

## Reactie van Netwerk Notarissen op de consultatie 'Aanpak constructie ongelijke breukdelengemeenschap'



### 1. Inleiding

Hiermee reageren wij op de consultatie over de ongelijke breukdelengemeenschap. In het eerste kwartaal van 2025 was de ongelijke breukdelengemeenschap het thema van de bijeenkomsten van onze regionale kennisgroepen waaraan 140 notariskantoren over heel Nederland hebben deelgenomen. In 11 verschillende regio's in Nederland is door onze (kandidaat-)notarissen over dit onderwerp intervisie geweest en is geïnterviewd in hoeverre van deze ongelijke breukdelengemeenschap gebruik wordt gemaakt. Onze reactie is mede gebaseerd op de bevindingen van deze intervisiecyclus.

### 2. Effect in de praktijk

In de toelichting bij de consultatie wordt gesproken over een constructie waarbij ongelijke breukdelen worden overeengekomen met als voornaamste doel het besparen van belasting. De vraag is echter in hoeveel situaties er op die manier überhaupt belasting bespaard zou kunnen worden. Een mogelijke besparing speelt namelijk pas als de verkrijging van de achterblijvende echtgenoot, zonder afwijkende breukdelen, hoger is dan de partnervrijstelling van € 804.698 (vrijstelling 2025). Dat betekent een huwelijksgoederengemeenschap die in waarde meer bedraagt dan € 1.609.396. Als de huwelijksgoederengemeenschap kleiner is dan € 1.609.396 en er een 0%/100%-beding is overeengekomen of een verblijvingsbeding waarin alles toekomt dan wel verblijft aan de echtgenoot van de erflater, dan is er op grond van het huidige art. 11 lid 4 SW 1956 geen erfbelasting verschuldigd over de fictieve erfrechtelijke verkrijging. Na de voorgestelde wijziging geldt hetzelfde in het geval van een breukdelengemeenschap. Gezien de vermogensverdeling in Nederland kan deze voorgestelde maatregel in potentie dus slechts een paar procent van de huishoudens treffen.

### 3. Keuze voor ongelijke breukdelen in de praktijk

#### 3.1 legitieme portie

Vanuit de notariële praktijk constateren wij dat de keuze voor ongelijke breukdelen met name om andere redenen dan belastingmotieven wordt gemaakt. Het arrest van de Hoge Raad van 16 februari 2024 heeft ertoe geleid dat het instrument van de ongelijke breukdelen in de huwelijksgoederengemeenschap nadrukkelijk een plaats heeft gekregen in de *toolbox* van de notaris als het gaat om beïnvloeding van de legitieme portie. Mede naar aanleiding daarvan was juist deze ongelijke breukdelengemeenschap het thema van onze intervisiecyclus van het eerste kwartaal. Uit deze intervisiebijeenkomsten blijkt dat de toepassing hiervan in de praktijk zeer beperkt is. Waar dit instrument wél wordt overwogen, betreft dit met name situaties waarin wordt geanticipeerd op de omvang van de legitimaire massa, en nauwelijks vanwege fiscale motieven. De toepassing van een ongelijke breukdelengemeenschap die slechts in fiscale zin wordt ingezet achten wij op dit moment weinig realistisch.

De legitieme portie speelt een belangrijke rol bij de mogelijkheden om de echtgenoot te bevoordelen ten koste van de kinderen. Het huidige stelsel van de legitieme portie is niet gemoderniseerd en sluit onvoldoende aan bij de maatschappelijke realiteit van samengestelde gezinnen en complexe nalatenschappen. Het uitgangspunt voor de berekening van de legitieme portie is de waarde van de nalatenschap vermeerderd met de in aanmerking te nemen giften (legitimaire massa). Het aangaan van een huwelijksgemeenschap en de wijziging van de breukdelen van een huwelijksgoederengemeenschap kwalificeren in dit kader niet als gift, zodat op deze wijze

een vermogensverschuiving kan plaatsvinden naar de achterblijvende partner. De verkrijging van de echtgenoot wordt op deze manier niet doorkruist door de legitieme portie van een kind. Overigens geldt dit niet voor huwelijkse voorwaarden waarin een finaal verrekenbeding is opgenomen, aangezien een dergelijke vordering kan kwalificeren als quasi-legaat in de zin van art. 4:126 BW (zie bijv. Rb Gelderland, 3 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5835; Rb. Noord-Holland, 16-04-2025, ECLI:NL:RBNHO:2025:4557).

### *3.2 uitsluitingsclausule*

Voor na invoering van de jubelton zijn bij gehuwden (maar ook bij samenwoners) verschillen in het gezamenlijk vermogen ontstaan door de schenking onder uitsluitingsclausule. Dit is eveneens het geval bij erfrechtelijke verkrijgingen. De Hoge Raad heeft bepaald dat de uitsluitingsclausule dwingt en dat hiervan niet kan worden afgeweken door het maken van huwelijkse voorwaarden (HR, 21 november 1980, nr. 5418, NJ 1981, 193). Als de echtgenoten het vermogen toch gelijk willen trekken, dan kunnen zij dat bereiken door een andere verdeling te maken van de huwelijksgoederengemeenschap.

Bijvoorbeeld: X heeft € 100.000 krachtens schenking met uitsluitingsclausule gekregen. De omvang van de huwelijksgoederengemeenschap is € 500.000. X en Y gaan daarom een breukdelengemeenschap aan in de verhouding 40%/60%. X is dan gerechtigd in de gemeenschap tot een waarde van € 200.000 en heeft onder uitsluitingsclausule € 100.000. Y is gerechtigd in de gemeenschap tot een waarde van € 300.000 zodat de schenking niet wordt verdeeld maar wel via de verdeling van de gemeenschap wordt 'rechtgetrokken'.

### *3.3 herstellen niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding*

Echtgenoten kunnen in hun huwelijkse voorwaarden afspreken dat zij jaarlijks hun onverteerde inkomsten verrekenen (periodiek verrekenbeding). Het gaat dan om dat wat van de inkomsten niet is besteed aan kosten van de huishouding en andere reguliere bestedingen. Als niet jaarlijks wordt verrekend, levert dit bij latere verrekening vaak bewijsproblemen op. In de wet is een bewijsvermoeden opgenomen, op grond waarvan dan al het aanwezige vermogen vermoed te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden, tenzij uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit (art. 1:141 lid 3 BW). In de praktijk komt het wel voor dat echtgenoten een eventuele discussie in de toekomst willen voorkomen over niet-verrekende jaren en daarom kiezen voor een verrekening tussendoor wat vaak bij de notaris wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Het is alleen lang niet altijd mogelijk de vordering die daar voor een van de echtgenoten uit komt ook daadwerkelijk te betalen. Bijvoorbeeld omdat die voortkomt uit ingehouden winst van de vennootschap waarin de betreffende echtgenoot een aanmerkelijk belang heeft. Een in de praktijk toegepaste oplossing is het overeenkomen van een ongelijke breukdelengemeenschap in de huwelijkse voorwaarden, waarbij de vordering het uitgangspunt vormt voor het percentage.

Bijvoorbeeld: C heeft een vermogen van € 10 miljoen en heeft een schuld van € 2,5 miljoen aan D op grond van een niet uitgevoerd periodiek verrekenbeding, zodat het vermogen van C per saldo € 7,5 miljoen is. D heeft een vordering op C op grond van een niet uitgevoerd periodiek verrekenbeding van € 2,5 miljoen. C en D gaan een breukdelengemeenschap aan in de verhouding 75%/25%, zodat de verrekenvordering van D wordt omgezet in een goederenrechtelijke aanspraak in de huwelijksgemeenschap.

### *3.4 ongelijke breukdelen vs. beperkte huwelijksgoederengemeenschap*

Zoals in de memorie van toelichting van dit consultatiewetsvoorstel ook wordt opgemerkt, was in het wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2018 (Kamerstukken II, 2017/18, 34786) een voorstel

opgenomen voor de wijziging van de Successiewet die had moeten bewerkstelligen dat bij het aangaan van een beperkte of algemene gemeenschap van goederen in beginsel geen sprake is van een schenking. Op grond van dit wetsvoorstel zou slechts schenkbelasting verschuldigd zijn als het aandeel van de minstvermogende in het totale vermogen hoger wordt dan 50%, of het aandeel van de meestvermogende in het totale vermogen van de echtgenoten toeneemt. Door een amendement (Kamerstukken II, 34786, nr. 18) is de voorgestelde regeling echter uit het wetsvoorstel gehaald. De idee samen vermogen te hebben, zoals de eigen woning, spreekt veel partners aan. Men vindt het echter niet altijd nodig alles te delen, zodat van de mogelijkheid een kleiner deel dan 100% in te brengen door middel van een breukdelengemeenschap in de praktijk gebruik wordt gemaakt. Door invoering van het voorliggende wetsvoorstel is het niet mogelijk een kleiner deel van het vermogen in te brengen.

Stel E heeft een vermogen van € 10 miljoen en kiest met F voor een breukdelengemeenschap van 70%/30%. Na invoering van de wetswijziging overlijdt echtgenoot F en verkrijgt de langstlevende E 70%, dus meer dan 50%, zodat sprake is van een fictief erfrechtelijke verkrijging van 20%. Dit is niet het geval bij het aangaan van een beperkte gemeenschap van goederen, waarbij E € 6 miljoen inbrengt in de huwelijksgoederengemeenschap en € 4 miljoen privé houdt. In dat geval wordt na het overlijden van F de huwelijksgemeenschap van € 6 miljoen verdeeld en heeft de langstlevende E € 7 miljoen (€ 3 miljoen na verdeling en € 4 miljoen privé). Mitsdien worden economisch identieke situaties na invoering van de voorgestelde wetswijziging verschillend behandeld.

#### 4. fiscale gevolgen overlijden beide echtgenoten met kinderen

Vanzelfsprekend waarschuwt de notaris voor de fiscale consequenties van de breukdelengemeenschap bij het overlijden van de (eerste en van de) laatste echtgenoot. Bij een ongelijke breukdelengemeenschap zal de rekening van de erfbelasting immers doorgaans worden gepresenteerd bij het overlijden van de echtgenoot van de erflater. Dit blijkt niet zozeer uit de twee voorbeelden in het algemene deel van de toelichting op het wetsvoorstel, waarbij in beide situaties de echtparen geen kinderen hebben.

Stel echter dat in het geval in voorbeeld 1 het echtpaar drie kinderen heeft en dat de echtgenoot en alle kinderen voor een gelijk deel erfgenaam zijn. Bij een waarde van de eerste nalatenschap van € 5 miljoen, erft ieder € 1.250.000. In dat geval is de waarde van de tweede nalatenschap € 6.250.000 (zonder rekening te houden met de erfbelasting die de echtgenoot verschuldigd is en andere wijzigingen in het vermogen), zodat ieder kind € 2.083.333 erft. Per saldo is € 10 miljoen overgegaan naar de kinderen en heeft ieder kind hiervan 1/3 verkregen (€ 3.333.333).

Als de eerste echtgenoot overlijdt na aanpassing van de breukdelen in een verhouding 5%/95%, is de waarde van de eerste nalatenschap € 500.000 en erft ieder € 125.000. In dat geval is de waarde van de tweede nalatenschap € 9.500.000, zodat ieder kind € 3.166.666 erft. Ook nu is per saldo € 10 miljoen overgegaan naar de kinderen en heeft ieder kind hiervan 1/3 verkregen (€ 3.333.333).

In het laatste geval is het bedrag waarover erfbelasting betaald moet worden bij het tweede overlijden veel groter. Uiteraard zijn er uiteindelijk veel meer factoren dan alleen de omvang van de verkrijging relevant bij het bepalen van de hoogte van de erfbelasting. Is er bijvoorbeeld sprake van een vruchtgebruiktestament of is de wettelijke verdeling van toepassing? In dat laatste geval: is er geen rentevergoeding of een samengestelde rente van 6%? Maar die vragen spelen los van de breukdelenverhouding. Stel dat er sprake is van een wettelijke verdeling, waarbij er een samengestelde rente van 6% is overeengekomen en de echtgenoot nog 20 jaar langer leeft. In de 50/50 verhouding heeft de langstlevende dan een lager vermogen en de kinderen een hogere vordering. Die vordering wordt bovendien elk jaar groter, waardoor het vermogen van de langstlevende elk jaar kleiner wordt. In de 95/5 verhouding daarentegen heeft de echtgenoot een

hoger vermogen en de kinderen een lagere vordering. De oprenting van die vorderingen heeft dus veel minder impact. Het gevolg is dat de erfbelasting bij het tweede overlijden over het algemeen veel hoger is dan bij de 50/50 verhouding.

## 5. Invoering en overgangsrecht

### *5.1 enkele vragen*

Met betrekking tot het overgangsrecht hebben wij de volgende vragen.

Wij vragen ons af wat de ingangsdatum van de voorgestelde maatregel is. Gaat deze in per 1 januari 2026, of gezien het overgangsrecht per 18 april 2025?

In het voorgestelde art. 11 lid 5 SW 1956, wordt verwezen naar partners als bedoeld in art. 1a SW 1956. Naast partners met een notariële samenlevingsovereenkomst, waarin de wederzijdse zorgplicht is opgenomen en die tevens voldoen aan de overige vereisten, vallen hieronder partners zonder een notariële samenlevingsovereenkomst die vanaf hun 18<sup>e</sup> gedurende een onafgebroken periode samenwonen en die tevens voldoen aan de overige vereisten. Geld het voorgestelde art. 11 lid 5 SW 1956 wel voor beide categorieën samenwoners, nu in het overgangsrecht slechts wordt gesproken over een 'notarieel samenlevingscontract'?

### *5.2 bedrijfsopvolgingsregeling*

Op grond van de voorgestelde wettekst in de internetconsultatie is het voornemen de Successiewet uit te breiden met twee ficties, in de zin van een fictieve erfrechtelijke verkrijging met betrekking tot de situatie van het overlijden van een echtgenoot en in de zin van een fictieve schenking met betrekking tot de situatie dat de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden tijdens leven.

Hoewel de bedrijfsopvolgingsregeling van art. 35b e.v. SW 1956 ziet op de verkrijging en daarmee eveneens op de fictieve verkrijging, zal onder de huidige redactie van art. 35d SW 1956 niet kunnen worden voldaan aan het bezitsvereiste en daarmee zal de bedrijfsopvolgingsregeling na invoering van de voorgestelde wettekst niet van toepassing kunnen zijn op de nieuwe fictie van art. 11 lid 4 SW 1956. Moet de bedrijfsopvolgingsregeling van toepassing zijn op de voorgestelde fictie?

Toelichting: de andere echtgenoot hoeft niet de ondernemer te zijn in de zin van art. 35 lid 1 onderdeel a, respectievelijk de medegerechtigde in de zin van art. 35 lid 1 onderdeel b SW 1956. De andere echtgenoot is geen aanmerkelijkbelanghouder met betrekking tot de vermogensbestanddelen, in de zin van art. 35 lid 1 onderdeel c SW 1956, waarop de voorgestelde fictie ziet. Stel M is gerechtigd tot een aanmerkelijk belang met een waarde van € 10 miljoen en gaat een breukdelengemeenschap aan met V in een verhouding van 70%/30%. M is gerechtigd tot 70% en V tot 30% van het aanmerkelijk belang. Als V overlijdt na het aangaan van de breukdelengemeenschap en het ingaan van de nieuwe fictie, zal sprake zijn van een fictieve verkrijging van 20% voor M op grond van art. 11 lid 4 SW 1956, terwijl V geen aanmerkelijkbelanghouder was met betrekking tot die 20%, zoals wordt vereist in art. 35 lid 1 onderdeel c SW 1956.

### *5.3 Wijziging van bestaande huwelijkse voorwaarden en samenlevingscontracten*

Volgens de voorgestelde wettekst van het consultatiedocument geldt het overgangsrecht niet meer als de huwelijkse voorwaarden of de (notariële) samenlevingsovereenkomst na 18 april 2025 worden gewijzigd. Het uitgangspunt van het onderhavige consultatiedocument is de fiscale aanpak van een ongelijke breukdelengemeenschap, zodat slechts voor wijzigingen die na 17 april 2025 plaatsvinden en zien op de wijziging van de gerechtigdheid tot het breukdeel in de huwelijksgoederengemeenschap of eenvoudige gemeenschap, geen overgangsrecht zou moeten gelden.

Daarentegen zou iedere wijziging waarbij geen aanpassing wordt gemaakt in de gerechtigdheid tot het breukdeel van de gemeenschap op grond van het overgangsrecht moeten worden gerespecteerd. Gedurende het huwelijk, geregistreerd partnerschap of samenleving zijn er legio omstandigheden die aanpassing vragen van de overeengekomen voorwaarden. Bijvoorbeeld: het krijgen van kinderen, het starten van een onderneming en stoppen van een dienstverband, het wijzigen van de onderlinge draagplicht voor de kosten van de huishouding, het investeren in een goed van de andere partner en daarmee het verkrijgen van vergoedingsrechten, het buiten de gemeenschap willen houden van vermogensbestanddelen, het corrigeren van een fout in de huwelijkse voorwaarden die niet betrekking heeft op de breukdelengemeenschap. Deze voorbeelden zijn niet limitatief opgesomd.

In huwelijkse voorwaarden die zijn opgesteld voor 1 mei 1995 kan een regeling zijn opgenomen die ziet op de pensioenverrekening conform het Boon/Van Loon-arrest. Vanaf die periode kan een regeling zijn opgenomen conform de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (of zowel Boon/Van Loon als Wvps). De Wvps ziet echter niet op het (bijzondere) nabestaandenpensioen, zodat hiervoor in sommige gevallen een aparte regeling is opgenomen. De inwerkingtreding van de nieuwe Wet pensioenverdeling bij scheiding staat gepland voor 2027. Op grond hiervan wordt de conversie van de pensioenen de hoofdregel, terwijl afwijking hiervan mogelijk is. Conversie vormt momenteel een afwijking op de hoofdregel van het 50%/50% verdelen van het gedurende het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen (OP). Los van deze verdeling krijgt de ex-partner het gehele bijzondere nabestaande pensioen (NP) op grond van de PW, dus 50% OP en 100% NP. In de praktijk wordt nauwelijks gebruikgemaakt van de afwijkende mogelijkheid van conversie en wordt dat slechts in 3% van de scheidingsgevallen toegepast. Aan de keuze kleven enige haken en ogen, zodat men liever pas bij de echtscheiding voor conversie kiest en zich niet al bij het maken van de huwelijkse voorwaarden vastlegt. Als na invoering van de nieuwe Wet pensioenverdeling de partners die standaardregeling van conversie willen uitsluiten, moeten zij hun overeenkomst wijzigen. Een dergelijke wijziging heeft echter geen gevolgen voor de gerechtigdheid tot de huwelijksgoederengemeenschap, zodat hiervoor het overgangsrecht van toepassing zou moeten zijn.

Dat geldt eveneens voor het geval de echtgenoten huwelijkse voorwaarden hebben opgesteld, met uitsluiting van iedere gemeenschap en een wederkerig finaal verrekenbeding met ongelijke delen en deze wordt gewijzigd in huwelijkse voorwaarden met een gemeenschap van goederen waarin de echtgenoten ongelijk gerechtigd zijn, voor dezelfde ongelijke delen als daarvoor. Stel de echtgenoten waren in de situatie van het finaal verrekenbeding gerechtigd in een verhouding 40%/60% tot de verrekenmassa en zijn na de wijziging gerechtigd in een verhouding 40%/60% tot de huwelijksgoederengemeenschap, waarbij de samenstelling van de verrekenmassa identiek is aan de huwelijksgoederengemeenschap, zodat hiertussen materieel geen verschil zit. Door deze wijziging zijn de breukdelen niet veranderd, zodat het overgangsrecht zou moeten gelden.

In de brief van de staatssecretaris van Financiën van 6 november 2012 (nr. DB/2012/34) geeft de staatssecretaris aan dat bij afwijkende breukdelen op grond van art. 1:100 BW ook sprake is van een gemeenschap van goederen en dat bij het aangaan van een dergelijke huwelijksgoederengemeenschap geen sprake is van een schenking omdat er geen definitieve vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden. Ook bij een andere verdeelsleutel dan 50%-50%, bijvoorbeeld 30%-70%, is geen sprake van een definitieve vermogensverschuiving die vereist is voor de schenking. In de praktijk is hiervan gebruikgemaakt, bijvoorbeeld in de situatie dat het aanmerkelijk belang bij het overlijden van de directeur-aandeelhouder over moest gaan naar de bedrijfsopvolgers (kind), terwijl het overige vermogen, zoals de woning en spaargeld, naar de langstlevende en overige erfgenamen (kinderen) gaat. Bijvoorbeeld het vermogen van A is € 10 miljoen en dat van B is nihil, waarbij het aanmerkelijk belang € 4 miljoen waard is en het overige

vermogen, waaronder de eigen woning, € 6 miljoen waard is. Na het aangaan van een breukdelengemeenschap in de verhouding 70%/30% en het overlijden van A, verkreeg de bedrijfsopvolger op grond van een legaat het aanmerkelijk belang en werd het overige vermogen verdeeld over de langstlevende echtgenoot B en de nalatenschap. Met toepassing van de wettelijke verdeling krijgt de langstlevende alle goederen en schulden uit de nalatenschap en krijgen de overige erfgenamen een niet opeisbare vordering. De waardemutaties van het aanmerkelijk belang en het overige vermogen ontwikkelen zich echter door de tijd niet identiek, zodat in sommige situaties periodiek de behoefte is het percentage van het breukdeel aan te passen aan de actuele waardes. Door de redactie van het overgangsrecht is het niet mogelijk vanaf 18 april 2025 de percentages te actualiseren.

#### 6. Mogelijke andere insteek voor de gewenste wetgeving

Het doel van het wetsvoorstel is de aanpak van een constructie. Als echtgenoten een ongelijke breukdelengemeenschap aangaan met uitsluitend een fiscaal motief, dan zal dit in de praktijk gebeuren op het sterfbed dan wel met zicht op het aanstaand overlijden. Hiermee wordt het echtscheidingsrisico (de ongelijke breukdelengemeenschap heeft ook dan effect) voor de echtgenoten geminimaliseerd. Wij kunnen ons voorstellen dat een regeling gericht op het aanpakken van constructies aldus wordt ingestoken: de ongelijke breukdelengemeenschap die door echtgenoten wordt overeengekomen binnen 180 dagen voorafgaand aan het overlijden heeft fiscaal geen effect. Indien de ongelijke breukdelengemeenschap binnen 180 dagen wordt overeengekomen, geldt fiscaal gezien een 50/50 huwelijksgemeenschap.

#### 7. Tot slot

Wij hopen dat deze signalen uit de notariële praktijk bijdragen aan de verdere afweging rondom de regeling van ongelijke breukdelen in de gemeenschap. Op dit moment hebben wij ernstige twijfels of er op enige schaal gebruik wordt gemaakt van de 'constructie'. Voor de wijziging van de huwelijkse voorwaarden is een notaris benodigd die zowel vanuit civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk perspectief met cliënten spreekt over de voors en tegens van een ongelijke breukdelengemeenschap. Door deze 'trage' blijven naar onze ervaring alleen enkele cliënten over die vanwege de civielrechtelijke effecten kiezen voor de ongelijke breukdelengemeenschap.

Utrecht, 14 mei 2025  
Netwerk Notarissen

mr. Lucienne van der Geld (directeur)  
mr. Theo Hoogwout (kennisdomein fiscaliteit)  
mr. Erja Zandijk (kennisdomein notariaat)

*Netwerk Notarissen in een organisatie van 140 notariskantoren in Nederland met bijna 600 juristen die samen een expertnetwerk vormen op notariële onderwerpen. Zij vormen ook samen een denktank voor de veranderende maatschappij.*