

# Het 'breukdelenarrest' in de toolkit van de belastingadviseur

Op 16 februari 2024 besliste de Hoge Raad dat de 'breukdelengemeenschap' niet belast is met schenk- en erfbelasting, tenzij fraus legis van toepassing is. Dit wordt door B. Schols wel 'het estateplanningarrest van de eeuw' genoemd. Het arrest biedt interessante fiscale en civiele planningsmogelijkheden. Naast de algehele en de beperkte gemeenschap van goederen, zit nu ook de 'breukdelengemeenschap' in de gereedschapskist van de belastingadviseur.



Mr. R.J.

## Bruggink RB

Marian Bruggink is belastingadviseur en estateplanner bij Schut & Bruggink Estate Planners en voorzitter van de commissie Estateplanning van het RB.

In deze bijdrage wordt het breukdelenarrest<sup>1</sup> besproken. Echtgenoten gaan een huwelijksgemeenschap aan met ongelijke delen (90 procent – 10 procent), waarbij de partner die tot 10 procent was gerechtigd, korte tijd later overlijdt. De Hoge Raad besliste dat geen belastbare verkrijging voor de SW 1956 aanwezig was voor zover de langstlevende meer verkreeg dan de helft van de huwelijksgemeenschap.

## Estate planning via huwelijksvermogensrecht

Het huwelijksvermogensrecht biedt de mogelijkheid om vermogen zonder belastingheffing tussen echtgenoten over te dragen. Door tijdens huwelijk van koude uitsluiting (KU) over te gaan naar algehele gemeenschap van goederen (AGVG), treedt een vermogensverschuiving op van de rijke echtgenoot naar de arme. Volgens vaste rechtspraak kan deze vermogensverschuiving niet met erf- of schenkbelasting worden belast, omdat geen sprake is van een voltooide vermogensverschuiving.<sup>2</sup>

## Breukdelenprocedure

De casus was als volgt:

- Man en vrouw zijn op 2 september 2015 in wettelijke AGVG gehuwd. Op dat moment hadden ze al 33 jaar een affectieve relatie.
- Ze maken op 19 oktober 2017 huwelijksvoorwaarden,

waarbij zij overeenkomen dat de man gerechtigd zal zijn tot 10 procent van de huwelijksgoederengemeenschap en de vrouw tot 90 procent.<sup>3</sup> Uit de hofuitspraak blijkt dat de man op dat moment al ernstig ziek is, maar niet terminaal. Het was onbekend hoelang de ziekte nog zou duren. Daarmee was het dus ook mogelijk dat de vrouw eerder zou overlijden.

- De man overlijdt binnen twee maanden na het aangaan van de huwelijksvoorwaarden op 9 december 2017. De vrouw is de enige erfgenaam.

De vrouw verkrijgt via huwelijksvermogensrecht en erfrecht de beschikking over het gehele vermogen. Zij is van mening dat zij op grond van de huwelijksvoorwaarden gerechtigd is tot 90 procent van het totale vermogen. Daarover is zij geen erfbelasting verschuldigd. Uit de nalatenschap van haar man verkrijgt ze 10 procent. Dat bedrag is minder dan de partnervrijstelling, zodat zij geen erfbelasting is verschuldigd.

De inspecteur berekent de verschuldigde erfbelasting op basis van een 50/50-verdeling van het totale vermogen. De zaak kwam uiteindelijk bij de Hoge Raad die moest beslissen over de volgende rechtsvragen:

1. Is het aangaan van de breukdelengemeenschap van 10/90 een belastbare schenking ter grootte van 40 procent van het totale vermogen?
2. Is sprake van een fictief erfrechtelijke verkrijging van

## Voorbeeld

Kees heeft €3.000.000 vermogen en zijn echtgenote Dinie bezit €700.000. Na wijziging van de huwelijksvoorwaarden van KU naar AGVG heeft ieder (rekenkundig) een vermogen van €1.850.000. De verrijking/verarming bedraagt €1.150.000 en is geen belastbare schenking. Indien Kees overlijdt en Dinie als enig erfgenaam achterlaat,

bedraagt zijn nalatenschap €1.850.000 en is Dinie €196.000 erfbelasting verschuldigd. Zonder wijziging van de huwelijksvoorwaarden was €426.000 verschuldigd. De wijziging levert een besparing op van €230.000. Door over te gaan naar een breukdelengemeenschap waarin Kees voor 10 procent is gerechtigd en Dinie voor 90 procent,

blijft haar verkrijging zelfs onder de vrijstelling en is geen erfbelasting verschuldigd.

In februari 2024 besliste de Hoge Raad over de gevolgen voor de erf- of schenkbelasting van zo'n breukdelengemeenschap.



40 procent op grond van art. 11 lid 2 of lid 4 SW 1956?  
3. Kan het aangaan van een breukdelengemeenschap in dit geval worden aangemerkt als *fraus legis*?

1. *Aangaan breukdelengemeenschap schenking van 40%?*

De Hoge Raad herhaalt dat het aangaan van huwelijksvoorwaarden in oktober 2017 geen schenking inhoudt. Er heeft geen eenzijdige vermogensverschuiving uit het vermogen van de ene in het vermogen van de andere echtgenoot voltrokken, die kenmerkend is voor een schenking. Hiervoor verwijst de Hoge Raad naar de hiervoor al genoemde arresten uit 1959, 1971 en 2021. Uit de genoemde arresten blijkt dat wijziging van huwelijksvoorwaarden tijdens huwelijk van KU naar AGVG geen schenking inhoudt. En dat evenmin sprake is van een schenking bij het aangaan van een beperkte huwelijks-gemeenschap. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat dit niet anders is als de echtgenoten volgens de huwelijksvoorwaarden voor ongelijke delen zijn gerechtigd tot de huwelijksgoederengemeenschap.

2. *Fictief erfrechtelijke verkrijging van 40%?*

De Hoge Raad beslist dat art. 11 lid 2 SW 1956 niet geldt omdat de gerechtigheid in een huwelijksgoederengemeenschap geen verblijvingsbeding is, en dat art. 11 lid 4 (anders dan de letterlijke tekst) alleen geldt voor zover een echtgenoot meer verkrijgt dan overeenkomt met zijn aandeel in de huwelijks-gemeenschap. Er is dus geen sprake van een fictief erfrechtelijke verkrijging.<sup>4</sup>

3. *Fraus legis?*

De Hoge Raad beslist dat in deze casus geen sprake is van *fraus legis*. De Hoge Raad laat wel de deur op een kier

## Uit de genoemde arresten blijkt dat wijziging van huwelijksvoorwaarden tijdens huwelijk van KU naar AGVG geen schenking inhoudt.

door de opmerking dat in uitzonderlijke situaties het aangaan van een breukdelengemeenschap wel kan worden aangemerkt als wetsontduiking. Daarvoor gelden twee cumulatieve eisen:

- Een subjectieve eis (*motiefvereiste*): het ontgaan van erfbelasting is het doorslaggevende motief geweest voor het aangaan van de breukdelengemeenschap.
- Een objectieve eis (*normvereiste*): het is in strijd met doel en strekking van de SW 1956 indien de vermogensverschuiving ten gevolge van het aangaan van de huwelijksvoorwaarden en het overlijden van een van de echtgenoten niet zou worden aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht.

De wijziging van de huwelijksvoorwaarden is volgens de Hoge Raad in strijd met doel en strekking van de wet indien op het moment van aangaan van de breukdelengemeenschap *zo goed als zeker* is dat de echtgenoot die daardoor voor het kleinste gedeelte is gerechtigd tot het gemeenschappelijk vermogen, *eerder zal overlijden* dan de andere echtgenoot en dat daardoor de vermogensverschuiving zich zal voltrekken. In een zodanig geval moet worden aangenomen dat de wijziging in de gerechtigdheid tot het gezamenlijke vermogen, geen andere praktische betekenis kon hebben dan het vermijden van

## De rechtbank besliste dat de inspecteur niet aannemelijk had gemaakt dat het partnerschap kunstmatig was en geen reële betekenis had

erfbelasting. Dan moet de verkrijging van 40 procent worden aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht.

De bewijslast voor fraus legis ligt bij de inspecteur en die is daarin niet geslaagd. Voor fraus legis is niet voldoende als op het moment van het aangaan van breukdelengemeenschap geen gelijke levens- en sterfttekansen bestaan. Maar de ongelijke breukdelen overeenkomen omdat er zo goed als zeker sprake is van eerder overlijden van de partner die gerechtigd is voor het kleinste gedeelte, is wetsonthouding. Er is causaliteit vereist tussen de belastingbesparende rechtshandeling en het overlijden.<sup>5</sup> Een toevallig overlijden na het aangaan van de breukdelengemeenschap is dus geen fraus legis. Er is ook geen wetsonthouding indien bijvoorbeeld de beperking van de legitieme het doorslaggevend motief is geweest voor het aangaan van de breukdelengemeenschap. Wanneer is het 'zo goed als zeker' dat de echtgenoot die verarmt eerder overlijdt dan de andere echtgenoot? Het

lijkt dat dat zo is als de datum voor de euthanasie is gepland. Volgens Albert is dat het geval als de arme echtgenoot zich in de stervensfase bevindt.<sup>6</sup> Die stervensfase gaat volgens palliaweb.nl in op het moment dat het overlijden zich onafwendbaar aandient en omvat de laatste dagen (tot zeven dagen) van het leven. Schols vermoedt dat hiervan sprake is in de terminale fase waarbij overlijden binnen drie maanden wordt verwacht.<sup>7</sup> Het is dus onduidelijk wanneer een overlijden 'zo goed als zeker is'. De bewijslast die op de inspecteur rust, is zeer lastig, zo niet onmogelijk.

Wellicht geeft de uitspraak in de casus van de doktersassistente hier meer duidelijkheid.<sup>8</sup> In die procedure verzorgt een 49-jarige doktersassistente beroepsmatig sinds maart 2014 een 34 jaar oudere patiënt met een uitgesproken euthanasiewens. Op 3 maart 2015 stelt de man een testament op waarin hij de doktersassistente als zijn enig erfgenaam benoemt. De doktersassistente gaat op 6 augustus 2015 – op advies van de notaris – een geregistreerd partnerschap zonder partnerschapsvoorwaarden aan met de man. Kort daarvoor is ze gescheiden van haar echtgenoot, met wie ze blijft samenwonen. In september 2015 wordt het euthanasieverzoek van de man afgevoerd. Op 7 oktober 2015 stopt de man met eten en hij overlijdt 10 dagen later. De verkrijging krachtens erfrecht van de vrouw blijft onder de partnervrijstelling. De inspecteur legt een aanslag op waarbij de verkrijging wordt belast als een verkrijging van een 'derde'. Volgens



Adobe Stock | #695624654

de inspecteur was sprake van *fraus legis* omdat het enige motief voor het aangaan van het geregistreerd partnerschap belastingbesparing was en een reële affectieve relatie ontbrak. De rechtbank besliste dat de inspecteur niet aannemelijk had gemaakt dat het partnerschap kunstmatig was en geen reële betekenis had, daardoor was geen sprake van *fraus legis*. Hiertegen is hoger beroep ingesteld.

Wellicht is *fraus legis* bij een breukdelengemeenschap op het sterfbed niet aan de orde indien sprake is van een lang bestaande relatie.

In het arrest van 14 april 1993<sup>9</sup> ging het over echtgenoten die 17 jaar gehuwd waren onder KU. Zij wijzigden hun huwelijksvoorwaarden naar de AGVG, zodat in verband met hun echtscheiding de woning zonder heffing van overdrachtsbelasting aan één van hen kon worden toegedeeld. Dat was geen *fraus legis*. In het arrest van 15 maart 2013 zijn twee projectontwikkelaars voor één dag geregistreerd partnerschap aangegaan met als doel het vermijden van overdrachtsbelasting bij de verdeling van het vastgoed. Dat werd wel als *fraus legis* aangemerkt.<sup>10</sup> De uitspraak van de Hoge Raad sluit niet aan bij de opvatting van de staatssecretaris, opgenomen in een Besluit van 29 maart 2018.<sup>11</sup> De staatssecretaris keurt daarin goed dat het aangaan van een breukdelengemeenschap geen schenking inhoudt, indien de echtgenoot met het meeste vermogen tot minimaal de helft van de gemeenschap gerechtigd blijft en maximaal de gerechtigdheid behoudt die hij al had. Als de wetgever een andere regeling wil, moet de wet worden aangepast. In het wetsvoorstel OFM 2018 was een wettelijke regeling opgenomen. Bij amendement van Kamerlid Omtzigt is dit komen te vervallen. Op dit moment heeft de wetgever vermoedelijk andere zaken aan zijn hoofd.

## Finaal verrekenbeding met breukdelenverrekening

In plaats van een huwelijksgoederengemeenschap kan ook een verplicht wederkerig Finaal verrekenbeding (FVB) in de huwelijksvoorwaarden worden opgenomen. De Hoge Raad heeft in 1990 (voor echtgenoten) geoordeeld dat zo'n FVB in economisch opzicht zozeer overeenstemt met de gemeenschap van goederen dat het daarmee op één lijn dient te worden gesteld.<sup>12</sup> Dat betrof een 50/50 algehele goederengemeenschap. Nu duidelijk is dat de breukdelengemeenschap fiscaal geen belastbare verkrijging inhoudt, zal naar mijn mening hetzelfde gelden voor het FVB waarin een 90/10-verrekening is opgenomen.

Samenlevingspartners houden ieder hun eigen vermogen en er kan tussen hen geen huwelijksgoederengemeenschap ontstaan. Samenwoners kunnen in een samenlevingsovereenkomst wel een FVB overeenkomen en economisch de breukdelengemeenschap nabootsen. In de praktijk wordt een 50/50 FVB bij samenwoners fiscaal gevolgd. Dit is helaas niet in de wet vastgelegd. Mogelijk is een breukdelenverrekening bij samenwoners een 'brug te ver'. Voor hen lijkt het aangaan van een huwelijk een veiligere route.

## Zal de breukdelengemeenschap vaak worden gebruikt?

In de casus was het een 10/90-breukdelengemeenschap, maar het kan evengoed 1/99 zijn. Vaak zal het percentage afgestemd zijn op de partnervrijstelling. De breukdelengemeenschap pakt kostbaar uit indien de vermogende partner als eerste overlijdt. De breukdelengemeenschap pakt gunstig uit voor de verzorging van de beoogd langstlevende. Als er kinderen zijn, pakt de breukdelengemeenschap over twee overlijdens bezien duurder uit.

De breukdelengemeenschap kan in de volgende situaties nuttig zijn:

- U verwacht dat de erfbelasting wordt afgeschaft. Dan is er bij het overlijden van de arme partner een gering bedrag verschuldigd. Na overlijden van de langstlevende partner is geen erfbelasting verschuldigd als deze is afgeschaft.
- De langstlevende woont in het buitenland, of vertrekt na het overlijden van de arme ouder metterwoon naar het buitenland. Als de langstlevende op het moment van overlijden of schenking zelf tenminste tien jaar in het buitenland heeft gewoond, is geen Nederlandse erf- en schenkbelasting verschuldigd (art. 3 lid 1 SW 1956)
- Er is onvoldoende besteedbaar vermogen om de erfbelasting na het overlijden van de eerste partner te voldoen.

De breukdelengemeenschap is bovendien nuttig om:

1. de legitieme te beperken;
2. het aansprakelijk vermogen te beperken;
3. aanmerkelijkbelangheffing over vermogen in een beleggings-bv uit te stellen.

### 1. *Beperken van de legitieme*

Het breukdelenarrest is een uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad. Als het ook civielrechtelijk wordt gevolgd en geen gift inhoudt, kan daarmee de legitieme aanspraak van kinderen, uit bijvoorbeeld een vorige relatie, worden verminderd. Stel dat in het vorige voorbeeld Kees en Dinie samen een zoon hebben en Kees uit een vorige relatie een dochter heeft. De relatie met de dochter is slecht en Kees wil haar rechten beperken. De legitieme van de dochter bedraagt de helft van haar wettelijk erfdeel, dus 1/6. De legitieme van de dochter bedraagt € 500.000 bij de KU en € 62.000 bij de breukdelengemeenschap. Om dit gevolg te voorkomen, is een wijziging van boek 4 BW nodig.<sup>13</sup> De legitieme wordt niet beperkt indien de breukdelenverrekening is opgenomen in een FVB bij overlijden.<sup>14</sup>

### 2. *Beperken aansprakelijk vermogen*

Stel echtgenoten zijn gehuwd onder koude uitsluiting met een FVB bij overlijden en echtscheiding. Stel de vrouw heeft het grootste vermogen en is met haar vermogen aansprakelijk voor beroepsfouten. Door twee keer huwelijksvoorwaarden op te maken, lijkt het

## Voorbeeld

Kees is 75 jaar, Dinie, zijn echtgenote, is 70 jaar en zij hebben samen twee kinderen. Het vermogen van Kees is €3.000.000 en van Dinie €700.000. Kees overlijdt in 2024 en Dinie 17 jaar later. Uitgangspunt is

steeds: wettelijke verdeling, gelijke erfde-  
len en 6 procent samengestelde rente. De  
totaal verschuldigde erfbelasting in drie  
situaties:

- Gehuwd onder koude uitsluiting (KU).
- Kees en Dinie stellen huwelijksvoor-

waarden op, inhoudende AGVG.

- Kees en Dinie gaan een breukdelenge-  
meenschap aan, waarbij Kees gerechtigd  
is tot 10 procent en Dinie tot 90 procent.  
De verschuldigde erfbelasting (EB)  
bedraagt: (zie tabel hieronder)

Situatie	Verschuldigde EB na overlijden Kees	Verschuldigde EB na overlijden Dinie	Totaal verschuldigde EB
a. KU	385.000	0	385.000
b. AGVG 50/50	206.000	105.000	311.000
c. AGVG 10/90	20.000	573.000	593.000

mogelijk om het aansprakelijk vermogen tijdens huwe-  
lijk te beperken. Het betreft:

- Aangaan van een breukdelengemeenschap waarbij de  
vrouw die een groot aansprakelijkheidsrisico loopt tot  
het kleine 10 procent breukdeel is gerechtigd.
- Opheffen van de huwelijksgoederengemeenschap en  
overgaan naar KU. Dit vereist een verdeling van het  
gemeenschappelijk vermogen overeenkomstig de  
breukdelengerechtigdheid.

Bij een echtscheiding heeft de vrouw slechts recht op 10  
procent van het totale vermogen. En eerder zagen we dat  
als echtgenoten kinderen hebben, bij de breukdelenge-  
meenschap over twee overlijdens bezien meer erfbelas-  
ting is verschuldigd dan bij een 50/50 vererving van  
vermogen naar kinderen. Het financiële risico bij echt-  
scheiding en de extra erfbelasting na overlijden, kan  
worden voorkomen door een 50/50 FVB bij echtschei-  
ding en overlijden op te nemen in de huwelijksvoor-  
waarden. Bij echtscheiding hebben beide echtgenoten  
weer 50/50 recht op de waarde van het gemeenschappe-  
lijke vermogen. Voor de erfbelasting vererft het vermo-  
gen 50/50. In economische zin raakt de vrouw dus bij  
het einde van het huwelijk geen vermogen kwijt.

### 3. Uitstel aanmerkelijk belangheffing (AB-heffing)

Sinds 2010 wordt op het moment van overlijden de  
AB-claim op de aandelen in een beleggings-bv afgere-

kend. Echtgenoten die 50/50 in een AGVG zijn gehuwd,  
zijn de AB-claim 50/50 na ieders overlijden verschuldigd.  
Verder uitstel is mogelijk door een breukdelengemeen-  
schap voor de aandelen in de beleggings-bv aan te gaan.  
Art. 4.16 lid 1 onderdeel e Wet IB 2001 bepaalt dat deze  
overgang krachtens huwelijksvermogensrecht een fic-  
tieve vervreemding oplevert. Art. 4.17 neemt deze ver-  
vreemding weer terug, ook voor beleggingsvermogen.  
Als de echtgenoot, die gerechtigd is tot het kleine breuk-  
deel, als eerste overlijdt, wordt de AB-heffing beperkt tot  
10 procent van de aandelen in de beleggings-bv. Het is  
uitstel, want na overlijden van de andere echtgenoot  
wordt de AB-claim over het 90 procent deel afgerekend.  
Volgens Albert is hierbij geen sprake van *fraus legis* voor  
de AB-heffing.<sup>15</sup> Door opname in de huwelijksvoorwaar-  
den van een 50/50 FVB bij echtscheiding en overlijden  
wordt het financiële risico bij echtscheiding beperkt en  
kan de erfbelasting worden geoptimaliseerd. In economi-  
sche zin raken de echtgenoten dan geen vermogen kwijt,  
uitsluitend de samenstelling wijzigt waardoor de  
AB-claim deels kan worden uitgesteld.

## Conclusie

De breukdelengemeenschap lijkt veel mogelijkheden te  
bieden om het vermogen tussen echtgenoten fiscaal en  
civiel optimaal te structureren, mits men dit tijdig doet.  
Het is niet helemaal duidelijk waar precies de (*fraus  
legis*) grens ligt.

## Noten

- HR 16 februari 2024,  
ECLI:NL:HR:2024:239.
- HR 28 januari 1959,  
ECLI:NL:HR:1959:AY:1786; HR 17 maart  
1971, ECLI:NL:HR:1971 en HR 7 mei  
2021, ECLI:NL:HR:2021:708.
- Opgenomen in art. 1:100 BW.
- Zie voor kritiek I.J.F.A van Vijfeijken in  
haar noot bij dit arrest opgenomen in  
BNB 2024/41.
- Prof. mr. B.M.E.M. Schols, Zo goed als  
zeker, column in WFR 2024/75.
- Prof. dr. mr. P.G.H. Albert, Aangaan of  
wijzigen huwelijksvoorwaarden: *fraus  
legis*? WFR 2024/109.
- Prof. mr. B.M.E.M. Schols, Zo goed als  
zeker, column in WFR 2024/75.
- RB Zeeland-West-Brabant 13 juli 2023,  
ECLI:NLRBZWB:2023:4937.
- HR 14 april 1993,  
ECLI:NL:HR:1993:ZC5318.
- HR 15 maart 2013,  
ECLI:NL:HR:2013:BY0548.
- Besluit van 29 maart 2018 nr. 2018-  
45958, onderdeel 3.3.
- HR 27 juni 1990, BNB 1990/255.
- P. Blokland, Een civielrechtelijke  
kanttekening bij het HR-arrest over de  
breukdelengemeenschap: de legitimaris  
heeft het nakijken!, JBN 2024/21.
- RB Gelderland, 3 november 2021,  
ECLI:NL:RBGEL:2021:5835.
- P.G.H. Albert, Aangaan of wijzigen  
huwelijksvoorwaarden: *fraus legis*? WFR  
2024/109.