerdering of zelfs een vermindering van

507. *Handelingen II* 1915/16, 92, blz. 2439-2442.

508. *Handelingen II* 1915/16, 92, blz. 2441.

509. *Handelingen I* 1926/27, 8, blz. 93-94.

510. *Handelingen II* 1955/56, 52, blz. 686-687.

511. *Handelingen II* 1955/56, 59, blz. 827.

512. *Kamerstukken II* 1979/80, 16 016, nr. 10, blz. 4.

draagkracht heeft geleid. Met deze individuele draagkracht wordt rekening gehouden door middel van vrijstellingen. Op het belastbare feit heeft ze echter geen effect. Hierdoor ontstaat ook een scherpe afbakening tussen het belastbare feit en de vrijstellingen. Subjectgebonden omstandigheden hebben geen invloed op de aanwezigheid van een belastbaar feit, maar worden door middel van vrijstellingen geregeld.

3.6.4 Heffingssystematiek

In het voorgaande is de bedoeling van de wetgever ten aanzien van de bepaling van het te belasten voordeel in kaart gebracht. Hieruit blijkt dat het belastbare feit niet wordt beïnvloed door subjectgebonden omstandigheden (par. 3.6.3). Omstandigheden die bij de verkrijger tot een lagere draagkracht kunnen leiden, kunnen wel aanleiding geven voor een verzachting in de vorm van een vrijstelling. Verder is de aftrek van schulden en lasten voor de verkrijger toegestaan, indien hij die schulden en lasten ten behoeve van de verkrijging op zich heeft genomen (par. 3.6.2). Dat uitgangspunt kan eenvoudig als norm in een wettelijke regeling worden opgenomen.

De bedoeling van de wetgever ten aanzien van het tijdstip van heffing kan niet direct worden genormeerd. Wel zijn uit de wetsgeschiedenis de volgende stelregels afgeleid (par. 3.6.1):

1. De verkrijging van een goed dient slechts tot heffing van erfbelasting te leiden, indien het goed waarde in het economische verkeer heeft.
2. Met wilsrechten wordt pas rekening gehouden, indien het wilsrecht wordt uitgeoefend en het wilsrecht reeds op overlijdensdatum bestond.
3. Een verkrijging onder opschortende voorwaarde wordt pas belast, indien de voorwaarde wordt vervuld.
4. Bij uitoefening van een wilsrecht of vervulling van een ontbindende voorwaarde wordt de heffing herzien, zodat geheven wordt over hetgeen uiteindelijk wordt verkregen.

Alvorens een norm kan worden opgesteld, dienen deze uitgangspunten te worden verwerkt tot een sluitend systeem. Vanuit de gedachte dat economisch gelijke gevallen gelijk behandeld worden, zijn de derde en vierde stelregel problematisch. Vanuit dat oogpunt is verschil in behandeling naar gelang de aan een verkrijging verbonden opschortende of ontbindende voorwaarde onhoudbaar. Het onderscheid tussen een ontbindende en een opschortende voorwaarde is namelijk een juridisch onderscheid dat niet in alle gevallen berust op een verschil in economische realiteit. Uit de in par. 1.2.2 en par. 1.2.8 gegeven voorbeelden blijkt dat in sommige situaties met een opschortende voorwaarde hetzelfde resultaat kan worden bereikt als met een ontbindende voorwaarde en vice versa.

Dit onderscheid tussen economisch gelijke gevallen kan worden opgeheven door een consequente toepassing van het uitgangspunt dat alleen verkrijgingen met economische waarde worden belast. De aard van de voorwaarde maakt dan geen verschil. Indien objectief bepaalbaar is wat de kans is dat een opschortende voorwaarde in vervulling gaat, kan ook een verkrijging onder opschortende

voorwaarde economische waarde hebben. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de opschortende voorwaarde een voorwaarde van overleven betreft.

Na het aanbrengen van deze correctie kan uit de vier stelregels de volgende heffingssystematiek worden afgeleid:

1. Verkrijging van goederen waarvan noch de verkrijging noch de waarde afhankelijk is van de uitoefening van de wil door een ander → direct heffing naar de waarde in het economische verkeer.
2. Verkrijging van goederen met een bepaalde waarde, maar de uitoefening van een wilsrecht kan wijziging brengen in de verkrijging → direct heffing naar de waarde in het economische verkeer. Bij uitoefening van het wilsrecht vindt een herziening van de heffing plaats, omdat dan uiteindelijk ten gevolge van het overlijden iets anders is verkregen.
3. Verkrijging van goederen waarvan de waarde onzeker is, omdat die afhankelijk is van de uitoefening van de wil van een ander → heffing zodra waardering van de goederen mogelijk is naar een objectieve, aan de invloed van partijen onttrokken maatstaf.⁵¹³ Anders zou geheven worden over een willekeurig vastgestelde grondslag, omdat de waarde afhankelijk is van de wil van een ander.
4. Verkrijging van goederen waarvan de waarde onzeker is, omdat die afhankelijk is van een onzekere voorwaarde, maar onafhankelijk van de wil van een ander → direct heffing naar de waarde in het economische verkeer, met inachtneming van de kans dat de voorwaarde wordt vervuld.
5. Verkrijging van goederen waarvan de waarde afhankelijk is van de wil van de verkrijger → direct heffing naar de waarde in het economische verkeer, hetgeen de waarde is die de verkrijger zichzelf *kan* toeëigenen.

Vanuit de bedoeling van de wetgever en het beginsel van economische gelijkheid is sprake van een sluitend systeem. In het licht van de andere beginselen van behoorlijke wetgeving leidt dit systeem echter tot een aantal complicaties. Om conform de voorgestelde systematiek te kunnen heffen, is het essentieel dat de waarde in het economische verkeer van de verkrijging wordt vastgesteld. Het tijdstip van heffing is immers daarvan afhankelijk. Vanwege de privésfeer waarin de verkrijging plaatsvindt, kan dat allerlei uitvoeringsproblemen tot gevolg hebben.

In de eerste plaats blijft in het midden onder welke omstandigheden de verkrijging waardeerbaar is en wanneer een objectieve waardering mogelijk is. Omdat de belaste vermogensovergang plaatsvindt in de privésfeer (zie par. 3.5.3), is het onwaarschijnlijk dat de het vermogen in de vorm waarin het overgaat verhandelbaar is in het economische verkeer. Een bij overlijden ingesteld vruchtgebruik of fidei-commis levert doorgaans geen vermogensrecht op dat in het economische verkeer te gelde kan worden gemaakt. Daarom mag niet te snel worden aangenomen dat een dergelijke verkrijging verkoopwaarde heeft. Bovendien is het veelal maar de vraag of de verkrijger krachtens erfrecht het verkregene wel mag overdragen. Ook als de waarde van een recht objectief

513. Vgl. HR 17 oktober 1990, nr. 26 756, BNB 1990/335.

bepaalbaar is, moet er wel een gegadigde zijn. Zo is het wellicht denkbaar dat een legaat onder de opschortende voorwaarde van overleven verkoopwaarde heeft, maar lijkt het niet waarschijnlijk dat een markt bestaat waarop een dergelijk recht daadwerkelijk kan worden vervreemd.

Daarnaast leidt het achterwege blijven van nadere bepalingen rondom de waardering tot een zeer complexe uitvoering. De waarde in het economische verkeer van een vruchtgebruik met verterings- en vervreemdingsbevoegdheid is bijvoorbeeld niet exact gelijk aan de waarde van volle eigendom. Het eigendomsrecht is immers het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben (art. 5:1, eerste lid, BW). De afwijking zal in de meeste gevallen echter gering zijn. Toch moet hiermee rekening worden gehouden. Principeel gezien is dat niet problematisch, omdat de vruchtgebruiker ook werkelijk een minder waardevol recht verkrijgt. Praktisch gezien leidt dat echter tot waarde-ringsdiscussies.

Bovendien is door een vage waarderingsnorm de handhaafbaarheid in het geding. Als de waarde van een verkrijging lastig te bepalen is, biedt dat de belastingplichtige meer mogelijkheden om naar zich toe te rekenen. Hij kan bovendien eenvoudiger ongestraft transacties aangaan die op het eerste gezicht zakelijk lijken te zijn, maar waarin een bevoordeling verborgen ligt. Met het oog op dergelijke (frauduleuze) transacties kent de huidige Successiewet 1956 verschillende fictie-bepalingen, terwijl bovenstaande systematiek hiervoor geen bijzondere voorzie-ningen treft.

Gezien deze problemen, lijken nadere regels met betrekking tot de waardebepa-ling en het tijdstip van heffing onontbeerlijk. Hierna bespreek ik drie mogelijk-heden. Eerst ga ik in op de wenselijkheid van forfaitaire waardebepaling (par. 3.6.5). Vervolgens bespreek ik het voorstel van Van Vijfeijken voor defiscalisering (par. 3.6.6). Tot slot kom ik met een eigen voorstel (par. 3.6.7). De gevolgen die mijn voorstel heeft voor de samenloop met de inkomstenbelasting bespreek ik in par. 3.6.8.

3.6.5 Forfaitaire waardebepaling

Forfaitaire waardebepaling van genotsrechten is zo oud als de weg naar Rome. Reeds bij de heffing van de vicesima hereditatum werd gebruikgemaakt van een forfait bij de waardering van vruchtgebruik. Indien de vruchtgebruiker jonger was dan dertig jaar werd een berekening over dertig jaar gemaakt.⁵¹⁴ Boven de dertig gold het aantal jaren tot het zestigste jaar als uitgangspunt van de bereke-ning. Boven de zestig werd de berekening altijd over vijf jaar gemaakt. Een for-faitaire bepaling van de jaarlijkse vruchten lijkt nergens te zijn voorgeschreven.

Voorstelbaar is dat in deze antieke tijden de forfaitaire waarderingsmethodiek een praktisch hulpmiddel was om de waarde van vruchtgebruik en blote eigen-dom te kunnen vaststellen. Onder de Successiewet 1956 geldt echter een forfai-

514. Dig. 35,2,68 pr.

taire waarderingswijze die nog uitgebreider is. Zowel voor de vaststelling van het gemiddelde jaarrendement als voor de duur van het vruchtgebruik worden forfaits gebruikt. Het gemiddelde rendement wordt gesteld op 6% per jaar (art. 21, vierde lid, SW 1956 jo. art. 10 Uitv.besl. SW 1956). Vervolgens wordt aan de hand van de leeftijd van de vruchtgebruiker(s) de factor vastgesteld waartegen de jaarlijkse vruchten vermenigvuldigd moeten worden om de contante waarde van het vruchtgebruik te bepalen (art. 5 Uitv.besl. SW 1956). De daarvoor gebruikte tabel kent leeftijdsgrenzen van vijf jaar.

Ook in veel andere rechtsstelsels komen dergelijke forfaits voor. In Spanje wordt, net als in Nederland, onderscheid gemaakt tussen een tijdelijk en een levenslang vruchtgebruik.⁵¹⁵ De waarde van het vruchtgebruik wordt echter niet bepaald door kapitalisatie van een jaarlijks rendement, maar direct gesteld op een bepaald percentage van de waarde van het vruchtgebruikvermogen. Niettemin is de Spaanse methodiek iets fijnmaziger, omdat de waarde van het vruchtgebruik jaarlijks met 1% afneemt. Waardesprongen zoals in het Nederlandse systeem doen zich derhalve niet voor. Daarnaast houdt de Spaanse wetgever rekening met het verschil tussen een vruchtgebruik en de rechten van gebruik en bewoning. De waarde van laatstgenoemde rechten wordt gesteld op 75% van de waarde van een vruchtgebruik (art. 26, onderdeel b). In het kanton Zürich is bij een verkrijging van een genotsrecht direct belasting verschuldigd over de gekapitaliseerde waarde. Bij de verkrijging van een vruchtgebruik is het te belasten voordeel evenwel gemaximeerd op driekwart van de waarde van het onderliggende vermogensbestanddeel.⁵¹⁶

Ik zie geen reden om onverkort aan het forfaitaire waarderingsstelsel te blijven vasthouden. Sterker nog, het uitgangspunt van de erfbelasting is dat wordt geheven naar de werkelijke waarde. In par. 1.2.7 werd reeds een voorbeeld gegeven hoe een forfaitaire waardering een substantiële afwijking van deze waarde tot gevolg kan hebben. De huidige systematiek kan zelfs tot gevolg hebben dat belasting is verschuldigd over de verkrijging van blote eigendom waaraan in het economische verkeer geen enkele waarde kan worden toegekend vanwege een verterings- en vervreemdingsbevoegdheid van de vruchtgebruiker. Tevens is de consequentie van de gelijkstelling tussen periodieke uitkeringen en alle soorten van genot dat bijvoorbeeld het recht van bewoning op dezelfde wijze wordt gewaardeerd als het recht van vruchtgebruik dat veel meer omvat.⁵¹⁷ Deze ongelijkheden zijn niet alleen tegenstrijdig aan de doelstellingen van de wetgever, maar kunnen onder omstandigheden zelfs een schending van het gelijkheidsbeginsel opleveren.⁵¹⁸

515. Art. 26, onderdeel a, Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Wet 29/1987 van 18 december.

516. Par. 14, eerste lid, Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, Kanton Zürich, Wet van 28 september 1986, *Offizielle Sammlung* 49, 810.

517. *Kamerstukken II* 1857/58, XVI, nr. 3, blz. 261.

518. Zowel in Duitsland (*Bundesverfassungsgericht*, 7 november 2006 – 1 BvL 10/02) als in Oostenrijk (*Verfassungsgerichtshof*, 15 maart 2006 – B 3391/05) heeft het landelijke constitutionele hof in het verleden de voor de erfbelasting gehanteerde waarderingssystematiek strijdig geoordeeld met het gelijkheidsbeginsel.

Een forfaitaire waardering is alleen aanvaardbaar, als het onmogelijk is om anderszins tot een redelijke waardering te komen. Dat is echter niet het geval. In veel Zwitserse kantons wordt, net als in Nederland, de gekapitaliseerde waarde van het vruchtgebruik in de heffing betrokken. Hierbij wordt echter geen gebruik gemaakt van forfaits.⁵¹⁹ In de erfbelasting van Basel-Landschaft is de wijze van kapitalisatie als volgt omschreven:⁵²⁰

“Der Vorerbe versteuert den kapitalisierten, nötigenfalls geschätzten Ertrag des Nachlasses. Zu kapitalisieren ist entsprechend der jeweils auf den Vorerben zutreffenden Zahl der Jahre seiner weiteren Lebenserwartung nach dem am Stichtag zutreffenden Kapitalisierungszinsfuss, sofern der Erblasser nicht einen bestimmten Zeitpunkt der Herausgabe an den Nacherben verfügt hat.”⁵²¹

Zeker omdat de waarde van het vruchtgebruik ook de waarde van een andere verkrijging (van de blote eigendom) beïnvloedt, is dit het enige aanvaardbare systeem. In de Nederlandse wetsgeschiedenis is dit al eens voorgesteld. Bij de wijziging van het stelsel van vruchtgebruik in 1869 proponeerde Kamerlid Pijnappel om zowel het vruchtgebruik als de blote eigendom afzonderlijk te taxeren.⁵²² Zijn voorstel stuit echter op bezwaren. De minister geeft aan dat taxatie leidt tot te veel bemoeienis van ambtenaren in de privésfeer in verband met de noodzakelijke controle.⁵²³ Een argument dat tegenwoordig relevantie mist, omdat de fiscus vanwege de heffing van een algemene inkomstenbelasting ook al om andere redenen inzicht in het vermogen kan verlangen. Verder stelt de minister dat in bepaalde gevallen vruchtgebruik moeilijk te waarderen is. Het klopt dat bijvoorbeeld het jaarlijks genot van een inboedel lastig op waarde is te schatten. Voor dergelijke specifieke situaties kan echter overwogen worden voor het jaarrendement een vast percentage op te nemen in een lagere regeling.

De bezwaren die in 1869 tegen een niet-forfaitaire waardering werden ingebracht, leveren heden ten dage dus minder problemen op. Uiteraard is het wel doelmatiger om met forfaits te werken. Echter, anders dan in 1869 bij de invoering van het huidige vruchtgebruikstelsel heeft een klassiek vruchtgebruik (zonder vervreemdings- en verteringsbevoegdheid) aan belang ingeboet wegens de invoering van de mogelijkheid tot vervreemding en vertering in 1992.⁵²⁴ De complexere waardering betreft dus slechts een enkel geval. Belangrijk bij doelmatigheid is dat het wettelijke erfrecht zo goed en eenvoudig mogelijk binnen het systeem past, nu dat de meest voorkomende rechtsfiguren zullen zijn. De behandeling van deze rechtsfiguren vormt dan ook een concreet aanknopingspunt voor de toets aan doelmatigheid. Voor de veelvoorkomende verzorgingsvruchtgebruiken

519. Zie onder andere: par. 148 Steuergesetz, Kanton Aargau, Wet van 15 december 1998, 651.100; art. 151, tweede lid, Steuergesetz, Kanton St. Gallen, Wet van 9 april 1998, SGS 811.1; par. 115, onderdeel d, Steuergesetz, Kanton Wallis, Wet van 10 maart 1976, 642.1; par. 127, vierde lid, Gesetz über die direkten Steuern, Kanton Basel-Stadt, Wet van 12 april 2000, 640.100.

520. Par. 7, eerste lid, Gesetz über die Erbschafts- und die Schenkungssteuer, Kanton Basel-Landschaft, Wet van 7 januari 1980, SGS 334.

521. Hoewel het citaat ziet op een met fidei-commis vergelijkbare rechtsfiguur, kan voor de waardering van vruchtgebruik dezelfde systematiek gelden.

522. *Handelingen II* 1868/69, 99, blz. 1380.

523. *Handelingen II* 1868/69, 99, blz. 1385-1386.

524. Wet van 22 november 1991, *Stb.* 1991, 600.

en andere rechtsfiguren tot verzorging, zoals de wettelijke verdeling, kan wel een meer forfaitaire regeling worden gehanteerd. Deze regeling werk ik in de volgende paragrafen uit.

3.6.6 Defiscalisering

De bedoeling van de wetgever is dat een verkregen goed nog niet in de heffing wordt betrokken als het goed geen waarde in het economische verkeer heeft. In haar monografie geeft Van Vijfeijken een concrete uitwerking van deze gedachte door een voorstel te doen voor defiscalisering.⁵²⁵ In haar voorstel kan defiscalisering worden toegepast op alle gevallen dat een aspirant-erfgenaam een vermogensbestanddeel verkrijgt dat hij niet of nauwelijks te gelde kan maken. Defiscalisering houdt in dat het vermogensbestanddeel niet op het tijdstip van de verkrijging wordt belast, maar pas wanneer het te gelde kan worden gemaakt. Het gaat niet om vermogensbestanddelen die moeilijk verkoopbaar zijn, maar om vermogensbestanddelen waarvoor in het geheel geen markt bestaat en die dus op geen enkele wijze liquide zijn te maken. Voorts is het voorstel beperkt tot de familiale verhoudingen, omdat in verhoudingen tussen derden de voorwaarden zakelijk zullen zijn.

De defiscaliseringsgedachte wordt door Van Vijfeijken gefundeerd op het pay-as-you-go-beginsel. De belasting moet worden voldaan op het moment dat de baten ook daadwerkelijk de koopkracht vergroten. De reden om te defiscaliseren is dat bij sommige verkrijgingen de koopkracht van de verkrijger niet wordt vergroot. De vordering op de ouder uit hoofde van een wettelijke verdeling of schuldigerkenning uit vrijgevigheid is bijvoorbeeld op geen enkele wijze liquide te maken. Daarnaast is de waarde ongewis door het ontbreken van zekerheden. In dat geval is volgens Van Vijfeijken directe heffing over de vordering niet op zijn plaats. Tegelijkertijd wordt bij de langstlevende ouder geen rekening gehouden met de schuld aan het kind, omdat de langstlevende hierdoor niet wordt beperkt in zijn beschikkingsmacht.

Van Vijfeijken schetst drie mogelijkheden hoe de heffing bij het kind uiteindelijk kan plaatsvinden. In de eerste variant wordt de verkrijging van het kind fiscaal volledig genegeerd. Dat is niet in overeenstemming met de hiervoor geschetste heffingssystematiek, waarin de vormgeving van de verkrijging wel effect heeft op het tijdstip van heffing, maar er niet toe kan leiden dat heffing sowieso achterwege blijft. In de derde variant wordt gewerkt met een tax credit voor het kind vanwege de extra belasting die de langstlevende ouder heeft betaald. Ook dat past niet in het systeem. De verkrijger wordt belast voor zijn

525. I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.3.4 en 17.4.1. Dit voorstel borduurt voort op eerdere publicaties van Van Vijfeijken: I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Een andere heffing van schulden en vorderingen die ontstaan krachtens erfrecht', in: *Dat is verder geen probleem; vriendenbundel Jaap Zwemmer*, 's Gravenhage: Sdu 2006; I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Heffing van successierecht over onderbedelingsvorderingen: aanknopen bij de economische realiteit', *WFR* 2008/308, en I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Defiscalisering van onderbedelingsvorderingen: reacties en de cijfers van het CBS', *WFR* 2008/1311.

verrijking op het tijdstip van die verrijking. De overheveling van betaalde belasting naar een andere verkrijger past daarin niet.

Ik ga dan ook uit van de tweede variant. De heffing wordt daarin uitgesteld tot het moment dat de vordering wordt afgelost. Vervolgens vindt heffing plaats over het feitelijk ontvangen bedrag. Dit is veelal de afgeloste vordering vermeerderd met de bijgeschreven rente. De verkrijging is een erfrechtelijke verkrijging uit de nalatenschap van de eerststervende en vindt plaats naar de tarieven die op het moment van aflossing gelden. Van Vijfeijken geeft niet aan hoe een defiscaliseringsregeling in een wettekst kan worden vastgelegd. Wel geeft zij aan voor welke gevallen de regeling zou moeten gelden. Het gaat niet alleen om een vordering die is ontstaan krachtens een wettelijke verdeling, maar ook om een vordering uit hoofde van een legaat tegen inbreng van de waarde, een vorderingsrecht onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling en om blote eigendom.

In het voorstel van Van Vijfeijken geldt defiscalisering voor alle rechtsfiguren waarin iemand een vorderingsrecht of blote eigendom verkrijgt die niet op de markt te gelde is te maken. Pas op het moment dat het vorderingsrecht of de blote eigendom kan worden verhandeld of op andere wijze is om te zetten in liquiditeiten is sprake van een daadwerkelijke toename van de draagkracht van de verkrijger en wordt geheven. Defiscalisering geeft daarmee een oplossing voor het waarderingsprobleem. Als geen markt beschikbaar is, hoeft ook nog geen waardering plaats te vinden. Bovendien doet deze benadering recht aan de economische werkelijkheid. De waarde van een vordering op grond van de wettelijke verdeling is in de regel niet objectief bepaalbaar, omdat de waarde afhangt van de wil van de langstlevende echtgenoot. De langstlevende kan immers desgewenst het vermogen waaruit de vordering moet worden voldaan volledig verteren. Dat een dergelijke vordering daarom pas wordt belast op het tijdstip waarop de waarde wel objectief bepaalbaar is, is in overeenstemming met de in par. 3.6.4 uitgewerkte heffingssystematiek.

Hoewel ik het door Van Vijfeijken gehanteerde principe dus onderschrijf, rijzen mijns inziens problemen bij de afbakening van de situaties die wel en die niet onder de defiscalisering vallen. Afgevraagd kan worden of in alle door Van Vijfeijken beschreven situaties defiscalisering van het vorderingsrecht of de blote eigendom terecht is. Over de verschillende verschijningsvormen van vruchtgebruik merkt zij het volgende op:

“De langstlevende ouder heeft als vruchtgebruiker in de regel geen ‘last’ van het feit dat de kinderen de blote eigendom hebben. Indien de langstlevende interings- en vervreemdingsbevoegdheid heeft, kan de langstlevende de goederen gebruiken, verbruiken, vervreemden en verteren. Hij kan over het vermogen beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Dit is niet het geval als de vruchtgebruiker geen interings- en/of vervreemdingsbevoegdheid toekomt. Maar ook in dat geval hebben de kinderen blote eigendom die hun koopkracht niet vergroot.

(...) Ook indien de blote eigendom wordt verkocht (en dus wordt omgezet in liquiditeiten) vindt heffing van erfbelasting plaats over de gerealiseerde waarde.”

Terecht merkt Van Vijfeijken op dat er geen markt bestaat voor vermogensbestanddelen waarop een levenslang vruchtgebruik rust dat toebehoort aan een ouder. Voor de vruchtgebruiker zonder verteringsbevoegdheid leidt defiscalisering echter tot meer heffing dan waartoe de vruchtgebruiker gerechtigd is. In elk geval is hij niet op één lijn te stellen met de vruchtgebruiker met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid. Bij de beoordeling van deze gevallen wordt niet alleen belang toegekend aan de economische kenmerken, maar ook aan de juridische vormgeving. Daardoor leidt het defiscaliseringsvoorstel van Van Vijfeijken tot een gelijke behandeling van economisch niet vergelijkbare gevallen.

Van Vijfeijken focust zich op veelvoorkomende vormen van vermogensoverdracht in de familiesfeer. Voor minder gebruikelijke gevallen moet de regeling echter ook consistent uitwerken. Zo blijkt niet duidelijk uit het voorstel hoe moet worden omgegaan met vorderingsrechten waarop een zakelijke rente wordt vergoed of waarvoor zekerheid is gesteld. Daarnaast leidt de beperking tot familiale verhoudingen naar mijn idee tot een weinig verfijnde benadering. De vraag rijst hoe een dergelijke verwantschapseis moet worden afgebakend. Naar mijn idee is de omstandigheid dat de verkrijger geen werkelijk voordeel geniet niet zozeer een uitvloeisel van de familiesfeer, maar een gevolg van de privésfeer waarin iedere vererving plaatsvindt. En de heffing van erfbelasting ziet per definitie op verkrijgingen buiten de zakelijke sfeer (zie par. 3.5.3).

Ten slotte kan naar mijn idee het defiscaliseringsvoorstel niet direct tot wet worden verheven. Van Vijfeijken knoopt aan bij de aanwezigheid van ‘beschikkingsmacht’ of ‘koopkracht’ bij de verkrijger. Dit zijn echter vage begrippen die nadere invulling behoeven. Met de term beschikkingsmacht doelt Van Vijfeijken kennelijk niet op de bevoegdheid om een goed te vervreemden of te bezwaren als bedoeld in art. 3:84, eerste lid, BW, maar op de beschikking over liquiditeiten. De term koopkracht gebruikt zij als synoniem. De Van Dale definieert koopkracht als het “vermogen om met de beschikbare betaalmiddelen goederen of diensten te verwerven”. Ook Van Vijfeijken spreekt geregeld van ‘liquide maken’. Toch lijkt dit niet een harde eis te zijn. De aangroei van blote naar volle eigendom ten aanzien van een onroerende zaak leidt niet tot liquiditeiten, maar geeft in haar voorstel wel aanleiding tot heffing.

Desalniettemin zijn de principes waarin het voorstel van Van Vijfeijken verankerd is, bruikbaar om het waardebegrip te concretiseren. In het navolgende doe ik hiertoe een voorstel. Daarmee kan ook direct een preciezere afbakening tussen de verschillende rechtsfiguren worden gemaakt en kunnen ook minder vaak voorkomende gevallen in het systeem worden ingepast.

3.6.7 Indeling naar economische kenmerken

Een oplossing voor de waarderingsproblematiek zou gevonden kunnen worden door de benadering van Van Vijfeijken verder te concretiseren aan de hand van de economische kenmerken van verkrijgingen. Het (nog) niet belasten van de juridische verkrijging hangt dan niet af van de juridische verschijningsvorm,

maar van de economische inhoud van het verkregene. Van Rijn heeft reeds een aanzet voor een dergelijke benadering gedaan.⁵²⁶ Zij pleit ervoor heffing te laten plaatsvinden bij de verkrijging van het genot van vruchten en het hebben van beschikkingsmacht. De verkrijging van het belang bij waardeverandering is in haar visie niet het meest voor de hand liggende aanknopingspunt voor heffing, omdat daardoor op een (te) vroeg moment wordt geheven. Voor het genot van vruchten lijkt Van Rijn het praktisch aan te sluiten bij art. 5.22, derde lid, Wet IB 2001, waarin is bepaald dat onder een genotsrecht wordt verstaan 'elke gerechtigdheid tot voordelen uit goederen'.

In Nederland is deze benadering niet volledig onbekend. Voor een fidei-commis-saire verkrijging geldt de waarderingsregel dat de verkrijger onder ontbindende voorwaarde wordt belast alsof hij onvoorwaardelijk heeft verkregen (art. 21, tweede lid, SW 1956). Omdat de verkrijger in dat geval gedurende zijn leven het genot heeft van het vermogen en tevens de bevoegdheden heeft tot vervreemding en vertering⁵²⁷, is de gelijkschakeling met de verkrijging van volle onbezwaarde eigendom niet verwonderlijk. In Spanje trekt men deze gedachte ook door naar de verkrijging van vruchtgebruik.⁵²⁸ Als de verkrijger over de goederen kan beschikken, wordt de belasting geheven over de waarde in vrije staat. In het Zwitserse kanton Basel-Landschaft hanteert men voor een klassiek fidei-commis een tussenvariant.⁵²⁹ De verkrijger wordt dan aanvankelijk voor de gekapitali-seerde waarde in de heffing betrokken en als de verwachter vooroverlijdt voor de volledige waarde.⁵³⁰ De verkrijging bij de verwachter wordt pas belast op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat (par. 5 en 7), zoals ook in Nederland het geval is. Daar valt veel voor te zeggen, omdat de verkrijging van de verwachter moeilijk waardeerbaar is en nog moeilijker te gelde kan worden gemaakt.

Toch is er mijns inziens geen reden voor het volledig loslaten van het tijdstip waarop in juridische zin verkregen wordt. Het uitgangspunt blijft het tijdstip waarop een goed wordt verkregen. Naar dat moment wordt geheven op basis van de waarde in het economische verkeer. In beginsel zal immers aan een ver-kregen zaak of vermogensrecht waarde kunnen worden toegekend. Dat die waarde soms lastig bepaalbaar is, is nu eenmaal onlosmakelijk verbonden met een tijdstipbelasting die de overgang van vermogen tot haar object maakt. Als een verkrijging achteraf minder geldelijk voordeel blijkt op te leveren, is dat een omstandigheid die in aanmerking moet worden genomen bij de heffing van inkomstenbelasting.⁵³¹

526. A.P.M. van Rijn, 'Heffen over vermogensvermeerdering bij de verkrijger', *WPNR* (2008) 6757, par. 3.2.

527. Dat is de enige variant van een tweetrapsmaking die door het Nederlandse erfrecht wordt gefiat-teerd, zie art. 4:141 BW.

528. Art. 26, aanhef en onderdeel d, *Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Wet 29/1987 van 18 december.

529. Par. 7, eerste lid, *Gesetz über die Erbschafts- und die Schenkungssteuer*, Kanton Basel-Landschaft, Wet van 7 januari 1980, SGS 334.

530. Zie in gelijke zin: art. 13 *Gesetz über die Erbschafts- und Schenkungssteuer* Kanton Bern, Wet van 23 november 1999, 662.1.

531. Vgl. W.R. Kooiman, 'Chinese pot blijkt doos van pandora', *NTFR-B* 2013-39.

Een bijzondere regeling is wel op haar plaats waar de werkelijke waarde van een verkregen goed niet is vast te stellen. Het fundamentele probleem van de waarderingssystematiek onder de huidige wet is niet zozeer dat de waardering forfaitair verloopt, maar dat de waarde niet objectief bepaalbaar is. Uit par. 3.6.4 blijkt dat dit aan de orde is als de waarde van de verkrijging afhankelijk is van de wil van een ander of als die waarde niet kan worden gerealiseerd. In die gevallen moet het tijdstip van heffing worden verplaatst naar het moment dat een objectieve waardebepaling wel mogelijk is.

Aan de hand van dit uitgangspunt is het mogelijk om een, min of meer forfaitaire, economisch georiënteerde omschrijving te ontwerpen. Een dergelijke regeling heeft wederom als nadeel weinig concreet te zijn (vgl. par. 3.6.4). Daarom is het mijns inziens beter alleen een forfaitaire regeling te treffen voor veelvoorkomende verzorgingstestamenten.⁵³² Een dergelijke regeling kan worden toegesneden op concrete situaties en werkt daarmee de doelmatigheid en rechtszekerheid in de hand. De meeste problemen die bij verkrijgingen in de privésfeer (doorgaans de familiesfeer) rijzen, worden hiermee ondervangen.

Naar mijn idee is het van belang om voor een drietal situaties een regeling te treffen. In de eerste plaats gaat het om een verkrijging die is bezwaard met een vruchtgebruik of vergelijkbaar genotsrecht met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid. Een dergelijk genotsrecht resulteert erin dat aan de hoofdgerechtigde slechts een blote verwachting toekomt. Immers, de genotsgerechtigde kan naar believen het bezwaarde vermogen verteren en gelijk een eigenaar erover beschikken. Daardoor ontbreekt het aan een objectieve maatstaf om de (uiteindelijke) waarde van de aanspraak van de hoofdgerechtigde te kunnen bepalen. In het economische verkeer is de verkrijging van de hoofdgerechtigde dan ook niet of nauwelijks van waarde. Heffing mag pas plaatsvinden als het voordeel van de verkrijger wel objectief bepaalbaar is.

De tweede situatie ligt in het verlengde hiervan en betreft gevallen waarin een vordering wordt verkregen die pas opeisbaar is bij het overlijden van de schuldenaar. De schuldenaar heeft dan het fictief vruchtgebruik van de vordering⁵³³, zodat een vergelijkbare systematiek als bij een echt genotsrecht kan worden toegepast. De schuldeiser wordt voor zijn blote aanspraak niet in de heffing betrokken, totdat de vordering opeisbaar is (of eerder opeisbaar is dan het overlijden van de schuldenaar) dan wel wordt afgelost. Als zich een van die gebeurtenissen voordoet, is een waardering naar een objectieve maatstaf immers wel mogelijk.

Ten derde kan een concrete regeling worden getroffen voor de situatie dat de waarde van de verkrijging afhankelijk is van een onzekerheid en op het tijdstip van de verkrijging nog niet realiseerbaar is. Een veelvoorkomend geval in die categorie is een voorwaardelijke verkrijging waarbij de verkrijger nog niet het

532. Met de term 'verzorgingstestament' doel ik op testamentvormen die zijn gericht op de verzorging van de langstlevende echtgenoot.

533. HR 11 juli 1989, nr. 25 735, *BNB* 1989/260.

genot van het verkregene verkregen heeft. De verkrijger moet dan afwachten wat uiteindelijk zijn voordeel is, terwijl het door hem verkregen recht (hoewel mogelijk naar een objectieve maatstaf waardeerbaar) doorgaans niet verhandelbaar is in het economische verkeer. Ook voor deze situatie dient de verkrijging pas te worden belast, als de verkrijger het genot heeft verkregen dan wel de onzekerheid is weggenomen. In de regel zullen beide gebeurtenissen op hetzelfde tijdstip plaatsvinden.

Een bijzondere regeling voor de hoofdgerechtigde vraagt ook om een speciale fiscale behandeling van de genotsgerechtigde. Omdat de gerechtigde tot het genotsrecht het verkregen vermogen kan vervreemden en verteren, is hij volledig gerechtigd tot de economische voordelen uit dat vermogen. Het ligt dan voor de hand te heffen over de waarde van de goederen waarop het vruchtgebruik betrekking heeft. Vanuit hetzelfde doelmatigheidsperspectief wordt een schuld die correspondeert met een vordering die pas bij overlijden opeisbaar is, bij de schuldenaar in aanmerking genomen voor een waarde van nihil. Dit voorkomt discussie over de werkelijke waarde van deze 'papieren' schuld, die verwaarloosbaar zal zijn.

Bij voorwaardelijke verkrijgingen ligt het iets complexer. Alleen als een verkrijging onder de ontbindende voorwaarde van overlijden tevens recht geeft op vervreemding en vertering van het goed, is de positie van de verkrijger vergelijkbaar met voornoemde vruchtgebruiker. In dat geval is het terecht dat de verkrijger voor de waarde van de goederen zelf wordt belast. In alle andere gevallen moet de voorwaardelijke verkrijging op zijn eigen merites worden gewaardeerd en voor dat bedrag in de heffing worden betrokken.

Bij de formulering van de regels rondom waardering en tijdstip van heffing vindt geen verwijzing plaats naar het burgerlijke recht om te voorkomen dat alleen hier te lande bekende rechtsfiguren het bijzondere regime ten deel vallen. Voor het begrip vruchtgebruik volgt dit reeds uit de ruime definitie van art. 18, eerste lid, SW 1956. Niettemin is een nadeel van deze aanpak dat ter zake van andere rechtsfiguren altijd wordt geheven naar de waarde in het economische verkeer, ongeacht eventuele waarderingsproblemen. Vervolgens wordt een eventuele waardestijging van het verkregen vermogen met inkomstenbelasting belast. Dat is systematisch onjuist als de initiële verkrijging (in juridische zin) niet meer is dan een blote verwachting. Welk voordeel uiteindelijk als gevolg van het overlijden aan de verkrijger toevloeit, is dan nog onzeker. Daarom is het mijns inziens van belang om, net als bij toepassing van de opsommingsmethode (par. 3.5.6), een vangnetbepaling op te nemen. Daarin wordt het principe neergelegd dat directe heffing ook achterwege blijft in andere gevallen waarin waardering van de verkrijging naar een objectieve maatstaf niet mogelijk is.

In het voorgaande is het verkrijgingsbegrip uitgewerkt voor de heffing van erfbelasting. Dat neemt niet weg dat dezelfde regels moeten gaan gelden voor de schenkbelasting. In par. 3.4.4 werd immers geconcludeerd dat een scherpe afbakening tussen schenk- en erfbelasting alleen kan worden gerealiseerd door hetzelfde verkrijgingsbegrip te hanteren. Vervolgens bepaalt het tijdstip van de

verkrijging onder het bereik van welke belasting de verkrijging valt. Als de verkrijging in fiscale zin reeds tijdens het leven van de schenker tot stand komt, is schenkbelasting verschuldigd, mits uiteraard ook aan de overige voorwaarden voor heffing is voldaan. Als de verkrijging zich ten gevolge van of na het overlijden voordoet, kan in beginsel erfbelasting worden geheven.

Het hiervoor genoemde voorstel voorkomt overigens niet dat zich bij de verkrijger een financieringsprobleem kan voordoen. Mogelijk is het maatschappelijk niet gewenst dat de blote eigenaar zijn vermogen verkoopt of bezwaart om de verschuldigde belasting te voldoen. Onder de huidige wet voorziet art. 78 SW 1956 in een betalingsfaciliteit voor deze situatie. Bij de verkrijging van een onderbedelingsvordering in het kader van de wettelijke verdeling is in de burgerlijke wet voorgeschreven dat de verschuldigde belasting moet worden voorgeschoten door de langstlevende echtgenoot (art. 4:14, eerste lid, BW). Art. 35g SW 1956 bevat een bijzondere regeling voor de verkrijging van de blote eigendom van een woning. Omdat deze regelingen zijn ingegeven door politieke overwegingen, gaat bespreking ervan het bestek van dit onderzoek te buiten. Zij doen immers niets af aan het principe van het belastbare feit dat de verkrijger over de waarde in het economische verkeer van zijn verkrijging erfbelasting is verschuldigd.

3.6.8 Samenloop met inkomstenbelasting

In par. 3.3.2 is uiteengezet dat samenloop met de heffing van inkomstenbelasting zich in beginsel niet voordoet. De sluisgedachte behelst dat verkregen goederen eerst de sluis van de erfbelasting passeren door heffing over de waarde in het economische verkeer op het tijdstip van de verkrijging. Vervolgens wordt voor de heffing van inkomstenbelasting die waarde als uitgangspunt genomen. De draagkrachtvermeerdering van de verkrijger wordt zodoende slechts één keer belast. Dit systeem werkt alleen als de inkomstenbelasting niet op een eerder tijdstip dan de erfbelasting wordt geheven. Anders zou de waardestijging van het betreffende vermogensbestanddeel reeds in aanmerking zijn genomen in de heffing van inkomstenbelasting, zodat voor aanvullende erfbelasting geen plaats is.⁵³⁴ Het is dan ook van belang dat de inkomstenbelasting aansluit bij de in deze paragraaf uitgewerkte heffingssystematiek.⁵³⁵ Dat hiermee samenloop wordt voorkomen, blijkt uit het volgende voorbeeld.

Erflater X draagt tijdens leven een onroerende zaak over aan Y onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik, waaraan de rechten van vervreemding en vertering zijn verbonden. Op basis van het voorstel uit par. 3.6.7 wordt in een dergelijke situatie de verkrijging van de blote eigendom door Y voor toepassing van de Successiewet 1956 nog niet in aanmerking genomen. Om samenloop te voorkomen, zou de heffing van inkomstenbelasting dit voorbeeld moeten volgen, zodat X ook na de overdracht de onroerende zaak in box 1 of box 3 (afhankelijk van de overige omstandigheden) blijft aangeven. Waardes-

534. Dit probleem speelt in praktische zin uiteraard alleen voor zover de inkomstenbelasting de vermogensaanwas in de heffing betreft.

535. Van Vijfeijken merkt dit ook op ten aanzien van haar voorstel: I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.3.4.4.1.

tijdingen tot aan het tijdstip van overlijden worden dan (al dan niet forfaitair) bij X in de heffing betrokken. Als gevolg van het overlijden van X is Y erfbelasting verschuldigd over de volle-eigendoms waarde van de onroerende zaak. Pas daarna zou voor hem belastingplicht in de inkomstenbelasting moeten ontstaan, waarbij de waarde van de onroerende zaak op het tijdstip van overlijden als uitgangspunt van de heffing dient. Als Y al tijdens het leven van X voor het inkomen uit de onroerende zaak wordt belast, wordt de waardestijging van de onroerende zaak na de overdracht zowel met inkomstenbelasting als met erfbelasting getroffen. Door hetzelfde verkrijgingsbegrip te hanteren, wordt die dubbele heffing voorkomen.

Theoretisch is ook een systeem denkbaar waarbij met de reeds geheven inkomstenbelasting rekening wordt gehouden bij de heffing van erfbelasting. Omdat de inkomstenbelasting verschillende tarieven kent, die over het algemeen hoger zijn dan de erfbelastingtarieven, lijkt een grondslagvrijstelling het meest op zijn plaats. De erfbelasting zou dan worden geheven over de waarde van de verkrijging verminderd met de waarde waarover reeds inkomstenbelasting is geheven. Deze oplossing is echter systematisch onjuist, omdat het inkomen uit de bron al wordt belast, terwijl de verkrijging van de bron zelf nog niet in aanmerking is genomen. Daarnaast is een dergelijk systeem bewerkelijk, omdat de huidige inkomstenbelasting het inkomen deels forfaitair vaststelt. Tot slot is een nadeel dat expliciet een koppeling moet worden gemaakt tussen beide heffingswetten, hetgeen complicaties oplevert bij de doorwerking van bepaalde vrijstellingen.

Het is derhalve beter als de inkomstenbelasting van hetzelfde vermogensbegrip uitgaat als de erfbelasting. Dit betekent dat ten aanzien van een vermogensbestanddeel pas inkomstenbelasting kan worden geheven als sprake is geweest van een verkrijging voor de erfbelasting. Dat is thans overigens ook al grotendeels het geval. Tot de rendementsgrondslag van box 3 behoren tevens 'overige vermogensrechten, met waarde in het economische verkeer' (art. 5.3, tweede lid, onderdeel f, Wet IB 2001). Dit geldt ook voor de passiefkant van het op te geven vermogen: 'schulden zijn verplichtingen met waarde in het economische verkeer' (art. 5.3, derde lid, Wet IB 2001). De defiscaliseringsregeling van art. 5.4 Wet IB 2001 kan als uitwerking van deze principes worden gezien. Hoewel de onderbelatingsvordering of hoofdgerechtigdheid van een kind juridisch tot zijn vermogen behoort, is geenszins sprake van een recht met economische waarde ter zake waarvan belastingheffing in de rede ligt.

Toch zijn er ook verschillen tussen art. 5.4 Wet IB 2001 en het in par. 3.6.7 uitgewerkte voorstel. Zo is het gewenste verkrijgingsbegrip voor de erfbelasting niet gelimiteerd tot situaties waarin sprake is van een langstlevende echtgenoot van een overleden ouder van de belastingplichtige. Daarnaast wordt voor defiscalisering in de inkomstenbelasting geen onderscheid gemaakt tussen de bevoegdheden die aan het vruchtgebruik zijn verbonden. Op dergelijke punten zou de heffing van inkomstenbelasting moeten aansluiten bij het voorgestelde verkrijgingsbegrip voor de erfbelasting. Uiteraard moet de defiscaliseringsregeling ook voor alle boxen gelden.

3.7 VOORSTEL SUCCESSIEWET

In de voorgaande paragrafen is in kaart gebracht aan welke voorwaarden een situatie volgens de wetgever moet voldoen om belastbaar te zijn. Vervolgens heb ik elke voorwaarde uitgewerkt tot een concrete norm. Deze normen kunnen worden samengevoegd in een wetsvoorstel. Voor de wijze waarop een wettekst wordt geformuleerd, geldt een aantal eisen, dat volgt uit de Aanwijzingen voor de regelgeving. In casu zijn met name de volgende aanwijzingen van belang:

- Bepalingen worden zo beknopt mogelijk geformuleerd. Indien bij het ontwerpen van een bepaling een sluitende, maar ingewikkelde formulering is gevonden, dient steeds te worden nagegaan of het niet eenvoudiger kan (aanwijzing 52).
- Het normale spraakgebruik wordt zoveel mogelijk gevolgd. Woorden waarvan de betekenis te weinig bepaald of onduidelijk is, worden niet gebruikt (aanwijzing 54).
- Formulering van een regel in de vorm van een fictie wordt zoveel mogelijk vermeden. In elk geval blijft een fictie achterwege indien daarmee wordt beoogd de werkingssfeer van een hogere regeling uit te breiden. Vaak is het mogelijk in plaats van een fictie de vorm te kiezen van het van overeenkomstige toepassing verklaren van andere regels (aanwijzing 61).
- Verwijzing naar andere bepalingen wordt vermeden, indien de toegankelijkheid van de regeling daardoor onnodig wordt geschaad (aanwijzing 78).

Hieruit volgt een voorstel voor een nieuw belastbaar feit. Een Voorstel Successiewet (VSW) dat bestaat uit drie artikelen. In art. 1, eerste lid, VSW wordt vooropgesteld dat de erfbelasting ziet op de verkrijging van goederen ten gevolge van het overlijden. Deze voorwaarden zijn ontleend aan par. 3.2, 3.3 en 3.4. Door onverkorte toepassing van deze norm zou ook geheven worden over verkrijgingen die niet hun oorsprong vinden in het vermogen van de erflater. Daarom wordt tevens de onttrekkingseis opgenomen, zoals in par. 3.5.2 is voorgesteld. Vervolgens wordt een opsomming gegeven van de belastbare verkrijgingen overeenkomstig de in par. 3.5.6 geschetste methode.

Art. 1, tweede lid, VSW bevat een schakelbepaling, zodat voor verkrijgingen uit een APV niet de onttrekkingseis geldt, maar de systematiek van de Wet IB 2001. Het derde lid formuleert de extra voorwaarde voor belastingheffing ter zake van een verkrijging na het overlijden. Eerder geheven erfbelasting wordt alsdan herzien (tweede volzin). In het vierde lid is het principe verwoord dat de nettover verkrijging belastbaar is, zoals dat in het huidige art. 5, eerste lid, SW 1956 is bepaald. Het verschil met die bepaling is dat voor de aftrek van schulden en lasten het criterium is gehanteerd dat in par. 3.6.2 is uitgewerkt.

Art. 2 VSW regelt de heffing van schenkbelasting. Omdat het belastbare feit van de schenkbelasting in dit onderzoek niet ter discussie staat, is de inhoud van deze bepaling grotendeels ontleend aan de huidige wetgeving. De bepaling is met name opgenomen om de samenhang tussen schenk- en erfbelasting te laten zien. Het eerste lid geeft de hoofdregel weer zoals thans is opgenomen in art. 1, eerste lid, onder 2°, SW 1956. De formulering is gelijkgetrokken met

de formulering van het belastbare feit voor de erfbelasting. Het tweede lid geeft de definitie van het begrip 'schenking' die onder de huidige wet in art. 1, zevende lid, SW 1956 zijn plaats heeft. De uitzondering voor giften waarop art. 13 SW 1956 van toepassing is, is geschrapt. Het derde lid komt overeen met het huidige art. 1, achtste lid, SW 1956 (geen schenking bij verwerping erfenis of afzien wettelijke verdeling) en het vierde lid met art. 5, tweede lid, SW 1956 (heffingsgrondslag). In het vijfde lid is de samenloop met de erfbelasting geregeld. Ter zake van een verkrijging die belast is met erfbelasting, en dus ten gevolge van of na het overlijden plaatsvindt, kan niet tevens schenkbelasting worden geheven.

Art. 3 VSW bevat de heffingssystematiek zoals in par. 3.6 is uitgewerkt. Dit verkrijgingsbegrip geldt zowel voor de schenk- als erfbelasting, zodat een juiste afbakening tussen beide belastingen plaatsvindt (vgl. par. 3.4.4). In het eerste lid is de hoofdregel opgenomen dat geheven wordt naar de waarde in het economische verkeer op het tijdstip van de verkrijging (thans opgenomen in art. 21, eerste lid, SW 1956). De situaties waarin een verkrijging in juridische zin voor de toepassing van de schenk- en erfbelasting (nog) niet in aanmerking wordt genomen, zijn opgesomd in het tweede lid. De opsomming betreft de in par. 3.6.7 beschreven forfaitaire benadering bij de verkrijging van hoofdgerechtigdheid, een niet-opeisbare vordering of een voorwaardelijke verkrijging alsmede de vangnetbepaling voor andere verkrijgingen die niet naar een objectieve maatstaf waardeerbaar zijn. De daaraan gekoppelde waardering bij de vruchtgebruiker, schuldenaar en verkrijger onder ontbindende voorwaarde is neergelegd in het vierde, vijfde en zesde lid. Het derde lid bevat de heffingsgrondslag voor de situatie dat een verkrijging niet langer wordt uitgezonderd op grond van het tweede lid.

Door deze norm op te nemen in de Successiewet 1956 wordt naar mijn mening de bestaande discrepantie tussen de bedoeling van de wetgever en de vormgeving van het belastbare feit opgeheven. De uitgewerkte artikelen leiden tot een economisch belastbaar feit, waardoor de juridische onderscheidingen die de huidige wet aanbrengt (vgl. par. 1.2) zich niet langer voordoen. Daarnaast voldoet de norm aan de beginselen van rechtszekerheid, doelmatigheid en uitvoerbaarheid. Ook is zoveel mogelijk aangesloten bij bestaande wetgeving. In hoofdstuk 4 laat ik zien dat de voorgestelde norm past binnen de bedoeling van de wetgever en de kwaliteitseisen voor wetgeving. Verder werk ik in dat hoofdstuk uit tot welke concrete wijzigingen het voorstel leidt.

Onderstaand wordt het hiervoor beschreven wetsvoorstel weergegeven. Naast de hiervoor opgesomde eisen voor formulering van een wettekst gelden er nog vele tekstuele aanwijzingen. In de voetnoten bij onderstaand voorstel is weergegeven welke aanwijzingen bij de formulering van de tekst zijn toegepast.

Artikel 1.

1. Erfbelasting wordt geheven bij een verkrijging van goederen ten gevolge van of na het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland

woonde, voor zover⁵³⁶ de verkrijging toerekenbaar is aan de nalatenschap van de erflater of aan een onttrekking aan het vermogen van de erflater, en indien wordt verkregen:

- a.⁵³⁷ krachtens erfrecht;
- b. krachtens huwelijksvermogensrecht;
- c. krachtens een gift als bedoeld⁵³⁸ in art. 186, tweede lid,⁵³⁹ van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;⁵⁴⁰
- d. krachtens de voldoening aan een natuurlijke verbintenis als bedoeld in artikel 3 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, de omzetting van zodanige verbintenis in een rechtens afdwingbare daaronder begrepen;
- e. van een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in artikel 2.14a, tweede lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001;⁵⁴¹ of⁵⁴²
- f. in andere dan de hiervoor genoemde gevallen, indien tegenover de verkrijging geen zakelijke tegenprestatie staat.

2.⁵⁴³ Bij een verkrijging als is bedoeld in het eerste lid, onderdeel e, wordt het verkregene geacht toerekenbaar te zijn aan een onttrekking aan het vermogen van de erflater, voor zover de bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen tot het overlijden van de erflater ingevolge artikel 2.14a, tweede lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 aan hem zijn toegerekend. De eerste volzin⁵⁴⁴ is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot bezittingen en schulden als bedoeld in artikel 2.14a, zevende lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 die zonder toepassing van dat lid tot het overlijden van de erflater aan hem zouden zijn toegerekend.

3. Bij een verkrijging na het overlijden van de erflater wordt slechts erfbelasting geheven, voor zover de verkrijging het gevolg is van de uitoefening van een wilsrecht dat op overlijdensdatum reeds bestond dan wel ontstond op grond van een uiterste wilsbeschikking van de erflater. Voor zover de uitoefening van

536. Conform aanwijzing 62: in plaats van 'indien en voor zover' wordt de uitdrukking 'voor zover' gebruikt.

537. Conform aanwijzing 100: indien het bij een opsomming in een artikel ter wille van de duidelijkheid wenselijk is elk onderdeel daarvan op een nieuwe regel te laten beginnen, worden de onderdelen aangegeven met de letters a, b, c enzovoort, waarbij achter deze letters een punt wordt geplaatst; binnen de onderdelen niet met een nieuwe zin wordt begonnen en de onderdelen worden, met uitzondering van het laatste onderdeel, afgesloten met een puntkomma of een komma.

538. Conform aanwijzing 82: de aanduiding 'als bedoeld' wordt gebruikt, indien het voorafgaande begrip een onbepaald lidwoord of geen lidwoord heeft.

539. Conform aanwijzing 79: de verwijzing naar een regeling wordt zo mogelijk verbijzonderd tot verwijzing naar artikelen. Indien dit de duidelijkheid van de verwijzing vergroot, wordt de verwijzing naar een artikel verbijzonderd tot een verwijzing naar een onderdeel van het artikel.

540. Conform aanwijzing 83b: verwijzing naar een artikel uit het Burgerlijk Wetboek geschiedt overeenkomstig het volgende voorbeeld: artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

541. Conform aanwijzing 80: verwijzing naar een lid van een artikel geschiedt overeenkomstig het volgende voorbeeld: artikel 5, tweede lid, is van toepassing.

542. Conform aanwijzing 101: indien dit voor de duidelijkheid nodig is, wordt door gebruik van het woord 'of' aan het slot van het voorlaatste onderdeel van een opsomming het alternatieve karakter van de opsomming tot uitdrukking gebracht.

543. Conform aanwijzing 100: is bij een onderdeel van een opsomming een in een afzonderlijke volzin vervatte nadere bepaling nodig, dan wordt deze in een afzonderlijk artikellid opgenomen.

544. Conform aanwijzing 81: Een volledige zin wordt aangehaald als 'volzin' of 'zin'.

het wilsrecht wijziging brengt in een eerdere verkrijging wordt de heffing ter zake van die verkrijging in zoverre herzien.

4. De erfbelasting wordt geheven van de verkrijger voor hetgeen hij verkrijgt na aftrek van de schulden en lasten die hij voor de verkrijging van de goederen op zich heeft genomen.

Artikel 2.

1. Schenkbelasting wordt geheven bij de verkrijging van goederen krachtens schenking van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woonde.

2. 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 en voorts de voldoening aan een natuurlijke verbintenis als bedoeld in artikel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

3. Onder schenking wordt niet begrepen de bevoordeling als gevolg van verwerping door een erfgenaam of legataris, noch de bevoordeling als gevolg van het afzien door de echtgenoot van een wettelijke verdeling van de nalatenschap op de voet van artikel 18 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek.

4. De schenkbelasting wordt geheven van hetgeen de begiftigde verkrijgt, eventueel na aftrek van aan de schenking verbonden lasten en verplichtingen, waardoor hetzij de schenker, hetzij een derde wordt gebaat.

5. Voor zover ter zake van een verkrijging erfbelasting is verschuldigd, blijft heffing van schenkbelasting achterwege.

Artikel 3.

1. De verkrijging wordt in aanmerking genomen naar de waarde die daaraan op het tijdstip van de verkrijging in het economische verkeer kan worden toegekend.

2. Voor de toepassing van deze wet⁵⁴⁵ worden de volgende verkrijgingen niet in aanmerking genomen:

- a. de verkrijging van een goed waarop een vruchtgebruik rust, voor zover dat vruchtgebruik recht geeft op vervreemding en vertering van het goed;
- b. de verkrijging van een vordering, voor zover de vordering opeisbaar is bij of na het overlijden van de schuldenaar of eerder bij het intreden van een toekomstige onzekere gebeurtenis;
- c. de verkrijging die afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis, voor zover het genot voor de verkrijger nog niet is aangevangen;
- d. de verkrijging in andere dan de hiervoor genoemde gevallen, voor zover waardering van de verkrijging naar een objectieve maatstaf niet mogelijk is.

545. Conform aanwijzing 83a: de term 'deze wet' wordt uitsluitend gehanteerd bij verwijzing naar een ander onderdeel van de wet zelf waarin de verwijzing is opgenomen.

3. Op het tijdstip dat een in het tweede lid⁵⁴⁶ genoemde uitzondering geheel of gedeeltelijk niet langer van toepassing is op de verkrijging of de vruchten daarvan, wordt voor dat deel een verkrijging in aanmerking genomen. Voor de toepassing van artikel 1, eerste lid, en artikel 3, eerste lid, van deze wet wordt het tijdstip van de verkrijging gesteld op het tijdstip waarop de verkrijging in aanmerking is genomen.

4. De verkrijging van een vruchtgebruik als bedoeld in het tweede lid, onderdeel a,⁵⁴⁷ wordt in aanmerking genomen voor de waarde in het economische verkeer van het goed waarop het vruchtgebruik betrekking heeft.

5. De met de vordering als bedoeld in het tweede lid, onderdeel b, corresponderende schuld wordt in aanmerking genomen voor een waarde van nihil.

6. Bij een verkrijging van een goed onder de ontbindende voorwaarde van overlijden, waarbij de verkrijger recht heeft op vervreemding en vertering van het goed, wordt het goed in aanmerking genomen naar de waarde als ware het goed onvoorwaardelijk verkregen.

3.8 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk heb ik aan de hand van de wetsgeschiedenis de voorwaarden in kaart gebracht waaraan een situatie volgens de wetgever moet voldoen om belastbaar te zijn voor de erfbelasting. Deze voorwaarden vormen doel en strekking van het belastbare feit:

1. De erfbelasting is een belasting op bepaalde verkrijgingen en spitst zich toe op de positie van de verkrijger (par. 3.2).
2. Het voorwerp van de verkrijging bestaat uit de verkregen goederen in de zin van art. 3:1 BW (par. 3.3).
3. De verkrijging moet hebben plaatsgevonden ten gevolge van het overlijden van de erflater (par. 3.4).
4. De verkrijging moet toerekenbaar zijn aan de nalatenschap van de erflater of aan een onttrekking aan het vermogen van de erflater (par. 3.5.2). Daarnaast dient de verkrijging buiten de zakelijke sfeer plaats te vinden (par. 3.5.3).

Voor toepassing van deze voorwaarden is het van belang te beseffen dat de wetgever een economisch verkrijgingsbegrip nastreeft, dat als volgt kan worden samengevat (par. 3.6.4):

1. In beginsel wordt op het tijdstip van de juridische verkrijging gekeken naar de waarde in het economische verkeer.
2. Zolang de waarde van een verkrijging niet naar een objectieve maatstaf kan worden vastgesteld, blijft heffing achterwege, totdat een objectieve waarde-bepaling wel mogelijk is.

546. Conform aanwijzing 80: naar het voorafgaande artikel of lid van een artikel wordt verwezen door vermelding van het nummer van dat artikel of lid.

547. Conform aanwijzing 80: verwijzing naar een onderdeel van een opsomming geschiedt met behulp van de aanduidingen 'onder' of 'onderdeel'.

3. Wijzigingen in een verkrijging die zich voordoen na het overlijden van de erflater worden enkel gevolgd, indien zij het gevolg zijn van de uitoefening van een wilsrecht dat op overlijdensdatum reeds bestond dan wel voortvloeide uit de uiterste wil van de erflater.

Bovengenoemde norm is in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever, zoals in dit hoofdstuk in kaart gebracht. Toepassing van de beginselen van behoorlijke wetgeving heeft geleid tot concretisering van de verschillende voorwaarden. Dit is uitgemond in het wetsvoorstel, zoals in par. 3.7 opgenomen. De toepassing van dit voorstel komt in hoofdstuk 4 aan de orde.

Daarnaast zijn bij de bespreking van de verschillende voorwaarden nog andere aspecten langsij gekomen, die geen invloed hebben op de formulering van een nieuw belastbaar feit, maar wel aandacht behoeven bij de vormgeving van de heffing van erfbelasting:

- Belastingbesparing door het doen van schenkingen in het zicht van overlijden vloeit voort uit de jaarsgewijze toepassing van het tarief en de vrijstellingen voor de schenkbelasting. Verruiming van het belastbare feit voor de erfbelasting geeft hiervoor geen juiste oplossing. Introductie van een uitgebreidere samenteltermijn in de schenkbelasting biedt daarentegen wel soelaas (par. 3.4.3.2).
- Andere omstandigheden dan de verkrijging kunnen effect hebben op de draagkrachtvermeerdering als gevolg van het overlijden. Dergelijke omstandigheden hebben geen effect op de aanwezigheid van een belastbaar feit. Wel wordt met individuele draagkracht rekening gehouden door middel van vrijstellingen (par. 3.6.3).
- Mogelijk is het maatschappelijk niet gewenst dat een verkrijger die nog niet het genot heeft van zijn verkrijging het verkregen vermogen moet vervreemden of bezwaren om de verschuldigde belasting te kunnen voldoen. Het belastbare feit voorkomt een dergelijk financieringsprobleem niet. Wel kan de wetgever overwegen hiervoor een betalingsregeling te treffen (par. 3.6.7).
- Samenloop met de heffing van inkomstenbelasting wordt voorkomen als de inkomstenbelasting niet op een eerder tijdstip dan de erfbelasting wordt geheven. Daarvoor moet de inkomstenbelasting aansluiten bij het verkrijgingsbegrip van de schenk- en erfbelasting (par. 3.6.8).

