

Notarieel recht



Daan Bastiaans

Dirkzwager advocaten & notarissen

Pas op met verdelen bij economische eigendom

Waar de economische eigendomsoverdracht van een onroerende zaak tegenwoordig voor de notariële praktijk geen dagelijkse kost meer is, vonden dergelijke transacties tot 31 maart 1995 18.00 uur geregeld plaats. Tot dat precieze moment was het immers mogelijk om vrij van overdrachtsbe-

lasting de economische eigendom van een onroerende zaak te verkrijgen. Fiscale constructies waarbij gebruik werd gemaakt van de mogelijkheid van economische eigendom werden klaarblijkelijk op dermate grote schaal in het leven geroepen, dat de Staatssecretaris van Financiën destijds mede diende te delen dat de voorgestelde maatregelen met ingang van het tijdstip van bekendmaking in werking zouden treden.¹

Het was het Ministerie van Financiën er duidelijk alles aan gelegen om de ongelijke fiscale behandeling van juridische en economische eigendoms-overdrachten (financieel-economisch nagenoeg gelijke gevallen) zo snel mogelijk een halt toe te roepen. Ook in de familiale sfeer had de tot dan toe onbelaste economische eigendoms-overdracht namelijk een hoge vlucht genomen. Door de ouderlijke woning tijdens het leven in economische zin en vrij van overdrachtsbelasting over

te dragen aan de kinderen, kon de waardeaan groei tussen het moment van economische overdracht en het tijdstip van overlijden van de langstlevende ouder buiten de heffing van erfrecht worden gehouden. De kinderen waren dan immers al in economische zin gerechtigd tot die woning. Met de genoemde wetswijziging per 31 maart 1995 stortte de markt voor economische eigendomsoverdrachten vrijwel volledig in. Doordat de verkrijger vanaf dat moment direct met overdrachtsbelasting werd geconfronteerd heeft deze constructie zijn aantrekkingskracht verloren. Economische eigendomsoverdrachten die voor genoemde datum hebben plaatsgevonden blijven echter onverkort van kracht. Uit het feit dat de minister in december 2012 nog nadacht over een amnestieregeling voor de overdrachtsbelasting² blijkt bijvoorbeeld dat er nog genoeg oude economen bestaan. Kunnen deze gelukkige belastingplicht-

tigen nu rustig achteroverleunen, genieten van de onbelaste waardeaan-groei en in hun handen wrijven dat zij er die bewuste dag voor 18.00 uur bij waren? Niet helemaal. Er ligt namelijk een fiscaal ongewenst gevolg op de loer wanneer de nalatenschap met daarin de economisch overgedragen onroerende zaak uiteindelijk moet worden verdeeld.

Verdeling van een nalatenschap

Wanneer de langstlevende echtgenoot komt te overlijden zijn in beginsel de kinderen de eerste wettelijk aangewezene erfgenamen. In het geval van de economisch reeds aan de kinderen overgedragen woning zullen zij in beginsel de achtergebleven juridische lege huls verkrijgen. Indien zij allen namelijk besluiten de nalatenschap te aanvaarden dan gaat het vermogen onder algemene titel op hen over. Niet alleen de goederen, maar ook de schulden en de rechtsverhoudingen die aan de erflater kleefden. Vanaf dat moment zijn zij gezamenlijk gerechtigd tot het vermogen van de nalatenschap en ontstaat er tussen hen een bijzondere vorm van gemeenschap.³ Nadat de nalatenschap is vereffend, is deze rijp voor verdeling. Ons Burgerlijk Wetboek kent geen omschrijving van dit begrip, maar artikel 3:182 BW bepaalt dat als een verdeling moet worden aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd, medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen.⁴ De verdeling is aldus een rechtshandeling die ertoe strekt om geheel of ten dele een einde te maken aan de tussen de deelgenoten bestaande gemeenschap. Anders dan bijvoorbeeld een koop ontstaat er bij de verdeling echter geen verbintenis tot overdracht. Voor de overgang van het aan de deelgenoot toebedeelde is nog wel een levering vereist 'op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven'.⁵

Fiscale behandeling van de verdeling van onroerend goed

Bepaalde verkrijgingen worden voor de heffing van overdrachtsbelasting niet aangemerkt als een verkrijging. Dergelijke verkrijgingen worden ook

wel 'uitgezonderde verkrijgingen' genoemd en de verkrijging krachtens een verdeling van een huwelijksgemeenschap of nalatenschap is hier een van. Ingevolge artikel 3 lid 1 sub b WBR is deze verkrijging uitgezonderd van overdrachtsbelasting voor zover de verkrijger als rechtsverkrijgende onder algemene titel was gerechtigd tot de onroerende zaak. Dit lijkt goed nieuws voor de oude econoom. In dit geval lijkt de erfgenaam die reeds de economische eigendom van een onroerende zaak heeft verkregen namelijk wederom heffing van overdrachtsbelasting te kunnen ontlopen. Bij de verdeling van de nalatenschap klinkt het immers aanlokkelijk om de juridische lege huls simpelweg aan de economisch reeds gerechtigde toe te delen, welke verkrijging uitgezonderd is van verdere belasting op rechtsverkeer. Op deze wijze wordt de woning uiteindelijk in twee stappen en vrij van overdrachtsbelasting aan het kind overgedragen. Niets is echter minder waar.

Economische eigendom

Voordat de vinger op de zere plek gelegd zal worden, wil ik eerst nog kort stilstaan bij het begrip 'economische eigendom'. Wat dient hier nu onder te worden verstaan? Bij gelegenheid van de eerder aangehaalde wijziging van diverse belastingwetten in verband met de bestrijding van fiscale constructies met betrekking tot onroerend goed, is in artikel 2 lid 2 WBR een zeer ruime definitie van de economische eigendom ingevoerd:

'Een samenstel van rechten en verplichtingen met betrekking tot (...) onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen, dat een belang bij die zaken of rechten vertegenwoordigt. Het belang omvat ten minste enig risico van waardeverandering en komt toe aan een ander dan de eigenaar of beperkt gerechtigde.'

De hierboven gegeven omschrijving is dermate breed dat de wetgever een alles-of-niets-gedachte lijkt aan te hangen. Worden op de vele makelaarskantoren in ons land nu dagelijks economische eigendomsoverdrachten tot stand gebracht, met alle fiscale gevolgen van dien? Met de ondertekening van een eenvoudige koopovereenkomst (een samenstel van rechten

en verplichtingen) met betrekking tot een onroerende zaak verkrijgt de koper immers ook een belang dat ten minste enig risico van waardeverandering omvat. Omdat dit duidelijk niet de bedoeling is, heeft de wetgever hier enkele jaren later de belangrijke slotzin aan toegevoegd inhoudende dat de verkrijging van uitsluitend het recht op levering niet als een verkrijging van economische eigendom kwalificeert.

Problemen bij de verdeling van de juridische lege huls

Dan nu de afhandeling van de nalatenschap met de oude econoom. Waar de lege juridische huls eenvoudig lijkt toe te delen aan de economisch reeds tot de onroerende zaak gerechtigde erfgenaam, gaat hier een groot gevaar in schuil. Deze handeling is volgens de tweede zin van artikel 3:182 BW namelijk niet een verdeling, aangezien zij strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer deelgenoten en de schuld niet voortspuit uit een verdeling. De erflater is bij de economische eigendomsoverdracht immers ook een verplichting tot levering van het goed aangegaan. Met andere woorden: wat in de vorm wordt gegoten van een verdeling, maar materieel strekt tot nakoming van een door de erflater gesloten koopovereenkomst, is geen verdeling. Een praktijkvoorbeeld waarin een oude econoom is uitgegleden over deze glibberige erfrechtelijke spelregel⁶ kan worden ontleend aan een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.⁷ In deze procedure had de langstlevende ouder in 1992 de economische eigendom van de ouderlijke woning overgedragen aan haar vier kinderen, ieder voor een gelijk deel. Na het overlijden van moeder heeft een van de kinderen de woning gekocht en geleverd gekregen van de overige broers en zus. Ter gelegenheid van deze verkrijging werd aangifte gedaan voor de overdrachtsbelasting naar ¾ van de gehele waarde, daar zij reeds voor ¼ deel gerechtigd was tot de economische eigendom. Naar het oordeel van de rechtbank betrof de handeling hier echter geen verdeling van de door erfrecht verkregen juridische eigendom, maar een akte tot levering van de juridische eigendom. Hiermee werd uitvoering gegeven aan het recht op levering dat

de erfgenaam ontleende aan de oude econoom, hetgeen naar het oordeel van de rechtbank een volledig met overdrachtsbelasting belaste verkrijging tot gevolg had.

Hoewel de in bovenstaand geval verkregen juridische eigendom in feite slechts een lege huls is, vertegenwoordigt deze lege huls voor de overdrachtsbelasting wel degelijk een volledige waarde. Obligatoire verplichtingen die zijn aangegaan met betrekking tot de onroerende zaak, verminderen als regel de waarde van die zaak namelijk niet. Wanneer de verkrijging van juridische eigendom volgt op een eerdere verkrijging van de economische eigendom kan de maatstaf van heffing op grond van het bepaalde in artikel 9 lid 4 WBR wel worden verminderd met het bedrag waarover ter zake van de eerste verkrijging overdrachtsbelasting was verschuldigd, maar dat aftrekbare bedrag zal bij oude economen per slot van rekening nihil zijn.

Conclusie en oplossing

Ondanks het feit dat de wetgever in 1995 heeft geprobeerd een stokje te steken voor de fiscaal voordelige economische eigendomsoverdracht, bestaan er thans nog voldoende oude economen waar men bij het afwickelen van een nalatenschap beducht op

dient te zijn. Dergelijke overdrachten staan niet aangetekend in de kadastrale registratie waardoor deze niet meteen in het oog springen en soms zijn ook de erfgenamen het bestaan van de oude econoom vergeten. Teneinde bij de afwikkeling van een nalatenschap fiscaal ongunstige gevolgen te voorkomen zal men daarom goed op moeten passen en niet moeten vallen voor de op het eerste gezicht aantrekkelijke verdeling van de lege juridische huls.

Wat de juridisch gerechtigde bij de oude econoom in ieder geval niet moet doen is rustig achteroverleunen. Zeker nu de economisch reeds gerechtigde sinds de recente uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch⁸ niet meer met zekerheid kan stellen dat hij bij de overdracht van de economische eigendom van het registergoed tevens het bezit verschaft heeft gekregen, waardoor de koper op grond van verkrijgende verjaring na twintig jaar ook in juridische zin eigenaar zou zijn geworden van het registergoed.⁹ Wil de erflater inspelen op de hierboven besproken problematiek dan biedt de notariële praktijk een reeds beproefde oplossing in de vorm van het voorwaardelijke afstandslegaat. Het voorwaardelijk afstandslegaat omvat een legaat van de juridische lege huls onder de voorwaarde dat

afstand wordt gedaan c.q. is gedaan van het recht op juridische levering. De verkrijging krachtens dit legaat is vrijgesteld van overdrachtsbelasting, omdat het een verkrijging krachtens erfrecht betreft. De daaraan gekoppelde voorwaarde is van belang om ervoor te zorgen dat de leveringsverplichting op grond van de overeenkomst niet zomaar tenietgaat. Hierdoor is er ook geen erfbelasting verschuldigd.

1. *V-N* 1995/1336, nr. 26.
2. Voor een uitgebreide beschouwing zie 'Oude economen nog niet op vrije voeten', *EstateTip Review* 2013, afl. 2.
3. Een nalatenschap is een bijzondere gemeenschap als bedoeld in artikel 3:189 BW.
4. Aldus de eerste zin van artikel 3:182 BW.
5. Artikel 3:186 lid 1 BW.
6. B.M.E.M. Schols, 'Fiscaal-erfrechtelijk nakomen en tenietgaan van voorwaardelijke verbintenissen. Samenloop en (ontlopen van) overdrachtsbelasting en successierecht', *FBN* 2008/21, afl. 4.
7. Rb. Zeeland-West-Brabant 4 april 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:2443.
8. Hof 's-Hertogenbosch 24 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2033.
9. Voor meer hierover zie J.W.A. Biemans, 'Overdracht van economische eigendom en verkrijgende verjaring', *VGR* 2016, afl. 3.