



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Geen rechtsherstel voor het biologische, niet-erkende kind in de Successiewet

Michels, M.

Citation

Michels, M. (2024). Geen rechtsherstel voor het biologische, niet-erkende kind in de Successiewet. *Eb: Tijdschrift Voor Scheidingsrecht*, 2024(11/12), 249-253. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4196569>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4196569>

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

Geen rechtsherstel voor het biologische, niet-erkende kind in de Successiewet

EB 2024/92

Op 6 september 2024 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan over de toepassing van het kindtarief en de kindvrijstelling in de Successiewet op de erfrechtelijke verkrijging door een niet-erkend kind van een biologische vader met wie het kind *family life* heeft. De Hoge Raad overweegt dat het kind vanwege het ontbreken van een familierechtelijke betrekking met de biologische ouder niet is aan te merken als bloedverwant. Het kind zou derhalve geen aanspraak kunnen maken op het kindtarief en de kindvrijstelling. Dat is volgens de Hoge Raad echter in strijd met het discriminatieverbod van artikel 14 in samenhang met artikel 8 EVRM. Rechtsherstel wordt ondanks de constatering van de schending door de Hoge Raad niet geboden. In dit artikel worden de conclusie van de A-G en het arrest van de Hoge Raad besproken. Daarbij worden enkele kanttekeningen geplaatst.

1. Inleiding

De Successiewet (Sw) kent geen zelfstandige definiëring van het begrip 'kind'. Voor de uitleg van het begrip wordt teruggevallen op de definitie van het begrip in artikel 2 lid 3 onder i Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR): "eerstegraads bloedverwant en aanverwant in de neergaande lijn." Als een kind voor de heffing van de erfbelasting binnen de reikwijdte van de definitie valt, kan het aanspraak maken op de toepassing van de verhoogde vrijstelling (hierna: kindvrijstelling).² Het lage tarief (hierna: kindtarief) is van toepassing als een erfrechtelijke verkrijging dan wel een verkrijging krachtens gift wordt verkregen door een 'afstammeling'.³ Ook dit begrip is niet in de Successiewet gedefinieerd, maar evenmin in de AWR. In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 6 september 2024 stond de vraag centraal of een niet-erkend kind bij de erfrechtelijke verkrijging van zijn biologische vader als kind en/of afstammeling kan worden aangemerkt, zodat het aanspraak kan maken op de voordeligere heffing.⁴

Ten tijde van de geboorte van het kind waren de moeder en de biologische vader van het kind ongehuwd. Het kind stond daardoor niet van rechtswege in familierechtelijke betrekking met de verwekker en het kind was evenmin door hem

erkend. Enkele jaren later is het kind erkend door de nieuwe partner van de moeder die het kind mede-opvoedde. Uit een eerdere door de rechtbank vastgestelde omgangsregeling blijkt dat tussen de biologische vader en het kind *family life* bestond. De biologische vader benoemde het kind in zijn testament tot erfgenaam. Hij overleed in 2017.

Voor de erfrechtelijke verkrijging door het kind werd een aanslag erfbelasting opgelegd. Daarbij zijn het hoge tarief en de lage vrijstelling voor de zogenoemde verkrijgingen in overige gevallen toegepast, omdat het kind volgens de belastinginspecteur geen 'eerstegraads bloedverwant in de neergaande lijn' en evenmin een 'afstammeling' van de biologische vader was vanwege het ontbreken van een familierechtelijke betrekking. Volgens het kind is echter ten onrechte niet het kindtarief en de kindvrijstelling toegepast. Primair voerde het kind aan dat het wel onder de reikwijdte van de genoemde begrippen valt. Subsidiair voerde het kind aan dat het kindtarief en de kindvrijstelling van toepassing zijn, omdat tussen de biologische vader en het kind *family life* bestond, waardoor de behandeling van hem als overige verkrijger in strijd is met het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM in combinatie met artikel 8 EVRM.

Gezinssituaties waarin een kind naast een moeder zowel een juridische vader heeft als een biologische vader met *family life*, zien we ook geregeld in scheidingssituaties waarna zogenoemde samengestelde gezinnen ontstaan. Ook voor de advocaat, notaris en andere bij scheidingszaken betrokken beroepsbeoefenaars is het van belang om oog te hebben voor de gevolgen voor de erfbelasting. In het navolgende wordt derhalve aandacht besteed aan het arrest van de Hoge Raad van 6 september 2024. Eerst komt de primaire beroepsgrond ten aanzien van het begrip 'bloedverwantschap' in alle instanties aan bod, vervolgens wordt het arrest voor wat betreft de subsidiaire beroepsgrond omtrent de discriminatie besproken.

2. De reikwijdte van de begrippen 'kind' en 'afstammeling'

2.1 Oordelen van rechtbank en hof over bloedverwantschap

De rechtbank oordeelde dat de primaire beroepsgrond van het kind faalt. Voor het begrip 'afstammeling' verwees de rechtbank naar het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2010, waarin is geoordeeld dat het begrip 'afstammeling' moet worden opgevat als bloedverwant in de rechte neergaande lijn.⁵ Om aanspraak te kunnen maken op zowel de kindvrijstelling als het kindtarief moet het biologische,

1 Mr. M. (Michelle) Michels is PhD-fellow bij de afdeling Notarieel recht aan de Universiteit Leiden.

2 De kindvrijstelling bedraagt in 2024 € 25.187 i.p.v. de vrijstelling voor een derde ad € 2.658, zie art. 32 lid 1 onder 4^e Sw.

3 Het lage tarief bedraagt 10-20% i.p.v. 30-40% voor overige verkrijgers, zie art. 24 lid 1 Sw.

4 HR 6 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1130.

5 HR 15 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO0407, BNB 2011/273, m.nt. R.H. Happé.

niet-erkende kind derhalve worden aangemerkt als bloedverwant. Dat is volgens de rechtbank in casu niet het geval. De rechtbank overwoog dat voor de uitleg van het begrip 'bloedverwantschap' moet worden aangesloten bij het civiele recht, omdat door de fiscale wetgever hiervoor geen afwijkende definitie is opgenomen. Aan dit begrip komt volgens de rechtbank in het civiele recht slechts een juridische betekenis toe en niet ook een louter biologische. Ondanks dat in het Burgerlijk Wetboek geen definitie is opgenomen, volgt dit volgens de rechtbank uit het systeem van de wet. De rechtbank zag hiervoor een aanleiding in artikel 1:3 lid 1 BW op grond waarvan erkenning, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of adoptie worden gelijkgesteld met een geboorte.

Het hof oordeelde – in tegenstelling tot de rechtbank – dat het kind wel moest worden aangemerkt als bloedverwant van de biologische vader, omdat de AWR een eigen definitie voor het begrip 'bloedverwantschap' kent in artikel 2 lid 3 onder i AWR. In de AWR wordt niet expliciet verwezen naar de familierechtelijke betrekking en het hof vond in de Successiewet en de wetsgeschiedenis ook geen aanknopingspunten om voor de uitleg van het begrip alsnog daarbij aan te sluiten. Het hof zag in artikel 1:3 lid 1 BW bovendien slechts een uitbreiding van het begrip, waardoor een juridische betrekking ook onder bloedverwantschap zou vallen. Een taalkundige uitleg van het begrip leidt in samenhang met het spraakgebruik volgens het hof tot dezelfde conclusie. Voor de uitleg van het begrip 'afstammeling' sloot het hof onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2010, dat ook door de rechtbank werd genoemd, bij deze redenering aan. Het hof oordeelde derhalve dat het kind wel aanspraak kon maken op het kindtarief en de kindvrijstelling.

2.2 Conclusie van de A-G en het arrest van de Hoge Raad over bloedverwantschap

De A-G komt voor wat betreft de uitleg van de begrippen 'kind' en 'afstammeling' tot dezelfde conclusie als de rechtbank. Om voor de Successiewet als kind te worden aangemerkt, moet het kind onder de reikwijdte van het kindbegrip in de AWR vallen. Aan het daarin genoemde begrip 'bloedverwant' komt volgens de A-G – overeenkomstig het civiele recht – slechts een juridische betekenis toe. Voor de invoering van de definitie van het kindbegrip in de AWR werd voor de uitleg van het begrip 'kind' reeds aangesloten bij het civiele recht en de A-G merkt op dat bij de invoering van het begrip in 1998 geen inhoudelijke verandering is beoogd. De A-G vindt steun voor deze opvatting in de zeer beperkte toelichting in de wetsgeschiedenis. De definitie zou slechts zijn gewijzigd om daaraan een eerstegraads aanverwant in de neergaande lijn toe te voegen.⁶ In het civiele recht is volgens de A-G een familierechtelijke betrekking vereist om te kunnen worden aangemerkt als bloedverwant. Dit past in

het systeem van de wet en het Burgerlijk Wetboek is bovendien gericht op de *juridische* verhouding tussen burgers. De taalkundige uitleg, het spraakgebruik en het ontbreken van een expliciete verwijzing naar de familierechtelijke betrekking, doet daar volgens haar niets aan af. De A-G concludeert verder dat het civiele recht ook moet worden gevolgd voor de uitleg van de door de Hoge Raad op 15 oktober 2010 gegeven definitie van het begrip 'afstammeling'. Dit past in de systematiek van de Successiewet en het zou bovendien onlogisch zijn om aan de begrippen 'kind' en 'afstammeling' een verschillende uitleg toe te kennen.

De Hoge Raad oordeelt in lijn met de conclusie van de A-G en het oordeel van de rechtbank dat het biologische, niet-erkende kind niet is aan te merken als bloedverwant in de zin van het kindbegrip in de AWR. Voor de uitleg van dit begrip moet volgens de Hoge Raad "bij gebreke van een aanwijzing voor het tegendeel" bij het civiele recht worden aangesloten en op grond daarvan is een familierechtelijke betrekking vereist. Hiervoor verwijst de Hoge Raad naar de parlementaire geschiedenis, waaruit volgt dat aan bloedverwantschap in biologische zin slechts betekenis toekomt als dat uit een specifieke bepaling volgt. In deze parlementaire geschiedenis wordt onder meer verwezen naar artikel 1:87 BW (oud), waarin de huwelijksbeletselen waren opgenomen die tegenwoordig in artikel 1:41 BW te vinden zijn.⁷ Onder verwijzing naar de conclusie oordeelt de Hoge Raad dat ook voor het begrip 'afstammeling' moet worden aangesloten bij het civiele recht en dus eveneens een familierechtelijke betrekking is vereist om als afstammeling te kunnen worden aangemerkt. Het kind heeft dus volgens de Hoge Raad door deze uitleg van de begrippen 'kind' en 'afstammeling' geen recht op de toepassing van het kindtarief en de kindvrijstelling, zodat vervolgens wordt toegekomen aan de vraag of de fiscale behandeling van het kind in strijd is met het discriminatieverbod.

3. Discriminatie in de zin van artikel 8 en 14 EVRM

3.1 Oordelen van rechtbank en hof over discriminatie

Het kind heeft subsidiair aangevoerd dat het moet worden gelijkgesteld met een kind dat in familierechtelijke betrekking tot een ouder staat, omdat er vanwege het bestaande family life tussen hem en zijn biologische vader geen onderscheid mag worden gemaakt tussen een biologische vader en een juridische vader. De rechtbank ging hier niet in mee. Uit de *Haas/Nederland*-uitspraak van het EHRM volgt dat artikel 8 EVRM niet het recht om te erven omvat.⁸ De rechtbank overwoog dat het arrest zo moet worden uitgelegd dat het artikel evenmin een recht op voordeligere heffing omvat. Het hof kwam niet toe aan de behandeling van dit standpunt, doordat het kind door de uitleg van het begrip

⁶ Dit hangt samen met het feit dat tot 1 april 2014 geen afstammingsrechtelijke gevolgen waren verbonden aan het geregistreerde partnerschap. Dat is thans wel het geval, zie art. 1:198 lid 1 sub b BW en art. 1:199 sub b BW.

⁷ HR 6 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1130 verwijst in r.o. 4.2 naar *Kamerstukken II* 1956/57, 3767, nr. 7, p. 3-4.

⁸ EHRM 13 januari 2004, nr. 36983/97, *NJ* 2005/113, m.nt. J. de Boer (*Haas/Nederland*).

'kind' en 'afstammeling' die het hof daaraan geeft – zoals hiervoor is besproken – reeds aanspraak kon maken op het kindtarief en de kindvrijstelling.

3.2 Conclusie van de A-G en het arrest van de Hoge Raad over discriminatie

De A-G start haar conclusie door het geschil in een bredere context te plaatsen. Zij stelt dat de essentie van het geschil is gelegen in het tweeouderprincipe. Overeenkomstig de Nederlandse wetgeving kon de biologische vader het kind niet erkennen, omdat het reeds twee ouders had. Zij erkent dat dit principe door maatschappelijke ontwikkelingen onder druk is komen te staan,⁹ maar verwacht geen wetswijziging op de korte termijn zodat mogelijk meer vergelijkbare zaken in de toekomst zullen volgen.

De vraag of de ongelijke behandeling ongerechtvaardigd is, moet volgens de A-G niet worden behandeld in het licht van artikel 8 EVRM, maar in dat van het recht op eigendom van artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM (EP). Ondanks dat de gebeurtenissen het family life van het kind raken, draait het volgens de A-G om de financiële afwikkeling van de verkrijging van een erfenis. Belastingheffing wordt doorgaans beschouwd als een inherente aantasting van eigendom die in het algemeen gerechtvaardigd is. Onvoldoende rechtvaardiging bestaat als de fiscale behandeling niet verenigbaar is met het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM. De A-G vervolgt dan ook met de vraag of in de voorliggende zaak artikel 14 EVRM is geschonden.

In de eerste plaats stelt de A-G vast dat het in dit geval om gelijke gevallen gaat. Aan de in de Successiewet gebruikte tarieven en vrijstellingen ligt het buitenkansbeginsel ten grondslag. Ingevolge dit beginsel wordt het gerechtvaardigd geacht dat meer belasting wordt geheven als de verkrijging meer als een buitenkans wordt ervaren. Vanuit dit beginsel bezien, bestaat volgens de A-G geen verschil tussen een verkrijging van een biologische vader met wie het kind family life heeft en een juridische vader. Het bestaan van family life acht de A-G in deze situatie doorslaggevend. De A-G vervolgt met de vraag of voldoende rechtvaardiging bestaat voor de ongelijke behandeling van deze gelijke gevallen. De A-G beantwoordt deze vraag in het algemeen bevestigd. De wetgever heeft voor het kindbegrip willen aansluiten bij de familierechtelijke betrekking omdat het een uiterlijk waarneembare en controleerbare objectieve maatstaf is. Bovendien bestaan doorgaans voldoende mogelijkheden om, ook na het overlijden van de erflater, een familierechtelijke betrekking tot stand te brengen.

In het specifieke geval van de onderliggende zaak concludeert de A-G daarentegen anders. De A-G stelt vast dat daar een onderscheid wordt gemaakt tussen binnen en buiten huwelijk geboren kinderen, omdat de erkenning (en de problematiek daaromtrent) slechts speelt bij buiten

het huwelijk geboren kinderen. Dit brengt volgens de A-G conform vaste jurisprudentie van het EHRM met zich mee dat slechts "very weighty reasons" tot voldoende rechtvaardiging kunnen leiden.¹⁰ In dit geval zijn er volgens de A-G onvoldoende zeer zwaarwegende redenen. Het verweer van de staatssecretaris dat het toepassen van het kindtarief en de kindvrijstelling op de verkrijging door een kind bij meer dan twee ouders budgettaire gevolgen zou hebben, wijst de A-G af. Door de gelijkstellingen van artikel 19 Sw is het reeds mogelijk dat een kind meer dan tweemaal aanspraak kan maken op het kindtarief en de kindvrijstelling. In het voorliggende geval was dat ook al zo geweest als het gezin familierechtelijk anders was 'vormgegeven'. Als het kind in familierechtelijke betrekking had gestaan tot de biologische vader in plaats van tot de partner van de moeder, dan was het kind als bloedverwant van beide juridische ouders gekwalificeerd. Het kind had dan bij de verkrijging van de juridische ouders én – door de gelijkstelling van artikel 19 lid 1 onder b Sw – óók bij de verkrijging van de partner van de moeder recht gehad op het kindtarief en de kindvrijstelling.

De biologische vader kon dan wel geen familierechtelijke betrekking met het kind meer tot stand brengen, maar in theorie had het kind de mogelijkheid om het juridische ouderschap van de partner van de moeder aan te tasten wegens het ontbreken van biologische verwantschap om vervolgens het juridische ouderschap van de biologische vader gerechtelijk te laten vaststellen. Dit kon volgens de A-G echter niet in redelijkheid van het kind worden verlangd, omdat daardoor ook het tussen de juridische vader en het kind bestaande family life in het gedrang zou komen. Over artikel 19 Sw merkt de A-G bovendien op dat het kind niet slechts wordt gediscrimineerd jegens de kinderen die in familierechtelijke betrekking tot een ouder staan, maar ook jegens de kinderen die op grond van het artikel daarmee worden gelijkgesteld. De staatssecretaris voerde eveneens aan dat de gevoelige kwesties die op de achtergrond van dit geschil spelen weloverwogen rechtspolitieke keuzes verlangen, maar ook hier gaat de A-G voor het voorliggende geval niet in mee. Dit zou voor de fiscale wetgeving onvoldoende blijken uit het *Bouwstenenrapport* en de *Rapportage mogelijke consequenties meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap voor fiscaliteit en toeslagen*. De A-G wijst overigens ook nog op de hardheidsclausule die eerder is toegepast op de erfrechtelijke verkrijging door een kind van haar biologische moeder die het kind ter adoptie had afgestaan.

De Hoge Raad oordeelt dat de ongelijke behandeling in strijd is met artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 8 EVRM (en niet met art. 1 EP, zoals de A-G in haar conclusie

⁹ Te denken valt aan meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap.

¹⁰ De A-G verwijst in concl. 22 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1201, par. 6.39-6.45 naar *Camp en Bourimi/Nederland, Mazurek/Frankrijk, Inze/Oostenrijk en Fabris/Frankrijk*.

stelt).¹¹ De Hoge Raad volgt de A-G in de redenering dat een onderscheid wordt gemaakt tussen kinderen die binnen en buiten huwelijk worden geboren, waarvoor slechts zeer zwaarwegende redenen voldoende rechtvaardiging kunnen bieden. Deze strenge toets wordt volgens de Hoge Raad niet doorstaan. De praktische overwegingen om aan te sluiten bij uiterlijk waarneembare en controleerbare objectieve maatstaven bieden onvoldoende rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid. Onvoldoende rechtvaardiging biedt ook het streven om zoveel mogelijk aansluiting te vinden bij het civiele recht en het buitenkansbeginsel. De verkrijging door een kind van een biologische vader met wie hij family life heeft, kan niet meer als buitenkans worden gezien dan de verkrijging door een kind dat in familierechtelijke betrekking tot de ouder staat of een kind dat daarmee wordt gelijkgesteld. Ook in die gevallen bestaat immers family life tussen het kind en degene van wie het verkrijgt. De schending van het discriminatieverbod leidt echter voor het biologische, niet-erkende kind niet tot een verminderde aanslag erfbelasting. Volgens de Hoge Raad vallen echter de rechtspolitieke keuzes, die moeten worden gemaakt om het onderscheid op te heffen, wel buiten de rechtsvormende taak van de rechter. De wetgever dient dergelijke keuzes te maken en de fiscale gevolgen dienen daarop vervolgens te worden afgestemd. De Hoge Raad acht het niet de taak van de rechter om daarop vooruit te lopen. Het kind dat deze zaak aanspande, heeft dus wel gelijk, maar krijgt geen gelijk.

4. Slotbeschouwingen

4.1 Onderscheid tussen binnen en buiten huwelijk geboren kinderen

Over het algemeen wordt aangenomen dat erfrechtelijke belangen weliswaar onder het bereik van artikel 8 EVRM vallen, maar dat het artikel geen recht om als kind van een ouder te erven omvat.¹² Daarnaast zijn meerdere zaken waarin werd gesteld dat de erfbelasting in strijd zou zijn met de internationale verdragen in de afgelopen jaren afgewezen onder verwijzing naar de beoordelingsvrijheid (*margin of appreciation*) die aan de lidstaten op dit vlak toekomt.¹³ De A-G en de Hoge Raad komen echter vanwege het aannemen van een onderscheid tussen binnen en buiten huwelijk geboren kinderen toch tot een schending van het

discriminatieverbod. Voor een dergelijk onderscheid geldt een strengere toets en die wordt niet doorstaan. De conclusie van de A-G en het arrest van de Hoge Raad brengen mijns inziens dus vernieuwing in die zin, zeker aangezien niet eerder zo expliciet in de jurisprudentie is verwezen naar het tweelouderprincipe, meerouderschap en de maatschappelijke ontwikkelingen op dat gebied.

Deze gelijkstelling levert bij mij wel enkele vraagtekens op. De A-G geeft te kennen dat zij “bijzondere situaties” zoals de instemmende levensgezel en meerouderschap buiten beschouwing laat.¹⁴ Dit is wat mij betreft opmerkelijk, omdat de A-G in haar conclusie juist uitgebreid ingaat op de civiele achtergrond en context van het geschil, waarbij expliciete aandacht toekomt aan het tweelouderprincipe en meerouderschap. Juist in dergelijke situaties speelt dezelfde problematiek en dat hoeft niet inherent te zijn aan het feit of het kind binnen of buiten een huwelijk wordt geboren. Wordt het discriminatieverbod in deze gevallen ook geschonden? En is deze mogelijke schending dan wel gerechtvaardigd omdat niet over de drempel van *zeer zwaarwegende redenen* hoeft te worden gestapt? Dat lijkt mij evenmin verenigbaar met het EVRM, maar doet bij mij wel de vraag rijzen wat het toepassingsbereik van dit arrest is en van welke betekenis het is voor andere situaties dan in deze zaak aan de orde was. Zeker gelet op het duidelijke onderscheid dat de A-G in haar conclusie maakt tussen de rechtvaardiging in algemene zin en in dit specifieke geval. De Hoge Raad geeft hierover geen uitsluit. Enerzijds noemt de Hoge Raad in rechtsoverweging 4.7.4 “een bepaalde categorie buitenhuwelijkse kinderen”, maar anderzijds blijkt nergens uit het arrest dat het om dit specifieke geval gaat. Voor meer duiding is het wachten op nadere rechtspraak van de Hoge Raad en hopelijk is deze uitspraak dan ook – zoals de A-G in haar conclusie schrijft – “geen unicum, maar een eerste in rij”.¹⁵

4.2 De Hoge Raad biedt geen rechtsherstel

De Hoge Raad neemt in het arrest wel een schending van het discriminatieverbod aan, maar biedt geen rechtsherstel. Hoe komt de Hoge Raad tot dit oordeel? Conform artikel 13 EVRM moet bij schending van het EVRM “een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie” worden geboden. In artikel 94 Grondwet is geregeld dat de bepaling die tot de schending van een verdrag leidt, buiten toepassing wordt gelaten. In de onderliggende zaak biedt het buiten toepassing laten van een regel echter geen uitkomst. Er is immers geen specifieke regel aan te wijzen die buiten toepassing kan worden gelaten om de schending op te heffen.

De Hoge Raad verwijst in dit kader naar het *Arbeidskostenforfait*-arrest.¹⁶ In dit arrest heeft de Hoge Raad een algemeen

11 De A-G betoogt in par. 6.1-6.17 van haar conclusie, ECLI:NL:PHR:2023:1201 uitgebreid waarom zij de voorkeur geeft aan art. 1 EP i.p.v. art. 8 EVRM. I.t.t. de A-G spreekt de Hoge Raad niet over art. 14 EVRM in samenhang met art. 1 EP, maar in samenhang met art. 8 EVRM. De Hoge Raad gaat hier, zonder er al te veel over op te merken, aan voorbij. In r.o. 4.6.2 wordt slechts opgemerkt dat ook de heffing van erfbelasting onder het bereik van art. 8 EVRM valt.

12 EHRM 13 juni 1979, appl. no. 6833/74, NJ 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*); EHRM 3 oktober 2000, appl. no. 28369/95, NJ 2001/258, m.nt. J. de Boer (*Camp en Bourimi/Nederland*) en EHRM 13 januari 2004, appl. no. 36983/97, NJ 2005/113, m.nt. J. de Boer (*Haas/Nederland*).

13 HR 21 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0161, BNB 2001/162, m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken; HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1715, BNB 2008/17, m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken; HR 15 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO0407, BNB 2011/273, m.nt. R.H. Happé en HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2847, V-N Vandaag 2017/2685.

14 Zie voetnoot 105 van de conclusie van A-G Ettema van 22 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1201.

15 Zie par. 1.6 van de conclusie van A-G Ettema van 22 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1201.

16 HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen.

toetsingskader geformuleerd inzake de vraag hoe men dient om te gaan met de situatie dat een verdragsschending niet kan worden weggenomen door een regeling buiten toepassing te laten. Aan de hand van dit toetsingskader kan de rechter een belangenafweging maken die ofwel leidt tot het bieden van effectieve rechtsbescherming dan wel tot een terughoudende opstelling van de rechter die het bieden van rechtsherstel overlaat aan de wetgever. Het toetsingskader komt erop neer dat in het rechtstekort kan worden voorzien als “uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis voldoende duidelijk blijkt hoe dit dient te geschieden”. De keuze moet daarentegen aan de wetgever worden overgelaten als er meerdere oplossingen denkbaar zijn en “een keuze moet worden gemaakt die mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid” of “belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt”. De Hoge Raad voegde daar wel aan toe dat de belangenafweging tot een ander resultaat kan leiden als de wetgever nalaat om de schending met het discriminatieverbod op te heffen. Ondanks dat dit toetsingskader ter discussie staat, lijkt het wel nog leidend.¹⁷

De uitspraak van de Hoge Raad past in ieder geval wel in dit toetsingskader. De Hoge Raad lijkt aan te nemen dat er meerdere oplossingen denkbaar zijn om de ongelijke behandeling van het biologische, niet-erkende kind recht te zetten. Volgens de Hoge Raad moeten er immers keuzes van rechtspolitieke aard worden gemaakt. Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat eventuele aanpassingen van de fiscale regels moeten worden gezien in een bredere context en tegen de achtergrond van de maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van het familierecht. Het bieden van rechtsherstel gaat derhalve zijn rechtsvormende taak te buiten.

4.3 Hoe moet het nu verder?

De aanslag erfbelasting van het biologische, niet-erkende kind in deze zaak wordt niet verminderd. Voor hem kan slechts de toepassing van een hardheidsclausule een uitkomst bieden.¹⁸ Voor biologische, niet-erkende kinderen in de toekomst is het de vraag of de fiscale wetgever zelfstandig stappen zal ondernemen of de ontwikkelingen in het civiele recht blijft afwachten. In dat laatste geval loopt

de fiscale wetgever wel het risico dat de Hoge Raad wegens het nalaten alsnog ingrijpt.¹⁹

Een gelijkstelling in artikel 19 Sw toevoegen voor een biologisch kind dat family life heeft met de biologische vader, lijkt mij het meest passend. Dit sluit niet slechts aan bij het buitenkansbeginsel, zoals uitgebreid in de conclusie en het arrest aan bod is gekomen, maar past ook bij de onderhoudsverplichtingen die ten grondslag liggen aan de in de Successiewet geldende tarieven en vrijstellingen. De juridische ouder is immers onderhoudsplichtig jegens het kind en dat geldt ook voor alle gelijkstellingen van artikel 19 Sw: de stiefouder, de niet-ouder met gezag en de voogden gezamenlijk.²⁰ De pleegouder is op grond van het Burgerlijk Wetboek niet onderhoudsplichtig, maar om in aanmerking te komen voor de gelijkstelling, moet worden aangetoond dat het kind ten minste gedurende vijf jaar uitsluitend door de pleegouder is onderhouden en opgevoed. Ook een biologische ouder kan onder omstandigheden – mits het kind op natuurlijke wijze is verwekt – op grond van artikel 1:394 BW onderhoudsplichtig zijn jegens het kind.²¹ Bovendien bestaat tussen een ouder en een kind dat tot hem in familierechtelijke betrekking staat en alle kinderen die daarmee worden gelijkgesteld op grond van artikel 19 Sw ook family life. Dat leidt volgens de Hoge Raad juist tot de conclusie dat het om gelijke gevallen gaat. Een gelijkstelling in de Successiewet voor het biologische, niet-erkende kind met family life zorgt mogelijk wel voor uitvoeringsconsequenties. Het sluit immers niet aan bij een uiterlijk waarneembare en controleerbare objectieve maatstaf, waar volgens de staatssecretaris in de onderliggende zaak juist veel belang aan moest worden gehecht. Uit deze uitspraak blijkt echter dat daar niet zonder meer aan mag worden vastgehouden. Mijns inziens zullen deze uitvoeringsconsequenties op de koop toe moeten worden genomen om de schending op te heffen. Oneigenlijk gebruik van de wet in deze situatie lijkt mij niet voor de hand liggend. Wanneer een biologische ouder zijn niet-erkende kind met wie hij family life heeft, bevoordeelt in zijn testament, blijkt daaruit mijns inziens al voldoende verzorgingsgedachte en kan de verkrijging niet als buitenkans worden gezien, zodat de aanspraak op het kindtarief en de kindvrijstelling is gerechtvaardigd.

17 De Hoge Raad haalt dit toetsingskader (al dan niet expliciet) o.m. aan in HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (Coface/Intergamma); HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:846, BNB 2018/144, m.nt. J.P. de Boer (Verhuurderheffing); HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816, BNB 2019/161, m.nt. E.J.W. Heithuis (Box 3-heffing); HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, BNB 2022/27, m.nt. E.J.W. Heithuis (Kerstavondarrest box 3); HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:977, NJB 2024/1644 en ECLI:NL:HR:2024:978, NJB 2024/1645 (Homohuwelijk Caribische eilanden). Zie over de discussie o.m. R. van der Hulle & R. van der Hulle, annotatie bij Rb. Gelderland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3995, FED 2021/135 en V.L. Meijerman, ‘Rechtsherstel bij grondrechtsschendingen: nodeloos terughoudend en bron van rechtsonzekerheid! Een pleidooi voor individueel rechtsherstel’, WFR 2022/198, p. 1241-1252.

18 Zie ‘Niet-erkend kind krijgt ondanks discriminatie geen rechtsherstel voor verkrijging van biologische vader’, V-N 2024/39.13.

19 Vgl. het Kerstavondarrest box 3 en de arresten inzake het homohuwelijk op de Caribische eilanden.

20 De informele stiefouder is een vreemde eend in de bijt aangezien deze wel onder het bereik van art. 19 Sw valt, maar niet onderhoudsplichtig is jegens het kind. Voor nu wordt dit buiten beschouwing gelaten.

21 Deze onderhoudsplicht is doorgaans wel beperkt tot kinderen die slechts tot één ouder in familierechtelijke betrekking staan, maar dit kan in geval van het bestaan van family life tussen de biologische vader en het kind en in uitzonderlijke omstandigheden anders zijn. Zie HR 26 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2542, NJ 1997/119, m.nt. J. de Boer.