



Universiteit
Leiden
The Netherlands

'Jij een beetje meer dan ik!': het Breukdelengemeenschap-arrest van 16 februari 2024 vanuit civiel en fiscaal perspectief gezien

Saija, D.J.; Weijers, H.J.

Citation

Saija, D. J., & Weijers, H. J. (2024). 'Jij een beetje meer dan ik!': het Breukdelengemeenschap-arrest van 16 februari 2024 vanuit civiel en fiscaal perspectief gezien. *Kwartaalbericht Estate Planning*, 2024(3), 4-18. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4108900>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4108900>

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

‘Jij een beetje meer dan ik!’ Het Breukdelengemeenschap-arrest van 16 februari 2024 vanuit civiel en fiscaal perspectief gezien

KWEP 2024/9

1. Inleiding

Indien personen met elkaar in het huwelijk treden zonder daarbij van de kernbepalingen van het bepaalde in titel 1.7 BW – inhoudende regels inzake de wettelijke gemeenschap van goederen – af te wijken, ontstaat tussen hen een huwelijksgemeenschap.² Zolang de huwelijksgemeenschap niet wordt ontbonden als gevolg van één van de gebeurtenissen zoals deze zijn omschreven in art. 1:99 lid 1 BW, heeft de huwelijksgemeenschap een zogenaamde *magnetische of absorberende* werking: in beginsel vallen alle goederen en schulden die ‘gedurende de rit’ door (een van) de echtgenoten worden verkregen dan wel aangegaan in de huwelijksgemeenschap.³

Tijdens het bestaan van de actieve, niet-ontbonden huwelijksgemeenschap geldt naar ons idee dat iedere echtgenoot is gerechtigd tot het geheel van de goederen die tot de huwelijksgemeenschap behoren onder respectering van het gelijke recht van de ander.⁴ In deze visie worden dan ook tijdens het bestaan van de huwelijksgemeenschap geen aandelen van de echtgenoten voor wat betreft hun gerechtigdheid onderscheiden. Dat is anders *na* de ontbinding van de huwelijksgemeenschap. Op grond van art. 1:100 lid 1 BW hebben de echtgenoten dan ieder een *in beginsel* gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap (ieder 50%). Blijkens voornoemd wetsartikel is het mogelijk om bij huwelijkse voorwaarden of in een echtscheidingsconvenant af te wijken van dit uitgangspunt. Zo kan men rechtsgeldig bepalen dat echtgenoot A na ontbinding van de huwelijksgemeenschap bijvoorbeeld gerechtigd is tot 75% van de huwelijksgemeenschap en echtgenoot B tot

25%.⁵ Daarbij rijzen dan wel diverse vragen. Is er in dit voorbeeld bijvoorbeeld sprake van een schenking van echtgenoot B van 25% van de waarde van (het saldo van) de huwelijksgemeenschap aan echtgenoot A en zo ja, moet echtgenoot A daarover schenkbelasting betalen? Indien het antwoord ontkennend zou luiden, komt bijvoorbeeld de vervolgvraag op of er sprake is van een constructie die als enige doel heeft het ontgaan of verminderen van belastingheffing. De beantwoording van onder meer deze vragen komt hierna aan bod.

Op 16 februari 2024 wees de Hoge Raad arrest in de zogenaamde ‘breukdelengemeenschap-casus’.⁶ Het is een belangrijk arrest – Schols noemt het zelfs ‘een van de meest spectaculaire notariële arresten van de eeuw’⁷ – omdat daarmee onder meer de hierboven weergegeven vragen voorlopig zijn beantwoord. De redactie van dit tijdschrift besteedde eerder ook al aandacht aan dit dossier.⁸ In deze bijdrage zullen wij voornamelijk bij dit arrest nader stilstaan. Na een schets van de aan de voornoemde uitspraak ten grondslag liggende casus zullen wij aandacht besteden aan de diverse uitspraken die door de verschillende (feiten)rechters in dit dossier zijn gewezen. Ook de conclusie van A-G IJzerman komt daarbij aan bod.⁹ Zoals uit het navolgende nog zal blijken, heeft het arrest zowel civiel- als fiscaalrechtelijke implicaties voor bepaalde leerstukken en (rechts)gevolgen voor de echtgenoten. Wij zullen in dat verband de naar onze mening belangrijkste onderwerpen nader bespreken. Daarbij is het goed om op te merken dat er zowel over het arrest van de Hoge Raad als over alle eerdere uitspraken in dit dossier door diverse auteurs reeds is gepubliceerd.¹⁰ Vanzelfsprekend verschilt de insteek van deze auteurs: zo wordt in de ene publicatie

1 Mr. D.J. (Danka) Saija is partner-aandeelhouder bij Forvis Mazars Private Clients te Den Haag en als docent verbonden aan de afdeling Notarieel Recht van de Universiteit Leiden. Mr. H.J. (Rick) Weijers is als PhD-fellow verbonden aan de afdeling Notarieel Recht van de Universiteit Leiden.
2 Zie art. 1:94 lid 1 BW (jo. art. 1:80b BW voor wat betreft de van overeenkomstige toepassing van onder meer deze regel op de rechtsgevolgen van het geregistreerd partnerschap). In het vervolg van dit artikel zal alleen gesproken worden over het huwelijk, de huwelijksgemeenschap et cetera.
3 Zie bijv. W.D. Kolkman & F.R. Salomons, *Asser/Kolkman & Salomons 1-II* 2023/269 en 354.
4 Vgl. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:156, r.o. 5.2.4, *NJ* 2017/226, m.nt. L.C.A. Verstappen. De Hoge Raad heeft echter in het verleden ook anders geoordeeld en de literatuur is hierover ook verdeeld. In par. 3.3 gaan wij daar nader op in.

5 Daarbij geldt wel dat met name (art. 1:93 jo.) art. 1:121 BW enkele grenzen stelt. Zo kan men op grond van lid 2 van dit wetsartikel niet bepalen dat een echtgenoot tot een groter aandeel in de schulden zal zijn gehouden, dan zijn aandeel in de goederen van de gemeenschap belooft. Zie nader C.A. Kraan & S.H. Heijning, *Handboek huwelijksvermogensrecht* (Boom Masterreeks), Den Haag: Boom Juridisch 2022, p. 229 en Asser/Kolkman & Salomons 1-II 2023/355.
6 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, *NJ* 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen, *BNB* 2024/41, m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken (*breukdelengemeenschap*). Zie hierover ook L.H.M. Heijligers & B.J.E. Heijligers, ‘De breukdelengemeenschap uitgekristalliseerd’, *WPNR* 2024/7466, p. 424-431.
7 B.M.E.M. Schols, ‘Nog zeker niet dood’, *FBN* 2024/7, afl. 3, p. 4 en B.M.E.M. Schols, ‘Zo goed als zeker’, *WFR* 2024/75, afl. 7518, p. 4.
8 Redactioneel, ‘Wordt de huwelijksgoederengemeenschap met ongelijke breukdelen straks de nieuwe constructie om erfbelasting te besparen?’, *KWEP* 2021/4, afl. 1, p. 18-20.
9 Concl. A-G IJzerman 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:188, *NTFR* 2023/400, m.nt. B.M.E.M. Schols.
10 Bijv. P.A. Schut & R.J. Bruggink, ‘Is de huwelijksgoederengemeenschap een geschenk?’, *WFR* 2022/48, afl. 7421, p. 320-324 en A.E. de Leeuw, ‘De huwelijksgemeenschap met ongelijke breukdelen als belastbaar feit voor de Successiewet’, *WPNR* 2022/7375, p. 478-480.

met name aandacht besteed aan de civielrechtelijke aspecten van het arrest en staat de andere publicatie vooral in het teken van de fiscale problematiek. Wij zullen in onze bespreking aan beide rechtsgebieden afzonderlijk, maar ook in samenhang, aandacht besteden. Daarbij stellen wij ons ook tot doel om de belangrijkste lessen uit de bestaande literatuur samen te vatten en deze te bundelen. Oftewel: *the best of both worlds!* Tot slot geldt wel dat wij in deze bijdrage uiteraard niet op elk deelaspect uitvoering kunnen ingaan en keuzes moesten maken; een uitputtende behandeling van alle aspecten van het arrest is dan ook niet beoogd.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In par. 2 wordt het procesverloop van het in dit artikel centraal staande arrest besproken. Daartoe wordt eerst de casus geschetst. Vervolgens wordt achtereenvolgens ingegaan op de uitspraken van de rechtbank en het hof, de conclusie van de A-G en het arrest van de Hoge Raad. De belangrijkste civielrechtelijke aspecten van het arrest worden besproken in par. 3. Zo wordt onder meer stilgestaan bij de vraag of boedelmenging een gift oplevert. In par. 4 worden vervolgens de relevante fiscaalrechtelijke aspecten behandeld. Daarbij is bijvoorbeeld aandacht voor het wetsvoorstel inzake de 'Overige fiscale maatregelen 2018'. Ook speelt het leerstuk van *fraus legis* een belangrijke rol. Vervolgens vindt in par. 5 een nadere analyse plaats en denken wij na over een mogelijke oplossing die de creatie van een breukdelengemeenschap – in ieder geval vanuit fiscaal perspectief – overbodig kan maken. Deze bijdrage sluiten wij af met een conclusie.

2. Het procesverloop

2.1 Rb. Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677

De relevante feiten uit de casus zijn als volgt.¹¹ Man en vrouw zijn in 2015 gehuwd in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen en zonder het opmaken van huwelijksvoorwaarden. Op dat moment hadden zij reeds ruim 30 jaar een affectieve relatie. Op 19 oktober 2017 zijn partijen staande huwelijk huwelijksvoorwaarden aangegaan, hetgeen op grond van art. 1:114 BW is toegestaan. In de notariële akte inhoudende deze huwelijksvoorwaarden is – onder verwijzing naar art. 1:121 (lid 2) BW – onder meer opgenomen dat de man zal zijn gerechtigd tot 10% van zowel de schulden als de goederen van de gemeenschap en de vrouw tot 90% daarvan.¹² Op dat moment is de man al een aantal jaren ernstig, maar (nog) niet terminaal ziek. Nog geen twee maanden na het verlijden

van de huwelijksvoorwaarden is de man overleden, te weten op 9 december 2017.¹³ In zijn testament heeft de man zijn vrouw tot enig erfgename benoemd. De nalatenschap, die bestaat uit eventueel privévermogen van de man en zijn aandeel van 10% in het saldo van de nu ontbonden huwelijksgemeenschap, heeft de vrouw zuiver aanvaard.

Vervolgens heeft de vrouw aangifte erfbelasting gedaan. Nu het digitale aangifteprogramma van de Belastingdienst niet voorzorg in de mogelijkheid om te kiezen voor een verdeling van het huwelijksgemeenschapsvermogen op grond van 10% en 90%, is een verhouding van 50% en 50% ingevuld met een losse opmerking dat dit niet klopt. De belastinginspecteur heeft vervolgens op grond van art. 37 lid 1 SW 1956 een aanslag erfbelasting opgelegd waarbij ten onrechte is uitgegaan van een gelijke gerechtigdheid van de man (erflater) en de vrouw (erfgename) tot de ontbonden huwelijksgemeenschap. Volgens de inspecteur bedraagt de belaste verkrijging van de vrouw een bedrag van € 1.206.459. De vrouw is het daar niet mee eens en maakt bezwaar tegen deze aanslag.¹⁴ Op 27 februari 2019 wordt het bezwaar afgewezen en wordt deze beslissing op bezwaar aan de vrouw meegedeeld. Tegen deze uitspraak op bezwaar stelt de vrouw beroep in bij de Rechtbank Noord-Holland.¹⁵ Dat ging overigens bijna mis, maar loopt goed af.¹⁶

In de inhoudelijke beroepsprocedure voor de rechtbank staat de vraag centraal of de aanslag erfbelasting terecht is opgelegd. Het geschil ziet daarbij uitsluitend op de hoogte van het bedrag van de verkrijging van de vrouw. In r.o. 7 merkt de rechtbank op dat het geschil zich in dat verband toespitst op een *drietal* leerstukken:

¹¹ De feiten worden ontleend aan de diverse rechterlijke uitspraken uit dit dossier. Zo is bijvoorbeeld uit de uitspraak van de rechtbank niet op te maken dat de man op het moment van het passeren van de huwelijksvoorwaarden reeds jarenlang ernstig ziek was. Dit blijkt wel uit de arresten van het hof en de Hoge Raad.

¹² Een dergelijke afspraak is, gelet op art. 1:93 jo. 1:100 lid 1 jo. 1:121 lid 2 BW, in beginsel rechtsgeldig.

¹³ De Hoge Raad spreekt in zijn arrest slechts over 2017. De datum van overlijden van de man blijkt wel uit het vonnis Rb. Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677, r.o. 2, RN 2021/17.

¹⁴ De aanslag wordt door de inspecteur opgelegd in de vorm van een voor bezwaar vatbare beschikking in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb jo. art. 11 e.v. AWR. Zie nader Van Vijfeijken, in: *T&C Erfrecht civiel en fiscaal*, commentaar op art. 37 SW 1956, aant. 1 onder het kopje 'Bezwaar en beroep'.

¹⁵ Zie over de uitspraak van de rechtbank maar liefst drie artikelen van Schols: B.M.E.M. Schols, 'Huwelijken voorwaarden als het nieuwe fiscale testament', *FRV* 2021/46, afl. 12, p. 48-54; B.M.E.M. Schols, 'Beperkt of niet, breukdeel of niet, de huwelijksgemeenschap blijft bijzonder', *FRV* 2021/37, afl. 7-8, p. 16-19 en B.M.E.M. Schols, 'Eerlijk zullen we alles breukdelen. Jij véél meer dan ik. Rb. Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677', *EstateTip Review* 2020, afl. 39, p. 1-4.

¹⁶ Op grond van art. 6:7 Awb jo. art. 26c AWR dient een beroepschrift uiterlijk binnen een termijn van 6 weken na de dag van dagtekening van de beslissing op bezwaar door de inspecteur te worden ingediend. In casu was dat uiterlijk 10 april 2019. Het beroepschrift van de vrouw is echter pas op 7 mei 2019 door de rechtbank ontvangen. Gelukkig voor de vrouw vermeldde de beslissing op bezwaar van de inspecteur ten onrechte de datum van 8 mei 2019 als uiterste datum voor het instellen van beroep tegen de beslissing op bezwaar. Nu de vrouw zich in die tijd ook nog niet liet bijstaan door een professionele adviseur of gemachtigde, acht de rechtbank deze termijnoverschrijding verschoonbaar en is het beroep ontvankelijk, zie Rb. Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677, r.o. 11.1-11.3, RN 2021/17. De rechtbank verwijst daarbij naar art. 6:11 Awb en HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7954, *BNB* 2010/240, m.nt. J.A.R. van Eijnden.

“In het bijzonder houdt partijen verdeeld of de wijziging van de gerechtigheid in de huwelijksgemeenschap moet worden beschouwd als een schenking, dan wel of sprake is van en [lees: een] verblijvensbeding in de zin van artikel 11, vierde lid, van de Successiewet 1956 (hierna: SW), dan wel of sprake is van *fraus legis*.”¹⁷

In de eerste plaats gaat de rechtbank in op de vraag of het aangaan van huwelijkse voorwaarden zoals in deze casus aan de orde een schenking oplevert van de man jegens de vrouw. Een verkrijging krachtens huwelijksvermogensrecht wordt immers niet belast, tenzij er sprake is van een schenking. En wanneer sprake is van een belastbare schenking binnen 180 dagen voor het overlijden van de schenker, wordt het geschonkene op grond van art. 12 SW 1956 geacht krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen, zodat erfbelasting geheven kan worden. Onder verwijzing naar twee klassieke arresten van de Hoge Raad uit 1959 en 1971 die in par. 3.1.2 nog nader zullen worden behandeld, oordeelt de rechtbank dat dit niet het geval is nu er op het moment van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden nog geen sprake is van een voltooide vermogensverschuiving van het vermogen van de man naar dat van de vrouw.¹⁸

In de tweede plaats komt het verblijvingsbeding aan de orde. Volgens de inspecteur moet de afspraak uit de huwelijkse voorwaarden als een verblijvingsbeding zoals bedoeld in art. 11 lid 2 of lid 4 SW 1956 worden gezien. In deze artikelliden – waarover meer in par. 3.2 – wordt echter steeds gesproken over het verblijven van goederen aan de langstlevende bij het overlijden van de erflater of van een van het overlijden van de eerststervende echtgenoot afhankelijk gemaakt beding. Daarvan is volgens de rechtbank geen sprake. Partijen hebben immers ‘louter een wijze van verdeling opgenomen met het oog op de ontbinding van de gemeenschap’, aldus de rechtbank in r.o. 14. De werking van deze verdeling is niet afhankelijk van het overlijden van één van hen, maar kan volgens de rechtbank ook het gevolg zijn van een andere oorzaak.¹⁹ Daarmee doelt zij op een van de andere ontbindingsgronden uit art. 1:99 lid 1 BW. Wat ons betreft is hier echter *geen* sprake van een wijze van verdeling, maar van een andere goederenrechtelijke gerechtigdheid dan de hoofdregel 50-50 waarvan men kan afwijken blijkens art. 1:121 lid 1 BW (zie nader par. 3.3).

In de derde en laatste plaats heeft de inspecteur zich beroepen op *fraus legis*. Volgens hem zijn de huwelijkse voorwaarden enkel opgesteld met het doel om erfbelas-

ting te ontwijken en moet deze juridische constructie ‘als kunstmatig en van elk reëel belang ontbloeit’ worden aangemerkt.²⁰ De rechtbank verwierpt ook dit standpunt van de inspecteur. De rechtbank baseert haar oordeel op een tweetal argumenten, te weten:

1. Nu de Hoge Raad reeds in 1959 en 1971 heeft geoordeeld dat boedelmenging geen schenking oplevert, kan niet worden gezegd dat het aangaan van de huwelijkse voorwaarden het doel en de strekking van de SW 1956 miskent. Tot op heden heeft de wetgever de wet immers niet aangepast.
2. Er is geen sprake van een constructie waarbij de vrouw met zekerheid een fiscaal voordeel verkrijgt. Zij had immers ook eerder kunnen overlijden dan haar man. In dat geval was de verkrijging van de man ongunstig groot geweest. Het feit dat partijen wel belastingbesparing hebben beoogd, doet daaraan niets af.²¹

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het beroep van de vrouw slaagt. De rechtbank vernietigt de belastingaanslag en bepaalt in het dictum dat haar uitspraak in de plaats treedt van de vernietigde uitspraak op bezwaar. Dat laatste is wel opmerkelijk, omdat nergens uit de uitspraak blijkt op welk bedrag de verkrijging van de vrouw dan dient te worden gesteld.²² Kennelijk moet de inspecteur dat wel zelf berekenen; hij laat het er echter niet bij zitten en stelt hoger beroep in tegen alle onderdelen van de uitspraak.

2.2 Hof Amsterdam 4 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:96

In hoger beroep heeft de inspecteur zijn standpunten herhaald en heeft daar nog het volgende standpunt aan toegevoegd:

“Aangezien de huwelijkse voorwaarden zijn opge maakt in het zicht van het overlijden van erflater is geen sprake van een kanscontract, maar van een gift. (...) erflater heeft vrijwillig afstand gedaan van zijn recht om (ten minste) 50% tot zijn vermogen te laten behoren. De gift is perfect geworden binnen 180 dagen voor het overlijden. Daarom is artikel 12 van de Successiewet 1956 van toepassing. Een dergelijke gift zou de legitieme portie ook kunnen verminderen.”²³

¹⁷ Rb. Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677, r.o. 7, RN 2021/17.

¹⁸ Rb. Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677, r.o. 13, RN 2021/17.

¹⁹ Rb. Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677, r.o. 14, RN 2021/17.

²⁰ Rb. Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677, r.o. 9, RN 2021/17. De inspecteur verwijst daarbij naar HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5619, BNB 2009/123. Zie daarover ook par. 4.4.

²¹ Rb. Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677, r.o. 15, RN 2021/17.

²² In de regel dient een bestuursorgaan – in casu de inspecteur – na vernietiging van een beslissing op bezwaar een nieuwe beslissing te nemen. In het kader van het bevorderen van de definitieve geschilbeslechting (art. 8:41a Awb) kan de rechter echter onder meer bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit (art. 8:72 lid 3 sub b Awb). Dat dit gebeurt is als zodanig dan ook niet vreemd.

²³ Hof Amsterdam 4 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:96, r.o. 5.1.2.

Anders dan de rechtbank komt het hof tot het oordeel dat het beroep van de inspecteur op het leerstuk van *fraus legis* wegens strijd met doel en strekking van het bepaalde in art. 1 lid 1 en lid 7 jo. art. 12 SW 1956, slaagt. Volgens het hof zouden namelijk doel en strekking van voornoemde artikelen worden miskend ingeval het aangaan van de betreffende huwelijkse voorwaarden niet op één lijn gesteld zou worden met een schenking (*normvereiste*). Bovendien is het aangaan van de betreffende huwelijkse voorwaarden in overwegende mate – lees: doorslaggevend – ingegeven door belastingverijdelende motieven, namelijk het ontgaan van erfbelastingheffing (*motiefvereiste*).²⁴

Het hof vindt de door man en vrouw gevolgde weg *kunstmatig en van elk reëel belang ontbloomd*, afgezien van het anti-fiscale belang, vanwege de volgende feiten en omstandigheden:

- het oogmerk van de man kon louter gebaseerd zijn op vrijgevigheid: man en vrouw waren immers al gehuwd in de algehele gemeenschap van goederen;
- niet aannemelijk is geworden dat er een andere reden was om de huwelijkse voorwaarden aan te passen (het hof zal hier volgens ons bedoeld hebben op het gegeven dat er geen kinderen in het spel waren en dat belanghebbende de enig erfgename zou zijn van erflater);
- de vrouw heeft verklaard dat ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden de man reeds ernstig ziek was. Om die reden was volgens het hof geen sprake van gelijke levens- en sterftেকansen. Zo'n anderhalve maand later is de man ook daadwerkelijk overleden, zodat de huwelijkse voorwaarden dan ook geacht kunnen worden te zijn aangegaan in het zicht van overlijden; en
- de vrouw is hierdoor bevoordeeld binnen 180 dagen voor het overlijden van de man. Deze bevoordeling moet op één lijn worden gesteld met een schenking wegens toepassing van art. 12 SW 1956 (een fictieve erfrechtelijke verkrijging).²⁵

Aldus concludeert het hof dat de inspecteur de bevoordeling terecht heeft opgenomen in de aanslag erfbelasting en dat deze correct is vastgesteld.

2.3 **Concl. A-G IJzerman 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:188**

De conclusie van A-G IJzerman is zeer uitvoerig en lezenswaardig. Wij staan hier echter slechts op hoofdlijnen stil bij IJzermans belangrijkste punten in het licht van de hierboven besproken uitspraken. Ter zake het oordeel van het hof dat in casu sprake is van *fraus legis*, merkt IJzerman allereerst op dat er andere gevallen denkbaar zijn waarin wel sprake is van reële niet-fiscale motieven bij het aan-

gaan van een breukdelengemeenschap 90%-10%, namelijk wanneer er kinderen (legitimarissen) in het spel zijn en deze breukdelengemeenschap dan de fiscale positie van de langstlevende versterkt (voorzien in diens verzorgingsbehoefte).²⁶ Nu daar in casu geen sprake van was, kon het hof volgens IJzerman op begrijpelijke wijze tot het oordeel komen dat de wijziging van de huwelijkse voorwaarden heeft plaatsgevonden in het zicht van overlijden van erflater, omdat voorzienbaar was dat belanghebbende erflater zou overleven. Daarover merkt IJzerman op:

“Over de precieze mate van voorzienbaarheid zal nooit zekerheid kunnen worden gegeven, maar naar mijn mening blijft hoe dan ook overeind 's Hofs dragende oordeel dat er ten tijde van het aangaan van de huwelijksvoorwaarden geen sprake was van enigszins gelijke levens- en sterftেকansen.”²⁷

De zakelijke motieven die de vrouw in cassatie heeft aangedragen, te weten een onverwachte erfenis of loterijprijs die ertoe zouden kunnen hebben geleid dat niet de man maar de vrouw opeens de meestvermogende was, lijken IJzerman dermate zelden voorkomende gebeurtenissen dat daarop geen reële, zakelijke levenswandel te baseren is.²⁸ Hij is het aldus eens met het oordeel van het hof en voegt daaraan toe dat het aanvaarden van de boogde fiscale gevolgen van een dergelijke wijziging van huwelijkse voorwaarden de weg zou openen naar het herhaalbaar en willekeurig ontgaan van erfbelasting.²⁹

Een onderdeel in de OFM 2018,³⁰ inhoudende dat bepaalde gevallen van het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden als schenking kwalificeren, is gesneuveld. En dit achtte de vrouw als gegeven dat volgens de wetgever in casu (ook) geen sprake is van handelen in strijd met doel en strekking van art. 12 SW 1956. IJzerman is het oneens met dit argument van de vrouw. Het betreffende wetsvoorstel liet een aantal getalsmatige wijzigingen bij het aangaan van (nieuwe) huwelijkse voorwaarden zien, zodat een objectieve toetsing zou kunnen plaatsvinden van door huwelijkse voorwaarden gewijzigde verhoudingen. Volgens IJzerman volgt uit het amendement van het lid Omtzigt³¹ dat de indiener inderdaad vond dat fiscaal misbruik moest worden tegengegaan, maar ook vond dat de objectief opgezette wetsformuleringen tot gevolg zouden hebben dat onrechtvaardigheid zou kunnen ontstaan in gevallen waarin van misbruik geen sprake is. Uit de wetsgeschiedenis volgt juist dat toetsing aan *fraus legis* in casu

²⁴ Hof Amsterdam 4 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:96, r.o. 5.3.3.

²⁵ Hof Amsterdam 4 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:96, r.o. 5.3.4.

²⁶ Concl. A-G IJzerman 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:188, punt 5.12. Zie over het uithollingsgevaar met betrekking tot de legitieme portie par. 3.4.

²⁷ Concl. A-G IJzerman 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:188, punt 5.15.

²⁸ Concl. A-G IJzerman 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:188, punt 5.16.

²⁹ Concl. A-G IJzerman 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:188, punt 5.18.

³⁰ Het op Prinsjesdag 2017 ingediende wetsvoorstel tot Wijziging van enkele Belastingwetten en enige andere wetten ('Overige fiscale maatregelen 2018'). Zie hierover nader par. 4.3.

³¹ *Kamerstukken II* 2017/18, 34786, nr. 18, p. 1-2.

ertoe zou leiden dat aan het motiefvereiste – zie hetgeen het hof daarover heeft opgemerkt in par. 2.2 – wordt voldaan.³²

Tot slot merkt IJzerman op dat toepassing van *fraus legis* ertoe moet leiden dat de rechtshandeling van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden wordt genegeerd (conversie tot nihil), met als gevolg een voor de Successiewet 1956 belaste erfrechtelijke verkrijging van 50% van de (oorspronkelijke) huwelijksgemeenschap.³³

2.4 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239³⁴

De Hoge Raad overweegt in de eerste plaats – met de rechtbank en het hof – dat het aangaan van huwelijkse voorwaarden zoals in casu aan de orde is geen schenking inhoudt. Er is immers ten tijde van het aangaan daarvan geen sprake van een eenzijdige, voltooide vermogensverschuiving.³⁵

In de tweede plaats overweegt de Hoge Raad dat geen sprake is van een verblijvingsbeding zoals bedoeld in art. 11 lid 2 SW 1956. Onder verwijzing naar hetgeen voor 2010 in de Successiewet 1956 was opgenomen, overweegt de Hoge Raad dat art. 11 lid 2 SW 1956 niet van toepassing is op bedingen die in huwelijkse voorwaarden zijn opgenomen. Daarvoor bestaat immers een uitputtende regeling in art. 11 lid 4 SW 1956.³⁶ Is art. 11 lid 4 SW 1956 dan wel van toepassing? Volgens de Hoge Raad is dat inderdaad het geval.³⁷ Toch slaagt het door de inspecteur ingestelde cassatiemiddel op dit punt niet. Hoewel toepassing van de letterlijke tekst van art. 11 lid 4 SW 1956 – een *grammaticale* uitleg – de conclusie kan rechtvaardigen dat dit artikel in casu toepassing vindt, hanteert de Hoge Raad een *wetshistorische* interpretatie en uitleg van dit artikel.³⁸

Volgens de Hoge Raad is de wetgever er in 1869 bij het opstellen van (een voorganger van) de bepaling die thans is opgenomen in art. 11 lid 4 SW 1956 kennelijk van uitgegaan dat iedere echtgenoot voor 50% gerechtigd is tot de gemeenschappelijke goederen. Nergens blijkt echter uit dat de wetgever bij fictie een erfrechtelijke verkrijging wilde aannemen indien 'aan de langstlevende echtgenoot na het overlijden van de andere echtgenoot het aandeel in de gemeenschappelijke goederen toekomt waartoe hij reeds was gerechtigd op grond van de huwelijkse voorwaarden, ook niet indien dat aandeel méér dan de helft is'.³⁹ Nu er volgens de Hoge Raad ook geen aanwijzingen zijn dat de wetgever in de loop der tijd van gedachten hierover is veranderd, geldt dit nog steeds. 'Daarom moet ervan worden uitgegaan dat ook op grond van artikel 11, lid 4, SW slechts is belast wat een echtgenoot bij overlijden van de andere echtgenoot méér verkrijgt dan overeenkomt met zijn eigen aandeel in de huwelijksgoederengemeenschap vóór de ontbinding ervan', aldus de Hoge Raad.⁴⁰ In deze zaak is dat niet het geval. De vrouw is gerechtigd tot 90% van de huwelijksgemeenschap en dat is ook wat haar blijkens de huwelijkse voorwaarden reeds toekwam. Nu zij niet méér verkrijgt, vindt art. 11 lid 4 SW geen toepassing.⁴¹

In de derde plaats gaat de Hoge Raad ook in op het leerstuk van *fraus legis*. Daarvan kan in zaken zoals deze wel degelijk sprake van zijn:

"(...) het aangaan van huwelijkse voorwaarden als de onderhavige [kan] in uitzonderlijke gevallen worden aangemerkt als wetsontduiking (*fraus legis*). Een dergelijk geval doet zich voor indien (a) het ontgaan van erfbelasting het doorslaggevende motief is geweest voor het aangaan van de huwelijkse voorwaarden, en bovendien (b) het in strijd zou komen met doel en strekking van artikel 1, lid 1, aanhef en onder 1°, SW indien de vermogensverschuiving ten gevolge van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden en het vervolgens overlijden van één van de echtgenoten niet zou worden aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht."⁴²

De vraag is natuurlijk wanneer daar dan concreet sprake van is en welke maatstaf voor de beoordeling van bovenstaande dient te worden aangelegd. Volgens de Hoge Raad is hiervan sprake indien het op het moment van het aan-

32 Concl. A-G IJzerman 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:188, punt 5.20-5.25.

33 Concl. A-G IJzerman 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:188, punt 5.26.

34 Bij de volgorde van behandeling van de diverse overwegingen van de Hoge Raad sluiten wij aan bij de volgorde in de eerste uitspraken. Nu er tegen de uitspraak van het hof zowel principaal als incidenteel cassatieberoep is ingesteld, wijkt de volgorde van behandeling bij de Hoge Raad af.

35 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 4.2 en 5.2, NJ 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

36 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 5.3.2, NJ 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

37 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 5.4, NJ 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

38 Zie over interpretatie- en uitlegmethode in algemene zin en de *rechtvaardiging* daarvan bijv. reeds J. van Kuyk, 'Historische wetsuitlegging', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1920/2, nr. 1, p. 1-41 en meer recent O.C.R. Marres, 'De relevantie van parlementaire geschiedenis bij wetsuitleg', in: Th. Groeneveld & L.J.A. Pieterse (red.), *Met oog voor detail. Liber amicorum aangeboden aan Mr. J.W. van den Berge, Scherpzinnig magistraat, erudiet inspirator ter gelegenheid van zijn afscheid als vice-president van de Hoge Raad der Nederlanden op 10 april 2013*, Den Haag: Sdu uitgevers 2013, p. 196 en het overzichtsartikel van H.T.M. Kloosterhuis & C.E. Smith, 'Regels van redelijke rechtsvinding', AA 2021/0642, p. 642-646 met nadere verwijzingen. Op de gebruikte interpretatiemethoden gaan wij in dit artikel verder niet in.

39 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 5.5, NJ 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

40 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 5.6, NJ 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

41 Kritisch hierop is Van Vijfeijken in punt 5-7 van haar noot onder BNB 2024/41. Zij acht de lezing van de Hoge Raad niet zonder meer juist en zet ook haar vraagtekens bij de door de Hoge Raad gebruikte wetsgeschiedenis. Zie ook Heijligers & Heijligers 2024, p. 429-431.

42 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 4.3.1, NJ 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

gaan van de huwelijkse voorwaarden *zo goed als zeker* is dat de echtgenoot die daardoor voor het kleinste deel is gerechtigd tot de huwelijksgemeenschap, eerder zal overlijden dan de andere echtgenoot, en dat daardoor de vermogensverschuiving richting de langstlevende echtgenoot die niet zou worden aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht zich zal voltrekken.⁴³ Het hof had aldus *ten onrechte* het criterium gehanteerd of op het moment van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden sprake was van *enigszins gelijke levens- en sterftekansen*, zodat zijn uitspraak dan ook niet in stand kan blijven.

De slotsom is dan ook dat het cassatieberoep van de vrouw slaagt. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het Hof Amsterdam en bevestigt de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland. Dit levert de vrouw een besparing op van ruim € 200.000.⁴⁴

3. Civiele aspecten

3.1 De 'klassieke arresten' van de Hoge Raad uit 1959 en 1971 blijven in stand⁴⁵

Het ezelsbruggetje dat nog altijd in de collegezalen doorklinkt zal de lezer bekend voorkomen: iedere schenking is een gift, maar niet iedere gift is een schenking.⁴⁶ Hieruit volgt dat 'gift' het genus begrip is en 'schenking' daarvan een species is. Bij een gift is sprake van een (eenzijdige) handeling die ertoe strekt dat degene die de handeling verricht de ander ten koste van eigen vermogen verrijkt,⁴⁷ terwijl bij een schenking het een overeenkomst om niet betreft (meerzijdige rechtshandeling) waarbij eveneens sprake dient te zijn van verarming van de schenker, verrijking van de begiftigde en vrijgevigheid.⁴⁸ Dit onderscheid is relevant nu we in deze zaak terugvallen op 'klassieke' arresten van de Hoge Raad waarin het (ruimere) gift-begrip werd gehanteerd.

Tot op de dag van vandaag gelden de bovengenoemde 'klassieke' arresten van de Hoge Raad uit 1959 en 1971 bij het aangaan van of de overgang naar een huwelijksgemeenschap: in beide gevallen is sprake van boedelmenging in de zin van art. 3:80 lid 2 jo. art. 1:94 lid 1 BW en

deze boedelmenging leidt *niet* tot het aannemen van een gift van de ene echtgenoot jegens de andere echtgenoot.

Uit het arrest van 1959 volgt dat boedelmenging geen gift is omdat:

1. iedere mogelijkheid ontbreekt om, zolang de huwelijksgemeenschap niet is beëindigd, over de baten van de huwelijksgemeenschap als een aan een echtgenoot afzonderlijk toekomend vermogensbestanddeel te beschikken; en
2. de huwelijksgemeenschap alle tegenwoordige en toekomstige goederen, inkomsten en schulden van beide echtgenoten omvat, zodat zolang de huwelijksgemeenschap bestaat dit voor een echtgenoot geen enkel realiseerbaar voordeel kan opleveren.

Voor de vraag of, en zo ja in hoeverre een echtgenoot door bijvoorbeeld het ontstaan van de huwelijksgemeenschap ten laste van de andere echtgenoot is bevoordeeld, is derhalve niet beslissend het vermogensrechtelijke gevolg van de boedelmenging, maar wat bij *het einde* van de huwelijksgemeenschap het resultaat is geweest van de vermogensverschuivingen voor de (dan weer afzonderlijke) vermogens van de echtgenoten. De Successiewet 1956 biedt in dat geval geen aanknopingspunt om schenkbelasting te heffen. Zou het wenselijk zijn om in geval van boedelmenging schenkbelasting te kunnen heffen, dan is het aan de wetgever om dit te regelen.⁴⁹ Dat is wat ons betreft overigens niet het geval. Sterker nog: wat ons betreft biedt het *Breukdelengemeenschap*-arrest voldoende aanleiding om te overwegen om een algehele partnervrijstelling voor de erfbelasting in te voeren.⁵⁰

In het arrest van 1971 wordt aan het arrest van 1959 door de Hoge Raad toegevoegd dat een bevoordeling van de ene echtgenoot door de andere echtgenoot als gevolg van boedelmenging door een wijziging van de huwelijkse voorwaarden géén schenking is, omdat niet reeds door het intreden van de huwelijksgemeenschap zich een op een bepaald ogenblik volttooide eenzijdige waardeverschuiving uit het vermogen van de ene naar dat van de andere echtgenoot voltrekt, zoals deze kenmerkend is voor bevoordeling door schenking en daarmee tevens voor de verkrijging door schenking in de zin van de Successiewet 1956.

De Hoge Raad heeft in het in deze bijdrage centraal staande *Breukdelengemeenschap*-arrest onder verwijzing naar de 'klassieke arresten' opnieuw aangegeven dat door het aangaan van huwelijkse voorwaarden als de onderhavige, zich nog niet een eenzijdige vermogensverschuiving uit het vermogen van de ene, in het vermogen van de andere echtgenoot heeft voltrokken, die kenmerkend is voor een

43 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 4.3.2, NJ 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

44 Uit de feiten is af te leiden dat de totale ontbonden huwelijksgemeenschap € 3.699.306 bedraagt. De nalatenschap van de man bedroeg derhalve 10%, is € 369.930. De verkrijging van de vrouw blijft daarmee ruim onder de partnervrijstelling (art. 32 lid 1 onder 4° sub a SW 1956), zodat zij geen erfbelasting verschuldigd is. De inspecteur had eerder een aanslag erfbelasting opgelegd van € 229.064.

45 HR 28 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY1786, BNB 1959/122, m.nt. H. Schuttevâer (*boedelmenging is geen gift I*) en HR 17 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AX5018, BNB 1971/95, m.nt. H. Schuttevâer (*boedelmenging is geen gift II*).

46 Zie uitgebreid over de gift en de schenking: F.W.J.M. Schols, *Schenking en gift* (Monografieën BW, nr. B82), Deventer: Kluwer 2011 en S. Perrick, *Asser/Perrick 4* 2021/252 e.v.

47 Art. 7:182 lid 2 BW.

48 Art. 7:175 BW.

49 Vgl. reeds bijv. F. Sonneveldt, 'Is de overgang naar de wettelijke gemeenschap nog steeds geen schenking?', *NTBR* 2007/8.

50 Wij komen hier in par. 5 op terug.

schenking. De Hoge Raad verwijst daarbij ook naar een recent arrest van 7 mei 2021 waarin het oordeel van de Hoge Raad in 1959 wordt herhaald.⁵¹ Aldus heeft de Hoge Raad expliciet vastgehouden aan voornoemde 'klassieke arresten'.

3.2 Wanneer is sprake van een verblijvingsbeding?

In casu is door de inspecteur aangevoerd dat de huwelijkse voorwaarden onder meer een verblijvingsbeding of verblijvingsbeding inhouden, waardoor het meerdere (ten opzichte van het uitgangspunt van de 50%-gerechtigdheid) dat de belanghebbende verkrijgt op grond van art. 11 lid 2 of lid 4 SW 1956 moet worden belast.

Civielrechtelijk kunnen echtgenoten in huwelijkse voorwaarden een verblijvingsbeding overeenkomen ten aanzien van goederen die onderdeel uitmaken van de huwelijksgemeenschap, al komt dit volgens De Bruijn/Huijgen & Reinhartz nog maar weinig voor.⁵² Een verblijvingsbeding is een overeenkomst tussen de echtgenoten waarbij zij afspreken dat na de ontbinding van een tussen hen bestaande (huwelijksgemeenschap) een of meer goederen aan een van hen zal 'verblijven', vaak zonder tegenprestatie.⁵³ Daarbij is sprake van een verdeling bij voorbaat onder een voorwaarde en/of tijdsbepaling in de zin van art. 3:182 (jo. 3:38 lid 1) BW.⁵⁴ maar partijen dienen nog wel te leveren om de 'verblijving' daadwerkelijk te effectueren (art. 3:186 lid 1 BW).⁵⁵ Indien een van de echtgenoten is overleden, is bijvoorbeeld denkbaar dat diens erfgenamen – indien dat anderen zijn dan de langstlevende echtgenoot – aan de levering niet zonder meer willen meewerken. Om die reden wordt vaak een onherroepelijke volmacht tot levering aan het verblijvingsbeding toegevoegd.⁵⁶ Een verblijvingsbeding is vaak wederkerig, maar kan ook eenzijdig worden gemaakt. Ook dienen partijen zich ervan bewust te zijn dat een verblijvingsbeding zonder redelijke tegenprestatie kan worden aangemerkt als quasi-legaat in de zin van art. 4:126 lid 2 sub a jo. lid 1 BW.⁵⁷

In de situatie zoals in de hier centraal staande casus aan de orde is, is er civielrechtelijk geen sprake van een verblijvingsbeding. Partijen hebben immers de gerechtigdheid tot de goederen en schulden van de huwelijksgemeenschap op grond van art. 1:121 lid 1 BW nader geregeld. Bij het overeenkomen van een dergelijk afwijkend breukdeel wat betreft de goederenrechtelijke gerechtigdheid is *geen* sprake van een verdeling bij voorbaat.⁵⁸ Er is immers nog niets verdeeld.⁵⁹ Of er dan fiscaalrechtelijk toch sprake is van een verblijvingsbeding, wordt hierna in par. 4.2 nader uitgewerkt.

3.3 Breukdelenvisie of gezamendehandse visie?

In de huwelijksgoederenrechtelijke literatuur wordt al lang gediscussieerd over de vraag of echtgenoten tijdens het bestaan van de actieve, niet-ontbonden huwelijksgemeenschap ieder een aandeel hebben in die gemeenschap (de *breukdelenvisie*) of dat van aandelen geen sprake is, maar dat iedere echtgenoot gerechtigd is tot het geheel van de goederen die tot de huwelijksgemeenschap behoren onder respectering van het gelijke recht van de andere echtgenoot ((een variant van) de *gezamendehandse visie*).⁶⁰ Zo is bijvoorbeeld Verstappen een voorstander van de breukdelenvisie en Nuytinck van de gezamendehandse visie.⁶¹

De Hoge Raad heeft zich hierover in het verleden al meermaals uitgelaten, maar niet steeds op dezelfde manier.⁶²

51 HR 7 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:708, r.o. 4.2, NJ 2021/223, m.nt. L.C.A. Verstappen (*boedelmenging van één bank- en effectenrekening?*).

52 A.R. de Bruijn/W.G. Huijgen & B.E. Reinhartz, *Het Nederlandse huwelijksgoederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 310. Zij wijzen daarbij op verschillende redenen (p. 310-311). Zie ook M.J.A. van Mourik, L.C.A. Verstappen & W. Burgerhart (m.m.v. J.G. Knot), *Handboek Nederlands goederenrecht bij scheiding Deel A* (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 123-124.

53 De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2019, p. 311-312 en Asser/Kolkman & Salomons 1-II 2023/362.

54 Zie over verdeling in algemene zin bijv. T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling* (Ars Notariatus nr. 168) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

55 Bijv. Asser/Kolkman & Salomons 1-II 2023/363, S. Perrick, Asser/Perrick 3-V 2023/178 en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, relatieve goederenrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 174-175.

56 T.C. Hoogwout, 'Trilogie fiscaal huwelijksgoederenrecht; rood, wit, blauw', *FtV* 2024/5, afl. 2, p. 7. Zie voor de onherroepelijke volmacht art. 3:74 lid 1 BW.

57 Zie daarover nader bijv. De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2019, p. 312-313 en Le Cat, in: *GS Erfrecht*, art. 4:126 BW, aant. 5-7.

58 Zo ook Hoogwout 2024, p. 7. Vgl. Breedveld-de Voogd, in: *T&C BW*, commentaar op art. 1:100 BW, punt 2. Van Vijfeijken dacht daar – in 2020 – (nog) anders over: zie I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De huwelijksgemeenschap van ongelijke delen', *WPNR* 2020/7308, p. 938.

59 Nu zal dat in deze casus uiteraard geen probleem opleveren. De vrouw is immers als langstlevende echtgenoot gerechtigd tot haar aandeel van 90% in alle goederen in de ontbonden huwelijksgemeenschap en – als zijnde de enige erfgenamer – ook tot de 10% die zich in de nalatenschap van de erflater bevindt.

60 Er zijn ook andere termen in omloop (gewoest). Zo spreekt M.L. Tuil, 'De beslagrechtelijke uitwerking van het verhaal op de huwelijksgemeenschap', *WPNR* 2010/6859, p. 734-735 over respectievelijk de 'ieder voor een aandeel'-leer en de 'ieder voor het geheel'-leer. Inhoudelijk is er echter geen verschil.

61 Zie onder meer L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996, p. 363 e.v.; HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, NJ 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen, punt 7 (*breukdelengemeenschap*); Van Mourik, Verstappen & Burgerhart 2020, p. 37 en 107-108 met nadere verwijzingen; A.J.M. Nuytinck, 'Gerechtigdheid voor het geheel in geval van wettelijke gemeenschap', *WPNR* 2012/6955, p. 932-934; A.J.M. Nuytinck, 'Breukdelenvisie of gezamendehandse visie?', *WPNR* 2017/7155, p. 477-478 en Nuytinck 2024, p. 131-132. Zie voorts hierover recentelijk J.C. van Straaten, 'Rechtskarakter huwelijksgemeenschap (civiel en fiscaal)', *FtV* 2017/46, afl. 10, p. 5-13 (met name de op p. 6 vermelde (fiscale) jurisprudentie); De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2019, p. 107-113; M.J.A. van Mourik & F.W.J.M. Schols, *Relatieve goederenrecht* (Monografieën Privaatrecht nr. 12), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 72-75; M.J.A. van Mourik, 'Kent het Nederlands burgerlijk recht aandeelloze en/of gezamendehandse eigendom?', *WPNR* 2019/7237, p. 343-345 en Asser/Kolkman & Salomons 1-II 2023/267.

62 De hierna te bespreken visies en rechtspraak worden ook uitvoerig besproken door T.M. Subelack, *De huwelijksgemeenschap en verkrijgingen krachtens erfrechtelijke titel en gift* (Recht en Praktijk nr. PFR10), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 122-140.

Zo overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld in 1988 het volgende:

“De langstlevende, die voor het overlijden van de erflater reeds voor de helft tot elk goed van de [huwelijksgemeenschap] gerechtigd was (...).”⁶³

Daarin komt de breukdelenvisie duidelijk naar voren. In een arrest uit 2012 werd het oordeel van het Hof Den Haag bestreden in cassatie met de klacht dat het hof in zijn oordeel heeft miskend dat wanneer tussen echtgenoten een huwelijksgemeenschap bestaat, ieder der echtgenoten voor het geheel in het vermogen van de gemeenschap – waarin geen aandelen kunnen worden onderscheiden – is gerechtigd.⁶⁴ De tegen de uitspraak van het hof gerichte cassatiemiddelen treffen op dit punt doel.⁶⁵ Dit arrest spreekt dan ook voor de gezamendehandse visie. In 2017 is de Hoge Raad nog explicieter als hij het volgende overweegt:

“Onderdeel van die regeling [bedoeld wordt: de wettelijke regeling van de huwelijksgemeenschap uit titel 1.7 BW] is dat echtgenoten van de aanvang van het huwelijk af ieder zijn gerechtigd tot de goederen die tot die gemeenschap behoren en daarin gedurende het huwelijk dus geen aandelen hebben (vgl. art. 1:94 lid 1 en art. 1:100 BW).”⁶⁶

Daaruit blijkt duidelijk de gezamendehandse visie: zolang de huwelijksgemeenschap niet is ontbonden, kunnen er geen aandelen worden onderscheiden.⁶⁷ Beide echtgenoten zijn dan dus ieder voor het geheel gerechtigd tot de

goederen die tot de huwelijksgemeenschap behoren.⁶⁸ In zijn arrest van 16 februari 2024 spreekt de Hoge Raad zich hierover niet duidelijk uit.⁶⁹ Wel blijkt uit het arrest als zodanig dat echtgenoten een ongelijke gerechtigdheid tot de huwelijksgemeenschap kunnen afspreken. Dat is gelet op art. 1:121 lid 1 BW echter niets nieuws; het is alleen de vraag of hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad nu ‘is om gegaan’ op dit punt. In punt 7 van zijn noot onder NJ 2024/111 schrijft Verstappen:

“Het gegeven dat (on)gelijke gerechtigdheid tot de gemeenschap van goederen mogelijk is, toont mijns inziens aan dat het gezegde dat in een gemeenschap van goederen geen aandelen te onderscheiden zijn, op een tamelijk hardnekkige misvatting berust.”⁷⁰

Verstappen onderbouwt dit verder niet, maar verwijst vervolgens alleen naar de bestaande literatuur en de wisselende rechtspraak van de Hoge Raad. Volgens ons is uit dit arrest echter *niet* af te leiden dat de Hoge Raad van zijn arrest uit 2017 is teruggekomen. Daarvoor spreekt onder meer het gegeven dat het arrest uit 2024 door de *fiscale kamer* en niet door de civiele kamer van de Hoge Raad is gewezen.⁷¹ Daar komt bij dat echtgenoten tijdens het bestaan van de actieve, niet-ontbonden huwelijksgemeenschap naar ons idee niet kunnen afwijken van de goederenrechtelijke gerechtigdheid. Dit kan pas zodra de huwelijksgemeenschap is ontbonden (art. 1:100 lid 1 BW) en het bepaalde in art. 1:121 lid 1 BW doet daaraan niet af. Wel kan men uiteraard al voor het tijdstip van de ontbinding anders afspreken; er is dan als het ware *in de interne verhouding* een andere goederenrechtelijke gerechtigdheid afgesproken onder de *opschortende voorwaarde* van ontbinding van de huwelijksgemeenschap (vgl. art. 3:38

63 HR 9 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC1018, r.o. 3.3, NJ 1989/239, m.nt. W.M. Kleijn (*Erven Van der Kammen*) (onderstreping auteurs). Zie ook HR 15 december 1961, NJ 1962/48 (*Terneuzense vennootschap*). Zie A.J.M. Nuytinck, ‘De Hoge Raad en de huwelijksgemeenschap’, *WPNR* 1989/5925, p. 445-446 (met reactie en naschrift in *WPNR* 1989/5945).

64 HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9239, r.o. 3.4.1, NJ 2013/140, m.nt. P. van Schilfgaarde en L.C.A. Verstappen.

65 HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9239, r.o. 3.4.2, NJ 2013/140, m.nt. P. van Schilfgaarde en L.C.A. Verstappen. Zie hierover T.H. Sikkema, ‘HR 5 oktober 2012: de huwelijksgemeenschap in drie aspecten’, *JBN* 2013/37, afl. 7-8, p. 7-9.

66 HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:156, r.o. 5.2.4, NJ 2017/226, m.nt. L.C.A. Verstappen (onderstreping auteurs). Verstappen wijst er in punt 6 van zijn noot op dat deze benadering wel iets anders is dan de klassieke variant van de gezamendehandse visie, maar dat deze daar wel sterk op lijkt. De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2019, p. 112 impliceert dat er eigenlijk geen verschil is in de benadering van de Hoge Raad. Zie ook Nuytinck 2024, p. 132. Vgl. de fiscale uitspraak Hof ‘s-Hertogenbosch 18 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4324, r.o. 4.6, V-N 2019/11.27.3.

67 Terzijde merken wij op dat de Hoge Raad zich in deze rechtsoverweging enigszins onzuiver uitdrukt. Een huwelijk kan immers voortduren, terwijl de huwelijksgemeenschap wel wordt ontbonden door bijv. opheffing daarvan bij huwelijksvoorwaarden (art. 1:99 lid 1 sub g BW). Het huwelijk blijft dan bestaan, maar door de ontbinding van de huwelijksgemeenschap ontstaan er op dat moment wel aandelen (art. 1:100 lid 1 BW).

68 Vgl. N.C.G. Gubbels, ‘Huwelijk en schenking’, *WPNR* 2017/7165, p. 771 en Van Vijfeijken 2020, p. 938. Enigszins verwarrend hierover is Kraan & Heijning 2022, p. 79. Zij schrijven daar bijv. ten onrechte onder meer dat de huwelijksgemeenschap een gemeenschap in de zin van art. 3:166 BW vormt. Kraan en Heijning zijn ook voorstander van het arrest van de Hoge Raad uit 1988 en wijzen erop dat – volgens hen – het arrest uit 2012 daar niet mee in strijd is. Het arrest uit 2017 wordt door hen echter in het geheel niet genoemd.

69 De Hoge Raad lijkt in r.o. 5.6 wel *impliciet* de breukdelenvisie te hanteren. De Hoge Raad overweegt onder meer: ‘(...) wat een echtgenoot bij overlijden van de andere echtgenoot méér verkrijgt dan overeenkomt met zijn eigen aandeel in de huwelijksgoederengemeenschap vóór de ontbinding ervan’ (onderstreping auteurs). Nu de Hoge Raad echter niet refereert aan zijn eerdere civielrechtelijke uitspraken en omdat deze overweging in het kader van een fiscaalrechtelijke fictiebepaling plaatsvindt, komt deze naar ons idee geen zelfstandige betekenis toe. Volgens Nuytinck (*LinkedIn*, 26 juli 2024) is deze zinssnede dan ook een ‘slip of the pen’.

70 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, NJ 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

71 Vgl. P. Blokland, ‘Een civielrechtelijke kanttekening bij het HR-arrest over de breukdelengemeenschap: de legitimaris heeft het nakijken!’, *JBN* 2024/21, afl. 5, p. 8 die schrijft: ‘Maar misschien moeten we hier niet te veel achter zoeken en wordt het verschil alleen maar veroorzaakt door de meer economisch getinte visie van de belastingkamer, terwijl de eerdere uitspraken van de civiele kamer afkomstig waren.’ Volgens Van Straaten 2017, p. 6 (voetnoot 9 aldaar) mag een dergelijk onderscheid tussen de diverse kamers binnen de Hoge Raad niet worden gemaakt. In het verleden zijn er echter wel vaker nuanceverschillen geweest.

lid 1 BW).⁷² Wij zijn dan ook van mening dat – ook na de uitspraak van 16 januari 2024 – de gezamendehandse visie nog steeds de heersende leer weergeeft en ook goed verdedigbaar blijft.⁷³

Tot slot rijst de vraag of het eigenlijk uitmaakt welke visie wordt gevolgd. Dit komt in de huwelijksvermogensrechtelijke literatuur vaak niet echt duidelijk naar voren. Voor de rechten en plichten van de echtgenoten voor en na het huwelijk lijkt het weinig verschil uit te maken of de actieve, niet-ontbonden huwelijksgemeenschap nu wel of niet reeds aandelen kent. In het verleden werd dit wel van belang geacht voor bijvoorbeeld de vraag wie van de echtgenoten over de gemeenschapsgoederen kon beschikken.⁷⁴ Dit is nu duidelijk geregeld in de bestuursregeling van art. 1:90 jo. 1:97 BW waardoor het verschil in visies ten aanzien daarvan niet langer uitmaakt. Verstappen heeft er in zijn noot onder NJ 2013/140 op gewezen dat de gezamendehandse visie een 'verwarrende beeldspraak' oplevert en niet goed past bij een aantal rechtsgevolgen van de huwelijksgemeenschap.⁷⁵ Hij noemt dan een aantal theoretische argumenten: zo is onder meer de huidige bestuursregeling bij de gezamendehandse visie volgens hem niet goed te begrijpen. Belangrijke inhoudelijke problemen lijken er echter niet uit te volgen.⁷⁶ Het lijkt er dan ook op dat het praktisch niet heel veel uitmaakt welke visie men volgt, tenzij men daaruit bepaalde gevolgen wil afleiden die in strijd zouden komen met de wettelijke regelingen uit onder meer Boek 1 BW, zoals de bestuursregeling. Dat laatste lijkt ons niet wenselijk en ook niet nodig.

72 Vgl. reeds E.E.A. Luijten, 'De ongelijke verdeling volgens art. 1:100 BW', in: P.H.M. Gerver e.a. (red.), *Heden verschenen voor mij... Liber amicorum aangeboden aan prof. mr. A.L.M. Soons, gewoon hoogleraar in het Notariële Recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Leiden ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Arnhem: Gouda Quint BV 1995, p. 260-264. Terzijde zij hierbij nog opgemerkt dat deze mogelijkheid iets anders inhoudt dan het mogelijk achten van voorwaardelijke huwelijksvoorwaarden en/of uitsluitingsclausules die ook externe werking kunnen hebben. Dat is een andere, op zichzelf staande discussie die wij hier laten rusten.

73 Enigszins anders Subelack 2024, p. 140. Hij komt na de bespreking van alle arresten tot de conclusie dat op basis daarvan niet duidelijk kan worden vastgesteld voor welke visie de Hoge Raad heeft gekozen. Op p. 155 stelt hij echter dat de breukdelenisvisie 'de sterkste papieren' heeft, maar een nadere onderbouwing ontbreekt. Zie ook Heijligers & Heijligers 2024, p. 426. Tot slot merken wij op dat de gezamendehandse visie ook uit de wet (in het bijzonder art. 1:96 lid 1 BW en art. 63 lid 1 Fw) impliciet kan worden afgeleid, omdat daar steeds wordt gesproken over *alle goederen uit de gemeenschap* (en geen aandelen).

74 Zie bijv. De Bruijn/Huijgen & Reinhart 2019, p. 108-109.

75 HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9239, r.o. 3.4.1, NJ 2013/140, m.nt. L.C.A. Verstappen. De annotatie van Verstappen is te vinden in de tweede noot. Zie hiervan met name punt 11.

76 Zie Van Mourik 2019, p. 343-345. Hij uit kritiek op het arrest van de Hoge Raad uit 2017 en stelt dat de Hoge Raad er niet goed over heeft nagedacht. Hij noemt echter geen concrete voorbeelden welke negatieve, concrete gevolgen er aan het volgen van de gezamendehandse visie zijn verbonden. Vgl. ook Van Straaten 2017, p. 8 en 13. Wat ons betreft zijn de wetsartikelen (en ook bijv. art. 1:96 lid 1 BW) duidelijk en dient het verschil in visie daarop geen invloed te hebben.

3.4 Uithollingsgevaar van de legitieme portie?

In de literatuur is er ook op gewezen dat het arrest van de Hoge Raad van 16 februari 2024 kan leiden tot 'uithollingsgevaar' van de legitieme portie.⁷⁷ De wettelijke regels inzake de legitieme portie zijn te vinden in art. 4:63 e.v. BW en spelen met name een rol indien een erflater zijn kinderen wil onterven.⁷⁸ De onterfde kinderen kunnen na het overlijden van de erflater een beroep doen op de legitieme en verkrijgen daardoor in beginsel – al dan niet direct opeisbare (art. 4:81 e.v. BW) – geldvorderingen jegens de erfgenamen (art. 4:79 aanhef sub a BW).

Op welke wijze is er dan sprake van uithollingsgevaar? Een voorbeeld met enkele varianten kan dit verduidelijken. De voorbeelden tonen bovendien aan dat ook vóór dit gewezen arrest reeds aan (de omvang van) de legitieme 'gesleuteld' kon worden; er is dus niets nieuws onder de zon. A en B zijn gehuwd geweest in koude uitsluiting. Tijdens het huwelijk zijn er twee kinderen, C en D, geboren. Daarna zijn A en B van echt gescheiden. Geen van de partijen heeft een testament opgesteld, zodat het wettelijke versterferfrecht van toepassing is (art. 4:1 BW). Indien A vervolgens overlijdt en een vermogen heeft van € 100.000 erven C en D ieder € 50.000 (art. 4:10 lid 1 sub a jo. art. 4:11 lid 1 BW).

Stel nu dat A niet overlijdt en zijn kinderen eigenlijk zo min mogelijk wil gunnen als hij komt te overlijden omdat hij bijvoorbeeld een nieuwe partner (X) heeft. Daarom onterft A middels een testament zijn kinderen C en D. Indien A komt te overlijden, kunnen zij ieder een beroep doen op de legitieme en heeft ieder in beginsel recht op € 25.000 (art. 4:63 lid 1 jo. art. 4:64 lid 1 jo. art. 4:65 lid 1 BW). X heeft zelf geen vermogen. Indien A vervolgens huwt in algehele gemeenschap van goederen met X, wordt X – net als A – gerechtigd tot het gehele vermogen. Indien het huwelijk vervolgens eindigt door A's overlijden, 'verrijkt' X 50% van A's vermogen (€ 50.000); daar was X immers sinds de huwelijksvoltrekking toe gerechtigd. De nalatenschap van A bestaat slechts uit € 50.000. C en D kunnen een beroep doen op de legitieme en krijgen dan ieder een niet-opeisbare geldvordering van € 8.333 (€ 50.000 x 1/2 x 1/3) jegens X indien A in zijn testament toepassing heeft gegeven aan art. 4:82 BW (niet-opeisbaarheidsclausule). Door in algehele gemeenschap van goederen te huwen met X, kan A zijn onterfde kinderen C en D benadelen. Het is algemeen bekend dat dit is toegestaan.⁷⁹ De wetgever heeft daar tot op heden niets aan ge-

77 B.M.E.M. Schols, 'Nog zeker niet dood', *FBN* 2024/7, afl. 3, p. 7; Blokland 2024, p. 7-8 en P.G.H. Albert, 'Aangaan of wijzigen huwelijksvoorwaarden: fraus legis?', *WFR* 2024/109, afl. 7523, p. 7.

78 Art. 4:63 lid 2 BW omschrijft wie legitimaris kan zijn. Zie nader Mellema-Kranenburg, in: *GS Erfrecht*, art. 4:63 BW, aant. 7 met voorbeelden en verwijzingen naar rechtspraak.

79 Door te trouwen in de (algehele) gemeenschap van goederen neemt immers de omvang van A's vermogen af. Hierdoor wordt de legitimaire massa lager (art. 4:65 BW), omdat A's nalatenschap minder goederen omvat.

daan. Zo is er in deze situatie *geen* sprake van een quasi-legaat in de zin van art. 4:126 BW door het aangaan van een huwelijksgemeenschap.

Sinds het recente arrest van de Hoge Raad weten we dat A en X in beginsel ook rechtsgeldig kunnen afspreken dat X voor 90% (of zelfs 99%) gerechtigd kan zijn tot de huwelijksgemeenschap. In dat geval wordt de nalatenschap van A nog verder uitgehold en worden de legitieme porties van C en D steeds kleiner.⁸⁰ Wanneer A en X bij de notaris komen voor advies *moet* volgens Blokland de notaris A en X wijzen op de mogelijkheid om via de breukdelengemeenschap de legitimarissen feitelijk buiten spel te zetten.⁸¹ Daar zijn wij het mee eens, zeker nu een (ongelijke) breukdelengemeenschap ook in gevallen belastingbesparing kan opleveren en op de notaris/estate planner in ieder geval de plicht rust om – in beginsel ook ongevraagd – fiscaal advies te geven.⁸²

Blokland stelt zich daarbij ook de vraag of deze uitkomst wel wenselijk is. Hij vindt het inconsequent om de legitieme

portie te handhaven,⁸³ maar om de mogelijkheid te laten bestaan om deze dan via het huwelijkvermogensrecht weer uit te kleden.⁸⁴ In dat kader stelt Blokland voor om een of meer civielrechtelijke fictiebepalingen op te nemen waardoor het aangaan van een breukdelengemeenschap door A wordt gezien als quasi-gift aan X en er een met art. 4:126 BW (inzake de quasi-legaten) vergelijkbare regeling dient te worden opgetuigd. Terecht merkt Blokland daarbij tot slot wel op dat hierdoor veel ingewikkelde nieuwe vragen opdoemen. Wat is bijvoorbeeld het peilmoment voor de bepaling van zowel de omvang van de quasi-gift als de legitimaire massa? De omvang van de huwelijksgemeenschap van A en X kan op het moment van het aangaan daarvan en op het moment van A's overlijden er immers heel anders uitzien en in de praktijk zal dat ook vrijwel altijd het geval zijn.⁸⁵

Het wordt er dus niet eenvoudiger op. Uiteraard kan de wetgever er ook voor kiezen om niets te doen. De legitimaris moet dan maar met minder genoegen nemen. Bovendien denken wij niet dat iedereen nu massaal naar de notaris zal rennen om huwelijkse voorwaarden op te stellen dan wel deze aan te passen met het doel om legitimarissen te benadelen, al realiseren wij ons ook dat dit probleem zich – gelet op de toename van samengestelde gezinnen – wel meer zal voordoen. Tot slot zij opgemerkt dat de wetgever ook de legitieme portie in het geheel kan afschaffen. Daar gaan wij nu niet nader op in, maar uiteraard wordt dit hele probleem daarmee direct opgelost.

4. Fiscale aspecten

4.1 Het begrip *schenking* in de Successiewet 1956

In art. 1 lid 1 SW 1956 staat dat schenkbelasting wordt geheven over hetgeen krachtens schenking wordt verkregen van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woonde en art. 1 lid 7 SW 1956 voegt daaraan toe dat onder schenking moet worden verstaan de gift, zoals bedoeld in art. 7:186 lid 2 BW. Zoals in par. 3.1.2 reeds is opgemerkt is *gift* het genusbegrip en is *schenking* daarvan een species.⁸⁶ Aldus is eerder sprake van een voor de Successiewet belaste *schenking* en kan een inspecteur bij het wijzigen van huwelijkse voorwaarden stellen dat sprake is van een belaste *schenking* in de zin van de Successiewet

80 Ook bij deze huwelijkse voorwaarden is er wat ons betreft *geen* sprake van een quasi-legaat zoals bedoeld in art. 4:126 BW. Vgl. Blokland 2024, p. 8. Volgens A.E. de Leeuw (*FED* 2024/41, p. 40) zouden deze huwelijkse voorwaarden echter *wel* geacht kunnen worden een quasi-legaat in te houden. Ze verwijst daarbij naar de uitspraken Rb. Gelderland 3 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5835, *RN* 2022/25 en HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1339, *NJ* 2023/4, m.nt. S. Perrick. Op basis daarvan komt zij tot de conclusie dat 'het in overeenstemming [is] met de strekking van het uitgangspunt [namelijk: bescherming van de legitimarissen die een legitieme portie kunnen claimen] om huwelijkse voorwaarden als deze aan te merken als een quasi-legaat. Anders zou het relatief eenvoudig worden om, zij het in redelijk specifieke omstandigheden, de positie van de legitimarissen uit te hollen'. Wat betreft dat laatste punt heeft zij volkomen gelijk. Wij denken echter dat art. 4:126 BW op deze wijze te ver wordt opgerekt. Ook vinden wij dat in de afweging of sprake kan zijn van een quasi-legaat bij het aangaan van een huwelijksgemeenschap met ongelijke breukdelen, het wezenlijke verschil tussen een goederenrechtelijke huwelijksgemeenschap en een contractueel finaal verrekenbeding moet worden meegenomen. Bovendien zag de uitspraak van de hiervoor genoemde rechtbank uitsluitend op de situatie van een finaal verrekenbeding (alsof-beding). Wij zien dan ook met Blokland meer in een hierop toegespitste, concrete wettelijke regeling om de onduidelijkheid op te lossen.

81 Blokland 2024, p. 8.

82 Zie bijv. Hof Amsterdam (Notariskamer) 14 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3581, *TT* 2022/18, m.nt. G.L. Maaldrink (*zorgplicht notaris en geven ongevraagd fiscaal advies*) en Rb. Midden-Nederland 24 januari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:329, *Notamail* 2024/27 (*schenking zorgplicht notaris door onduidelijk fiscaal advies bij aandelenoverdracht*). In de literatuur wordt hier overigens ook wel kritiek op geuit. Zie bijv. F.A.M. Schoenmaker, 'Hoe ver reikt de adviesrol van een estate planner?', *KWEP* 2021/15, afl. 3, p. 4-6; T.F.H. Reijnen, 'De fiscale zorgplicht van de notaris: heeft u wel eens gedacht aan een huwelijk of geregistreerd partnerschap?', *FBN* 2022/20, afl. 5, p. 12-16 en B.C.M. Waaijer, 'Notariële beroepsuitoefening', *FtV* 2023/20, afl. 7-8, p. 4-9. Vgl. HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288, *NJ* 2016/295, m.nt. S. Perrick (*informatieplicht notaris*).

83 Over het bestaansrecht van de legitieme portie is al zeer veel geschreven. Zie bijv. recent P.C. van Es, 'Het bestaansrecht van de legitieme', *WPNR* 2021/7334, p. 570-577. Ook wijzen wij erop dat er een WODC-onderzoek loopt dat wordt uitgevoerd door de Rijksuniversiteit Groningen waarbij de acceptatie van de legitieme portie in de samenleving en de gevolgen van afschaffing centraal staan. Wij gaan hier inhoudelijk verder niet op in. Mogelijk komt het in de nabije toekomst eens tot afschaffing van de legitieme portie.

84 Vgl. HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, *NJ* 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen, punt 14 (*breukdelengemeenschap*).

85 Blokland 2024, p. 8.

86 Zie over de schenking en de Successiewet uitgebreid hoofdstuk 4 van F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet 1956*, Den Haag: Sdu 2024.

1956.⁸⁷ Onzes inziens zal bij het wijzigen van huwelijkse voorwaarden echter niet snel sprake zijn van een schenking of gift.

Zoals de Hoge Raad eerder heeft aangegeven,⁸⁸ heeft de wetgever door de verwijzing naar het civiele giftbegrip bewerkstelligd dat de inspecteur aannemelijk dient te maken dat op het door hem gestelde moment het vermogen van de bevoordeelde echtgenoot tot een op dat moment bepaalbaar bedrag is bevoordeeld, doordat de andere echtgenoot dat voordeel vanuit diens vermogen heeft afgestaan.⁸⁹

Het lag dan ook in de lijn der verwachting dat de Hoge Raad in casu het eerdere oordeel van het hof inderdaad zou bevestigen,⁹⁰ namelijk dat het aangaan van de huwelijkse voorwaarden niet heeft geleid tot een vermogensverschuiving tussen de echtgenoten op grond waarvan een schenking of gift kan worden aangenomen.⁹¹

4.2 De reikwijdte van art. 11 SW 1956

Art. 11 lid 2 SW 1956

De Hoge Raad geeft aan dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige art. 11 lid 2 SW 1956⁹² volgt dat de bepalingen van dit artikel niet toepasselijk zijn ten aanzien van bedingen in huwelijkse voorwaarden, waarvoor een (uitputtende) regeling is opgenomen in het huidige art. 11 lid 4 SW 1956.⁹³ Met de wijziging van de Successiewet 1956 met ingang van 1 januari 2010, heeft de wetgever in dit opzicht geen wijziging beoogd. Aldus bevestigt de Hoge Raad het oordeel van het hof dat art. 11 lid 2 SW 1956 in casu niet van toepassing is.⁹⁴

Art. 11 lid 4 SW 1956

In par. 3.2 is reeds toegelicht wat civielrechtelijk dient te worden verstaan onder een *verblijvingsbeding* in huwelijkse voorwaarden: echtgenoten spreken af dat na de ontbinding van een tussen hen bestaande (huwelijks)gemeenschap een of meer goederen aan een van hen zal 'verblijven', vaak zonder tegenprestatie. Een dergelijk beding houdt een *verdeling bij voorbaat* in. Aangezien een verblijvingsbeding een overeenkomst betreft tussen de echtgenoten, is heffing van erfbelasting niet mogelijk wanneer de langstlevende

echtgenoot goederen verkrijgt door de werking van het verblijvingsbeding. Toegesplitst op deze casus zou het vierde lid van art. 11 SW 1956 van toepassing zijn als meer dan de helft van de huwelijksgemeenschap wordt verkregen door een van het overlijden van de eerststervende echtgenoot afhankelijk beding. Net als Hoogwout zijn wij van mening dat het aangaan van een breukdelengemeenschap geen *civielrechtelijk* verblijvingsbeding is, aangezien bij een afwijkend breukdeel geen sprake is van een verdeling onder een voorwaarde en/of tijdsbepaling. In die visie zou dan niet worden toegekomen aan de werking van lid 4.⁹⁵ Evenwel dient art. 11 lid 4 SW 1956 ruimer te worden gelezen, zodat ook het aangaan van een ongelijke breukdelengemeenschap onder de reikwijdte van lid 4 zou kunnen vallen. In de literatuur werd over het algemeen ervan uitgegaan dat wanneer een beding of bepaling in huwelijkse voorwaarden niet alleen werking heeft bij overlijden maar ook bij echtscheiding, lid 4 toepassing mist nu de wettekst spreekt over 'een bij huwelijksvoorwaarden gemaakt en van het overlijden van de eerststervende afhankelijk beding'.⁹⁶ Van Vijfeijken heeft eerder aangegeven dat de wettekst op dit punt niet eenduidig is en dat enerzijds betoogd kan worden dat gelet op het doel en de strekking van de wet lid 4 niet van toepassing is, omdat niet alleen bij overlijden, maar ook bij echtscheiding wordt verkregen in de verhouding 90%-10%, terwijl anderzijds kan worden betoogd dat doel en strekking juist erin gelegen zijn om aan te sluiten bij het wettelijke stelsel van de gemeenschap van goederen zodat lid 4 wel van toepassing is.⁹⁷ Zowel de rechtbank, het hof als A-G IJzerman gaven aan dat lid 4 niet van toepassing is omdat niet alleen bij overlijden, maar ook bij echtscheiding wordt verkregen in de verhouding 90%-10%.⁹⁸ De Hoge Raad heeft hier korte metten mee gemaakt door aan te geven dat lid 4 *niet* de voorwaarde stelt dat het beding in de huwelijkse voorwaarden *uitsluitend* geldt bij het overlijden van een van de echtgenoten.⁹⁹ De Hoge Raad motiveert dit niet nader.

De Hoge Raad benadrukt vervolgens dat de wetgever kennelijk geen rekening heeft gehouden met een huwelijks-gemeenschap in een andere verhouding dan 50-50, zodat als een dergelijke ongelijke breukdelengemeenschap tot (erf)belastingheffing dient te leiden, het aan de wetgever is om dit (alsnog) te regelen.¹⁰⁰ Hierbij ontbreekt een concrete verwijzing naar de parlementaire geschiedenis. Zeer

87 In dit kader is interessant de visie van Gubbels dat het giftbegrip in de Successiewet niet zou moeten aansluiten bij het civiele giftbegrip maar dat de verrijking van de verkrijger centraal zou moeten staan, zie N.C.G. Gubbels, 'Het begrip 'gift' in de Successiewet', *WPNR* 2017/7165, p. 742.

88 HR 7 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:708, r.o. 4.4, *NJ* 2021/223, m.nt. L.C.A. Verstappen (*boedelmenging van één bank- en effectenrekening?*).

89 *Vakstudie Successiewet*, art. 1 SW 1956, aant. 11.1.

90 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 4.2, *NJ* 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

91 Hof Amsterdam 4 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:96, r.o. 5.3.1.

92 Tot 1 januari 2010 art. 11 lid 1 en 2 SW 1956.

93 Tot 1 januari 2010 art. 7 SW 1956.

94 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 5.3.2, *NJ* 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

95 T.C. Hoogwout, 'Jurisprudentie over een finaal verrekenbeding, het aangaan van een beperkte huwelijksgemeenschap en een breukdelengemeenschap', *FtV* 2021/22, afl. 6, p. 19.

96 Zie bijv. Sonneveldt 2024, p. 143-144 met nadere verwijzingen.

97 Van Vijfeijken 2020, p. 937-940.

98 Rb. Noord-Holland 20 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9677, r.o. 14, *RN* 2021/17; Hof Amsterdam 4 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:96, r.o. 5.3.2 en Concl. A-G IJzerman 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:188, punt 5.42.

99 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 5.4, *NJ* 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

100 HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 5.5-5.7, *NJ* 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*).

lezenswaardig is de kritische noot die Heijligers & Heijligers hierbij plaatsen naar aanleiding van hun onderzoek naar de parlementaire geschiedenis op dit punt. Kort gezegd is hun conclusie dat, nu de wetgever bij de wijziging van de Successiewet 1956 per 1 januari 2010 de wettekst van lid 4 (op het laatste moment) heeft gewijzigd van 'meer toekomt dan diens gerechtigdheid' naar 'meer toekomt dan de helft der gemeenschap', de parlementaire geschiedenis het oordeel van de Hoge Raad naar hun mening juist niet kan dragen.¹⁰¹ Heijligers & Heijligers geven echter ook aan dat met deze wijziging werd voorkomen dat bij *finale verrekenbedingen* in huwelijkse voorwaarden de reikwijdte van de fictiebepaling werd vergroot en dat uit de parlementaire geschiedenis op geen enkele wijze valt af te leiden dat de wetgever hierbij (ook) aan de breukdelengemeenschap heeft gedacht.¹⁰² Dit in ogenschouw nemend is de conclusie van de Hoge Raad:

- dat de wetgever in 1869 kennelijk is uitgegaan van de toen gebruikelijke 50-50 gerechtigdheid tot de huwelijksgemeenschap;
- dat de wetgever met de nieuwe Successiewet per 1 januari 2010 op dat punt geen wijziging heeft beoogd; en
- dat de wetgever daarom nu aan zet is zich uit te laten over de fiscale gevolgen voor de erfbelasting bij een ongelijke breukdelengemeenschap,

onzes inziens niet onlogisch en ook niet onbegrijpelijk.

Nu de Hoge Raad aangeeft dat in dit verband de wetgever aan zet is, staan wij in de volgende paragraaf uitgebreider stil bij de eerdere OFM 2018.

4.3 *Komen de 'Overige fiscale maatregelen 2018' toch weer opnieuw in beeld?*

Zoals reeds opgemerkt in par. 2.2, is een onderdeel in de OFM 2018,¹⁰³ inhoudende dat bepaalde gevallen van het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden als schenking kwalificeren, gesneuveld. Dit achtte de vrouw als gegeven dat volgens de wetgever in casu (ook) geen sprake is van handelen in strijd met doel en strekking van art. 12 SW 1956 (zodat geen sprake kon zijn van *fraus legis*).

Bij de OFM 2018 werd onder meer een wijziging van meerdere artikelen uit de Successiewet 1956 voorgesteld om duidelijkheid te verschaffen in welke gevallen het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden kan leiden tot een belaste schenking in de zin van de Successiewet 1956.

Zo zou aan art. 1 SW 1956 het volgende tiende lid worden toegevoegd:

“Het aangaan van een huwelijk of het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden wordt voor de toepassing van deze wet niet aangemerkt als een schenking, behoudens voor zover in deze wet anders is bepaald. De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing bij het aangaan of wijzigen van een notarieel samenlevingscontract als bedoeld in art. 1a, eerste lid, onderdeel c, tussen twee ongehuwde personen die voldoen aan de voorwaarden, bedoeld in art. 1a, eerste lid, onderdelen a, b, d en e.”¹⁰⁴

In een nieuw art. 6 SW 1956 zou vervolgens een uitzondering op bovenstaande regel worden gegeven in welke gevallen er wél sprake zou zijn van een schenking. Het aangaan van huwelijkse voorwaarden zou tot heffing van schenkbelasting leiden, voor zover:

- het aandeel van de minstvermogende echtgenoot in het totaal van de vermogens van beide echtgenoten meer wordt dan 50%; of
- het aandeel van de meestvermogende echtgenoot in het totaal van de vermogens van beide echtgenoten toeneemt.

Hierbij werd het begrip *nephuwelijk* geïntroduceerd: van een nephuwelijk is sprake indien het aangaan van een huwelijk als *hoofddoel* heeft het ontgaan van erf- of schenkbelasting. In een dergelijk geval is iedere vermogensverschuiving een belaste schenking. Als echtgenoten vanaf 2018 trouwen in een (beperkte) huwelijksgemeenschap met gelijke delen, of overgaan naar een dergelijke huwelijksgemeenschap, zou geen sprake zijn van een belaste schenking, tenzij sprake is van een *nephuwelijk*. Deze regeling is uiteindelijk niet aangenomen door de Tweede Kamer, vanwege een amendement van het lid Omtzigt, waarin werd aangegeven:

- dat het onjuist en maatschappelijk onwenselijk zou zijn dat een huwelijk kan worden gezien als een fiscale constructie; en
- dat het risico zeer groot werd geacht dat door de formulering van de voorgestelde regeling, schenkbelasting zou worden geheven, terwijl echtgenoten geen schenking hebben beoogd en er naar maatschappelijke opvatting geen schenking is.¹⁰⁵

In plaats daarvan is een beleidsbesluit van de Staatssecretaris van Financiën gepubliceerd op 30 maart 2018.¹⁰⁶ In het besluit is onder andere bepaald dat het aangaan van een huwelijk in beperkte dan wel algehele gemeenschap van goederen met gelijke delen niet leidt tot heffing van schenkbelasting. Dat geldt eveneens wanneer de beperkte of algehele gemeenschap van goederen met gelijke delen tijdens het huwelijk ontstaat door het wijzigen van huwelijkse voorwaarden. Eigenlijk is het besluit op dit punt

¹⁰¹ Heijligers & Heijligers 2024, p. 428–431.

¹⁰² Heijligers & Heijligers 2024, p. 430.

¹⁰³ Het op Prinsjesdag 2017 ingediende wetsvoorstel tot Wijziging van enkele Belastingwetten en enige andere wetten ('Overige fiscale maatregelen 2018').

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 2017/18, 34786, nr. 5, p. 10.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 2017/18, 34786, nr. 18, p. 1 en 2.

¹⁰⁶ Besluit van 29 maart 2018, nr. 2018-45958.

overbodig indachtig voornoemde 'klassieke arresten' (zie par. 3.1). Ook het overeenkomen van een verplicht wederkerig finaal verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden, waarbij echtgenoten iedere gemeenschap uitsluiten en zich ertoe verplichten om bij echtscheiding en overlijden – of alleen bij overlijden – hun vermogen te verrekenen *alsof* zij op basis van gelijke gerechtigdheid gehuwd zijn in een beperkte of algehele gemeenschap van goederen,¹⁰⁷ leidt voor de toepassing van de Successiewet niet tot een schenking.

Ook is in het besluit een goedkeuring opgenomen voor de situatie waarin echtgenoten gehuwd zijn in algehele gemeenschap van goederen en zijn overeengekomen bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap niet te verdelen op basis van gelijke delen. Goedgekeurd wordt dat geen sprake is van een schenking indien de meestvermogenende echtgenoot gerechtigd blijft tot ten minste 50% van het tot de algehele gemeenschap van goederen behorende vermogen en ten hoogste tot de gerechtigdheid die hij voor het huwelijk al had. Deze goedkeuring geldt eveneens ingeval echtgenoten een huwelijk aangaan onder huwelijkse voorwaarden waarbij iedere gemeenschap is uitgesloten en waarbij zij op hetzelfde moment of tijdens het huwelijk alsnog een verplicht wederkerig finaal verrekenbeding overeenkomen dat hen ertoe verplicht om bij echtscheiding en overlijden – of alleen bij overlijden – hun vermogen te verrekenen *alsof* zij in algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd.

De vraag rijst of het arrest van de Hoge Raad van 16 februari 2024 aanleiding zal zijn voor de wetgever om het in deze paragraaf aangehaalde en destijds gesneuveld deel van de OFM 2018 toch weer uit de kast te halen, aangezien de Hoge Raad:

- heeft aangegeven dat ter zake (het huidige) art. 11 lid 4 SW 1956 er geen aanwijzingen zijn dat de bedoeling van de wetgever in de loop der tijd is gewijzigd; en
- een strengere eis heeft neergelegd wil sprake zijn van *fraus legis* (zie par. 4.4 hierna).

Wij achten dit niet ondenkbaar. Immers, civielrechtelijk zien wij géén opening om via art. 11 lid 4 SW 1956 te bewerkstelligen dat het aangaan van een breukdelengemeenschap een schenking kan inhouden. Wat ons betreft zal de wetgever wel met betere besluitvorming moeten komen dan in de toenmalige OFM 2018 was opgenomen blijkens de terechte kritiek die hierop is geleverd in voornoemd amendement Omtzigt. Evenwel zijn wij de mening toegedaan dat het onwenselijk is om op kunstmatige wijze het aangaan van een breukdelengemeenschap, zelfs in de verhouding 99%-1%, als fictieve schenking te bestempelen om maar schenk- of erfbelasting te kunnen heffen.

¹⁰⁷ Zie over de uitleg van een dergelijk 'alsof-verrekenbeding' HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1389, r.o. 3.2.1-3.2.3, NJ 2023/15, m.nt. L.C.A. Verstappen (uitleg finaal verrekenbeding).

Ons huwelijksvermogensrecht laat dit (nog steeds) niet toe, zo bewijzen maar weer 'de klassieke arresten' die anno 2024 nog steeds in ere worden gehouden. In par. 5 zullen wij in dit verband een alternatief bespreken dat ervoor zal zorgen dat de breukdelengemeenschap niet gebruikt zal gaan worden als estate planningstool.

4.4 *Fraus legis*

In de casus die als een rode draad door dit artikel loopt, speelt ook het leerstuk van *fraus legis* een belangrijke rol.¹⁰⁸ Volgens de inspecteur waren de huwelijkse voorwaarden immers enkel opgesteld met het doel om erfbelasting te ontwijken.¹⁰⁹ Daarbij verwees hij naar een arrest van de Hoge Raad van 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5619, BNB 2009/123.

Het leerstuk van *fraus legis* is in de rechtspraak ontwikkeld. Door dit leerstuk kunnen bepaalde fiscale schijnconstructies aangepakt worden die tot doel hebben om belasting te ontwijken. Regels met betrekking tot *fraus legis* zijn niet in algemene zin in de wet gecodificeerd. Wel bestaan er bijvoorbeeld regels inzake de 'bevordering van de richtige heffing' (art. 31-36 AWR)¹¹⁰ en kennen vele fiscale wetten bijzondere antimisbruikbepalingen die op specifieke situaties zijn toegesneden.¹¹¹

In het arrest van de Hoge Raad uit 2009 waar de inspecteur op heeft gewezen, ging het kort samengevat om de overdracht van certificaten aan de kinderen van de certificaathouders. Daartoe werd een ingewikkelde constructie opgezet, waarbij meerdere BV's werden opgericht en er diverse transacties van inbreng ter volstorting van de aandelen in die BV's met de certificaten werden verricht. Men deed in dat verband een beroep op de vrijstelling van kapitaalbelasting bij bedrijfsfusies om geen kapitaalbelas-

¹⁰⁸ Hierover is reeds veel geschreven. Zie bijv. R.E.C.M. Niessen & H.J. Hofstra, *Inleiding tot het Nederlands Belastingrecht* (Fiscale Handboeken nr. 1), Deventer: Kluwer 2010, p. 193-196; M. Mees, 'Het ontwijkingsmotief bij *fraus legis*: 'volstrekt overwegend' of 'doorslaggevend'?', in: Th. Groeneveld & L.J.A. Pieterse (red.), *Met oog voor detail. Liber amicorum aangeboden aan Mr. J.W. van den Berge. Scherpzinnig magistraat, erudiet inspirator ter gelegenheid van zijn afscheid als vice-president van de Hoge Raad der Nederlanden op 10 april 2013*, Den Haag: Sdu uitgevers 2013, p. 199-209 en – specifiek in dit verband – N.C.G. Gubbels, 'Schijnhuwelijk in de Successiewet', in: J.W. van den Berge e.a., *Straaten in het notariële rechtsverkeer* (AN nr. 174) 2021/8, p. 94-96.

¹⁰⁹ Belastingontwijking is in beginsel overigens niet verboden, tenzij sprake is van *fraus legis*. Belastingontwijking is wel verboden en ook strafbaar. Zie hierover nader bijv. P.G.H. Albert, 'De invloed van maatschappelijke opvattingen op het beroep van belastingadviseur', *WFR* 2017/235, afl. 7217, p. 1470-1477 en J.L.M. Gribnau, 'Paradoxe fiscale vrijheid', *AA* 2017/0402, p. 402-416.

¹¹⁰ De inspecteur kan slechts een beroep doen op dit leerstuk met toestemming van de Minister van Financiën (art. 32 jo. 2 lid 3 sub a AWR). Sinds 1987 wordt deze toestemming niet meer verleend, zodat dit leerstuk een dode letter is geworden. Zie bijv. W.R. Kooiman, 'De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden', *TFB* 2012/6, p. 2.

¹¹¹ Zie over het leerstuk ook uitgebreid R.L.H. Ijzerman, *Het leerstuk van de wetontduiking in het belastingrecht* (diss. Amsterdam: UvA), Deventer: Kluwer 1990. Zie verder ook de verwijzingen in zijn conclusie van 17 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:188 (*breukdelengemeenschap*).

ting te hoeven betalen.¹¹² De inspecteur heeft met toepassing van het leerstuk van *fraus legis* de vrijstelling geweigerd en naheffingsaanslagen opgelegd. Volgens de Hoge Raad heeft een belastingplichtige de vrijheid om de weg te bewandelen die voor hem fiscaal het minst belastend is. Volgens het Hof Arnhem geldt daarbij wel de volgende – door de Hoge Raad geaccordeerde – beperking:

“De grens van die vrijheid wordt echter overschreden indien, met het oogmerk van belastingverijdeling, een weg wordt gekozen die als kunstmatig en van elk reëel belang ontbloot moet worden aangemerkt en die ertoe leidt dat gehandeld wordt in strijd met doel en strekking van de wet, ook al brengen deze handelingen naar de letter van de wet toepassing van de vrijstelling mee.”¹¹³

Zoals in par. 2.4 is weergegeven, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 16 februari 2024 een soortgelijk criterium geformuleerd. Het aangaan van huwelijkse voorwaarden waardoor een ongelijke breukdelengemeenschap ontstaat, kan worden aangemerkt als wetsontduiking (*fraus legis*) indien het ontgaan van erfbelasting het doorslaggevend motief is én daardoor het doel en de strekking van art. 1 SW 1956 worden miskend.¹¹⁴ Met name interessant is hetgeen de Hoge Raad ten aanzien van dit tweede vereiste vervolgens overwoog. Van strijd met het doel en de strekking van art. 1 SW 1956 is sprake ‘indien op het moment van aangaan daarvan zo goed als zeker is dat de echtgenoot die daardoor voor het kleinste deel is gerechtigd tot het gemeenschappelijke vermogen, eerder zal overlijden dan de andere echtgenoot’.¹¹⁵

Dat is een behoorlijk *streng* criterium en in de literatuur worden hierbij dan ook de nodige vraagtekens geplaatst.¹¹⁶ Wanneer is het immers *zo goed als zeker* dat de ene echtgenoot eerder zal overlijden dan de andere echtgenoot?¹¹⁷ Dat zal in beginsel niet snel het geval zijn, zeker niet indien beide echtgenoten in goede gezondheid verkeren ten tijde van het passeren van de huwelijkse voorwaarden. Ook een (groot) leeftijdsverschil tussen de echtgenoten maakt hierbij niet uit. Alleen als de echtgenoot die gerechtigd zal worden tot het kleinste breukdeel reeds op het sterfbed ligt, is wel te zeggen dat het *zo goed als zeker*

– niet geheel zeker uiteraard – is dat hij eerst zal overlijden. In deze casus was de erflater wel ernstig ziek, maar er was geen sprake van *fraus legis*. Moet de erflater dan terminaal ziek zijn?¹¹⁸ Daar lijkt het wel op. De stel- en bewijsplicht rust op de inspecteur. Volgens Hoogwout is het vrijwel niet mogelijk om te bewijzen dat zo goed als zeker is dat de ene echtgenoot eerder zal overlijden. De inspecteur heeft immers ook geen toegang tot medische dossiers en het is volgens hem niet duidelijk hoe het zit als deze echtgenoot is opgenomen op de ‘intensive care’ of terminaal ziek is.¹¹⁹ Albert stelt dat het criterium zo streng is dat de betrokken echtgenoot zich in de stervensfase moet bevinden. Deze fase gaat in zodra het overlijden onafwendbaar wordt en omvat de laatste zeven dagen van het leven.¹²⁰ Verstappen vindt het een niet gemakkelijk te hanteren criterium en wijst erop dat er nog veel onduidelikheden zijn.¹²¹ Het criterium dat het hof hanteerde – waarbij een vergelijking werd gemaakt tussen de enigszins gelijke levens- en sterftেকansen van de echtgenoten – was gemakkelijker hanteerbaar. Wij voorzien dan ook de nodige procedures om hierover duidelijkheid te verkrijgen.¹²²

5. Aanbevelingen en conclusie

In deze bijdrage is stilgestaan bij de *Breukdelengemeenschap*-uitspraak van de Hoge Raad van 16 februari 2024. Na een schets van het feitencomplex en de procesgang in de verschillende rechterlijke instanties, hebben wij de belangrijkste civiel- en fiscaalrechtelijke aspecten van de uitspraak behandeld. Hoewel de Hoge Raad in zijn uitspraak op een aantal onderdelen duidelijkheid biedt, blijven er ook nog vragen onbeantwoord. Wij verwachten dan ook dat over de toepassing van onder meer het door de Hoge Raad in deze uitspraak geïntroduceerde strengere *fraus legis*-criterium voor dit soort zaken (‘zo goed als zeker eerder overlijden’) nader zal worden geprocedeerd om meer duidelijkheid te krijgen. De estate planner dient op dit moment in ieder geval zowel goed op de hoogte te zijn van de kansen die de uitspraak biedt als ook van de risico's en onduidelikheden die er met betrekking tot de advisering op dit gebied zijn en blijven.

De uitspraak heeft inmiddels flink wat stof doen opwaaien en ook voor diverse publicaties gezorgd. Wij verwachten dan ook dat de wetgever op een gegeven moment door middel van wetgeving zal ingrijpen. Zo is denkbaar dat de ‘Overige fiscale maatregelen 2018’ weer tevoorschijn wor-

¹¹² De kapitaalbelasting is per 1 januari 2006 afgeschaft.

¹¹³ HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5619, r.o. 3.3, *BNB* 2009/123. In r.o. 3.4 overweegt de Hoge Raad dat het hof op goede gronden een juiste beslissing heeft gegeven.

¹¹⁴ Albert 2024, p. 5 spreekt dan ook over het *norm- en motiefvereiste* en werkt dit nader uit aan de hand van diverse, deels cijfermatige, voorbeelden.

¹¹⁵ HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, r.o. 4.3.2, *NJ* 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen (*breukdelengemeenschap*) (onderstreping auteurs).

¹¹⁶ Bijv. W. Burgerhart, ‘HR 16 februari 2024. Is de teerling geworpen?’, *Estate-Tip Review* 2024, afl. 9, p. 2. Albert 2024, p. 6 spreekt over een ‘zeer stringent’ criterium. Zie ook de diverse annotaties bij het arrest van de Hoge Raad in de diverse jurisprudentietijdschriften.

¹¹⁷ In het leven is immers vrijwel niets zeker, behalve dat een ieder vroeg of laat komt te overlijden.

¹¹⁸ B.M.E.M. Schols, ‘Zo goed als zeker’, *WFR* 2024/75, afl. 7518, p. 5.

¹¹⁹ Hoogwout 2024, p. 9.

¹²⁰ Albert 2024, p. 6.

¹²¹ HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, *NJ* 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen, punt 9 (*breukdelengemeenschap*).

¹²² Wellicht komt er binnenkort al meer duidelijkheid wanneer de uitspraak in hoger beroep komt in de zaak van de doktersassistente. Zie Rb. Zeeland-West-Brabant 13 juli 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:4937, *NTRF* 2023/1631, m.nt. D. van Beelen, waarover bijv. Hoogwout 2024, p. 9-10.

den gehaald en al dan niet in aangepaste vorm alsnog doorgang zullen vinden. Zoals wij reeds in par. 4.3 opmerkten, lijkt dat ons overigens niet zonder meer een goed idee. Bovendien is er een werkzaam alternatief voorhanden in andere landen waarmee voorkomen kan worden dat de breukdelengemeenschap verwordt tot een estate planningstool. In diverse landen geldt *een algehele erfbelastingvrijstelling* voor de langstlevende partner, denk aan het Verenigd Koninkrijk (daar geldt in beginsel een *spouse exemption*), Frankrijk en Zwitserland (verkrijgingen door echtgenoten zijn in elk kanton vrijgesteld van schenk- en erfbelasting), zodat het niet nodig is voor echtgenoten om via het huwelijksvermogensrecht erfbelasting te besparen voor de langstlevende echtgenoot. De werkgroep modernisering successiewetgeving (ook bekend als de *Commissie-Moltmaker*) heeft dit destijds reeds bepleit¹²³ en het kabinet was destijds ook voornemens om voorstellen hierop betrekking hebbend in te brengen in de besluitvorming voor het Belastingplan 2002.¹²⁴ Evenwel is de algehele partnervrijstelling voor de erfbelasting uiteindelijk niet ingevoerd vanwege kritiek van de Kamer. Een algehele partnervrijstelling zou slechts ten goede komen aan een kleine kapitaalkrachtige groep en weinig met modernisering van doen hebben; ook vanuit de verzorgingsgedachte zou er geen aanleiding zijn de vrijstelling in te voeren.¹²⁵ Inmiddels zijn we ruim twintig jaar verder en lijkt het ons goed als de wetgever het invoeren van een algehele partnervrijstelling toch heroverweegt bij de te maken afweging hoe met de *Breukdelengemeenschap*-uitspraak moet worden omgegaan. Het opnemen van een algehele erfbelastingvrijstelling¹²⁶ voor de langstlevende partner past immers goed bij het stelsel van de ons omringende landen en kan gekunstelde constructies voorkomen.¹²⁷

Daarbij geldt wel dat het uithollingsgevaar ten aanzien van de legitieme portie hierdoor niet wordt verholpen; daarvoor is nadere wetgeving nodig. In dat kader is ook

denkbaar dat als de evaluatie van het WODC-onderzoek naar de legitieme portie aanleiding geeft tot behoud van de legitieme en daar ook voor wordt gekozen, de wetgever bepalingen in Boek 4 BW zal opnemen teneinde de verdere uitholling van de legitieme tegen te gaan. Indien de legitieme portie echter in het geheel zou worden afgeschaft, is het opnemen van civielrechtelijke fictiebepalingen – inachtig deze *Breukdelengemeenschap*-uitspraak – uiteraard niet langer nodig.

123 *De warme, de koude en de dode hand, Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving*, 13 maart 2000, Ministerie van Financiën, Hoofdstuk 3 Relatievormen. Zie met name par. 3.1.2 onder a over de continuïteitsgedachte en par. 3.1.8 alwaar een aantal argumenten worden besproken die pleiten voor invoering van de hier bedoelde vrijstelling. Zie voorts F. Sonneveldt, 'Fiscale eenheid in de successiewet 1956. Een brug te ver?', *NTFR* 2007/224, die uitgebreider op dit onderdeel van het rapport ingaat.

124 *Kamerstukken II* 2000/01, 27789, nr. 1, p. 11.

125 *Handelingen II* 2000/01, nr. 22, p. 1563.

126 En eventueel ook een *algehele* schenkbelastingvrijstelling, waarbij dan uiteraard wel de nodige waarborgen ingebouwd moeten worden om misbruik te voorkomen bij meerdere huwelijken. De Commissie-Moltmaker zag wel een aantal bezwaren voor invoering van een dergelijke vrijstelling. Zie F. Sonneveldt, *NTFR* 2007/224 die deze bezwaren bespreekt en weerlegt.

127 Met Hoogwout 2021, p. 20 zijn wij van mening dat een dergelijk voorstel wellicht beter kan worden meegenomen bij een *fundamentele herziening* van de Successiewet dan via een losstaande aanpassing. Vgl. F. Sonneveldt, 'Ligt een herziening van de Successiewet 1956 in het verschiet?', in: *Stichting LNSC Leiden* (red.), *Fiscale vernieuwing op komst? (AN nr. 165) 2017/4*, p. 42-49 waarin andere wenselijke aanpassingen worden beschreven.