Artikel 12 Successiewet en de verrekening van betaalde schenkbelasting met te betalen erfbelasting

MR. LEONIE STOKKEL[1]

Rechtbank Den Haag[2] heeft zich op 31 juli 2015 uitgesproken over de wijze van verrekening van betaalde schenkbelasting met te betalen erfbelasting. De rechtbank verrekent de betaalde schenkbelasting niet geheel met de nog verschuldigde erfbelasting. De betreffende begiftigde/erfgenaam is hierdoor meer belasting verschuldigd dan wanneer de schenking niet was gedaan.
Hierna behandel ik de casus die heeft geleid tot deze uitspraak, de daarmee samenhangende wettelijke bepalingen en de gevolgen voor de praktijk.

1. Rechtbank Den Haag 31 juli 2015

1.1. Casus

Dochter D heeft in oktober 2013 van haar vader V een bedrag van € 37.500 geschonken gekregen. D heeft hier € 3.235[3] schenkbelasting over betaald. In februari 2014 is V, binnen 180 dagen na de schenking, overleden. De schenking wordt op grond van art. 12 SW als een fictief erfrechtelijke verkrijging aangemerkt. Het erfdeel van D bedraagt € 20.167 en wordt verhoogd met € 37.500, het bedrag van de schenking, zodat de voor de erfbelasting belastbare verkrijging van D € 57.667 bedraagt. De aanslag erfbelasting bedraagt € 3.779.[4]
D en de inspecteur verschillen van mening voor welk bedrag de door D betaalde schenkbelasting in mindering mag worden gebracht op de te betalen erfbelasting. De inspecteur is van mening dat de schenkbelasting slechts voor een bedrag van € 2.458[5] in mindering komt op de erfbelasting. D stelt dat het gehele door haar aan schenkbelasting betaalde bedrag van € 3.235 in mindering komt op de te betalen erfbelasting zodat zij nog een bedrag van € 544 aan erfbelasting verschuldigd zou zijn. Ter onderbouwing van haar standpunt voert zij aan dat:

- in de door de belastingdienst opgestelde toelichting op de aangifte erfbelasting is opgenomen dat schenkingen die de overledene binnen 180 dagen voor het overlijden heeft gedaan, aangemerkt worden als vooruitbetaalde delen van de erfenis en dat eventueel over die schenkingen betaalde schenkbelasting zal worden verrekend met de erfbelasting;
- zij anders in totaal meer belasting moet betalen dan zonder de schenking. D stelt dat het niet redelijk is dat bij haar een belastingnadeel ontstaat van € 777.

1.2. Overwegingen rechtbank

Art. 12 SW bepaalt in lid 1 onder andere dat al wat binnen 180 dagen voorafgegaan aan het overlijden is geschonken door een erflater die ten tijde van dat overlijden in Nederland woonde, voor de regeling van de erfbelasting geacht wordt krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen. In art. 7 lid 2 SW – door art. 12 lid 2 SW van overeenkomstige toepassing verklaard – is opgenomen dat de schenkbelasting die is betaald ter zake van de voor de erfbelasting in aanmerking te nemen waarde in mindering strekt van de verschuldigde erfbelasting.

De rechtbank overweegt dat de schenking als belastbaar feit voor de schenkbelasting blijft bestaan. De wet voorziet wel in een verrekeningsmogelijkheid, maar voor de schenkbelasting geldt nu eenmaal een lagere vrijstelling dan voor de erfbelasting. De wetgever heeft bewust gekozen voor een hogere effectieve belastingdruk op een schenking dan op een erfrechtelijke verkrijging.

[1] Toegevoegd notaris bij Olenz Notarissen te Veenendaal.
[2] Rechtbank Den Haag 31 juli 2015, nr. 15_2521 ERF, ECLI:NL:RBDHA:2015:9396.
[3] (€ 37.500 -/- € 5.141 vrijstelling) x 10%.
[4] (€ 57.667 -/- € 19.868 vrijstelling) x 10%.
[5] € 37.500 / € 57.667 x € 3.779.

In reactie op hetgeen D heeft aangevoerd ter onderbouwing van haar standpunt geeft de rechtbank aan dat met het begrip 'verrekenen' in de toelichting slechts wordt bedoeld dat rekening wordt gehouden met de betaalde schenkbelasting bij het berekenen van de verschuldigde erfbelasting. Dat D nu meer belasting moet betalen dan wanneer niet was geschonken, is een gevolg van het feit dat is gekozen voor het schenken.
De rekenmethode die de inspecteur hanteert leidt ertoe dat D geen erfbelasting betaalt over het schenkingsdeel. De totale verkrijging door D bedraagt € 57.667. Hiervan heeft zij € 37.500 verkregen door de schenking en € 20.167 krachtens erfrecht. Als zij de gehele € 57.667 krachtens erfrecht had verkregen, had zij een bedrag van € 3.779[6] aan erfbelasting betaald. Dit bedrag aan erfbelasting wordt door de inspecteur naar verhouding toegerekend aan het geschonken bedrag en het geërfde bedrag. Het deel dat wordt toegerekend aan het geschonken bedrag bedraagt € 2.458[7] en mag in mindering worden gebracht op het bedrag aan erfbelasting over de totale verkrijging van € 57.667. Het bedrag dat D nu nog moet betalen bedraagt € 1.321[8] en is gelijk aan de erfbelasting verschuldigd over het geërfde bedrag.[9]

2. Artikel 12 Successiewet

2.1. Doel en voorwaarden

Doel van art. 12 SW is voorkomen dat belasting wordt ontgaan door kort voor het overlijden schenkingen te doen.

Art. 70 SW 1859 was de voorloper van het huidige art. 12 SW. Bij de invoering van dit artikel in 1917 merkte de regering ter toelichting op: "*Door de ééne verkrijging (door overlijden) te splitsen in twee (door schenking èn overlijden) wordt minder belasting betaald, omdat de progressie niet ten volle wordt toegepast. Bovendien zijn de vrijstellingen voor schenkingen veel ruimer dan die voor verkrijgingen bij erfenis of legaat.*
Om benadeling van de schatkist te voorkomen is daarom bij dit artikel bepaald, dat alle schenkingen, gedaan binnen 180 dagen, aan het overlijden voorafgegaan, als legaten worden beschouwd."[10]

De tarieven voor de schenk- en erfbelasting zijn gelijk. Belasting kan worden ontgaan door gebruik te maken van de vrijstellingen voor de schenk- en de erfbelasting. Door het doen van een schenking kan tweemaal, bij de schenking en bij het overlijden, van een vrijstelling worden geprofiteerd. Belastingbesparing is ook mogelijk als de erfrechtelijke verkrijging door de schenking niet meer in de hogere tariefschijf van 20%, 36% of 40% valt.
Art. 12 SW is alleen van toepassing als de schenker ten tijde van het overlijden in Nederland woonde. De woonplaatsficties van art. 2 en 3 SW zijn ook hier van toepassing.

Tot de invoering van art. 12 SW bepaalde art. 70 SW 1859 het volgende: *"Al wat binnen 180 dagen, aan het overlijden voorafgegaan, door schenkingen is onttrokken aan den boedel van een ingezetene des Rijks, wordt, voor de regeling van het regt van successie, geacht bij overlijden in diens boedel te zijn en bij legaat door den bevoordeelde te zijn verkregen. Wegens deze verkrijging is geen recht van schenking verschuldigd; (…)."*[11]

Onder deze bepaling kwam de over de schenking verschuldigde schenkbelasting[12] geheel te vervallen. De schenking werd als een fictief erfrechtelijke verkrijging bij de nalatenschap geteld en uitsluitend belast met erfbelasting.[13]

Nog langer geleden, vóór 1917, waren schenkingen in het geheel niet belast. De fictiebepaling

[6] (€ 57.667 -/- € 19.868 vrijstelling) x 10%.
[7] € 37.500 / € 57.667 x € 3.779.
[8] € 3.779 -/- € 2.458.
[9] € 20.167 / € 57.667 x € 3.779.
[10] PHR 17 september 2008, ECLI:NL:PHR:2009:BF3840, punt 4.4 (geciteerd door Sprenger van Eyk, *De wetgeving op het recht van successie van overgang en van schenking*, zevende druk, Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage 1930, p. 688).
[11] PHR 17 september 2008, ECLI:NL:PHR:2009:BF3840, punt 4.3.
[12] Destijds: schenkingsrecht.
[13] Destijds: successierecht.

had daardoor destijds een veel verder strekkende werking. Zonder deze bepaling zou er over het geschonken bedrag geen belasting verschuldigd zijn.[14]

Art. 12 SW geldt ongeacht of het overlijden van de schenker binnen 180 dagen na het doen van de schenking voorzienbaar of onvoorzienbaar was. Het artikel gaat uit van het vermoeden dat de schenking is gedaan teneinde de uiteindelijk verschuldigde erfbelasting te verminderen. Na het overlijden hoeft daardoor niet te worden nagegaan wat het (hoofd)motief van de schenking was.[15]

2.2. Uitzonderingen

In art. 12 lid 3 SW is een aantal uitzonderingen opgenomen, zoals de schenking waarvoor de verhoogde vrijstelling geldt[16] en de schenking die heeft gestrekt tot voldoening aan een natuurlijke verbintenis als bedoeld in art. 6:3 BW.[17]
Over de schenking waarvoor de verhoogde vrijstelling geldt, is de verkrijger derhalve geen schenkbelasting en geen erfbelasting verschuldigd, hierdoor is ook geen verrekening mogelijk.
Art. 12 SW geldt ook niet als de begiftigde vóór de schenker is overleden.[18]

2.3. Werking

In art. 12 lid 2 SW wordt art. 7 lid 2 SW van overeenkomstige toepassing verklaard. Hierdoor wordt de betaalde schenkbelasting verrekend met de verschuldigde erfbelasting, maar niet verder dan tot nihil.
Voor de berekening van de schenkbelasting wordt uitgegaan van de waarde ten tijde van de schenking. Als de waarde ten tijde van het overlijden lager is, is meer schenkbelasting verschuldigd dan erfbelasting. De verrekening kan niet leiden tot teruggave van betaalde schenkbelasting.
Is de schenker gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen, dan valt bij diens overlijden de helft van de waarde van het geschonkene onder art. 12 SW. De helft van de betaalde schenkbelasting kan dan worden verrekend.[19]

De Hoge Raad[20] heeft 10 april 2009 uitspraak gedaan over art. 12 SW en daarbij aangegeven dat:
- art. 12 SW ook van toepassing is wanneer de schenker de schenking heeft gedaan op een moment waarop hij (langer dan tien jaar) in het buitenland woonde, vervolgens naar Nederland is verhuisd en binnen 180 dagen na het doen van de schenking is overleden. Hierdoor kan Nederland alsnog belasting heffen over een schenking waarover ten tijde van het doen van de schenking geen Nederlandse schenkbelasting verschuldigd was;
- de begiftigde voor toepassing van art. 12 SW geen erfgenaam of legataris van de schenker hoeft te zijn.

3. Gevolgen voor de praktijk

Bij een schenking is het belangrijk dat voorlichting wordt gegeven over de werking en de mogelijke gevolgen van art. 12 SW.
De schenker en de begiftigde moeten op de hoogte zijn van deze bepaling en de werking hiervan, zodat zij een weloverwogen besluit kunnen nemen omtrent het wel of niet of anders uitvoeren van de geplande schenking.
Bij het doen van de schenking kan uitgerekend worden of een overlijden binnen 180 dagen mogelijk een nadeel oplevert. Hierbij dient natuurlijk wel een inschatting te kunnen worden gemaakt van het saldo van de nalatenschap van de schenker / toekomstig erflater. Omdat hiervoor niet meer dan 180 dagen in de toekomst hoeft te worden gekeken zal dit in de meeste situaties, buiten onvoorziene omstandigheden en rekening houdend met eventuele keuzes die de langstlevende op basis van het testament kan maken, geen al te moeilijke opgave zijn.

[14] PHR 17 september 2008, ECLI:NL:PHR:2009:BF3840, punt 5.12 (afgeleide bron: Van Mens, *Schenking*, Kluwer, Deventer 1985, p. 215).
[15] PHR 17 september 2008, ECLI:NL:PHR:2009:BF3840, punt 5.7 (afgeleide bron: Van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijk verkrijgingen in de Successiewet 1956*, FM100, Kluwer, Deventer 2002, p. 185).
[16] Art. 33 sub 5° SW.
[17] Art. 33 sub 12° SW.
[18] PHR 17 september 2008, ECLI:NL:PHR:2009:BF3840, punt 5.7.
[19] Martens en Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2015, par. 5.8.
[20] HR 10 april 2009, nr. 07/11724, ECLI:NL:HR:2009:BF3840.

Art. 12 SW geldt in principe voor alle schenkingen. In de praktijk heeft men echter voornamelijk van doen met schenkingen van ouders aan kinderen. Betreft het een schenking waarbij, voor de gehele schenking, een beroep wordt gedaan op de verhoogde vrijstelling van art. 33 sub 5° of 6° SW, dan is art. 12 SW niet van toepassing.

De meest voorkomende schenking is de schenking van het jaarlijks vrijgestelde bedrag. De toepassing van art. 12 SW zal bij deze schenking alleen tot gevolg hebben dat de schenking voor niets is gedaan. Door het overlijden binnen 180 dagen vervalt feitelijk de schenkbelastingvrijstelling. Doordat de begiftigde geen schenkbelasting verschuldigd was, is hier sprake van 'no gain, no pain'.
Dit laatste is anders indien niet alleen het van schenkbelasting vrijgestelde bedrag wordt geschonken, maar een hoger bedrag waarvoor geen beroep wordt gedaan op de vrijstelling van art. 33 sub 5° of 6° SW, zoals in de casus van de hiervoor besproken uitspraak.

Overigens is het niet in alle gevallen zo dat de begiftigde meer belasting verschuldigd is door de toepassing van art. 12 SW dan wanneer de schenking niet was gedaan. Is de erfbelasting, berekend volgens de methode van de belastinginspecteur, over het bedrag van de schenking hoger dan het bedrag dat door de begiftigde is betaald aan schenkbelasting, dan is in principe geen sprake van een nadeel. Wel was de begiftigde minder belasting verschuldigd als art. 12 SW niet van toepassing was geweest, maar de schenking levert nog steeds in meer of mindere mate een voordeel op.
Het omslagpunt ligt ongeveer op een kwart van de totale erfrechtelijke verkrijging, 26,33% om precies te zijn. Dit komt doordat het van schenkbelasting vrijgestelde bedrag[21] 26,33% bedraagt van het bedrag van de erfbelastingvrijstelling.[22] Een schenking die procentueel hoger is dan 26,33% van het uiteindelijk met erfbelasting belaste bedrag (erfdeel vermeerderd met fictief erfrechtelijke verkrijging) pakt nadelig uit. De totaal verschuldigde belasting is dan hoger dan zonder de schenking het geval zou zijn geweest.

Bij een schenking lager dan genoemd percentage van 26,33% ontstaat, ondanks toepassing van art. 12 SW, nog altijd een belastingvoordeel. Bij een schenking van 26,33% speelt men quitte.

Stel dat schenker/erflater een vermogen heeft van € 100.000 en één kind. Hij schenkt dit kind een bedrag van € 27.000. Het kind betaalt hierover € 2.169 schenkbelasting. Vervolgens overlijdt schenker/erflater binnen 180 dagen na de schenking. Het erfdeel van het kind bedraagt € 73.000 verhoogd met een fictief erfrechtelijke verkrijging van € 27.000, oftewel € 100.000. De schenking bedroeg dus 27% van de totale erfrechtelijke verkrijging. Over de totale erfrechtelijke verkrijging is het kind € 7.985 erfbelasting verschuldigd. De erfbelasting die het kind verhoudingsgewijs verschuldigd is over het bedrag van de schenking, zijnde een bedrag van € 2.156, mag hiervan worden afgetrokken zodat het kind nog een bedrag van € 5.829 aan erfbelasting moet betalen. Vermeerderd met de al betaalde schenkbelasting is dit een totale belasting van € 7.998. Een hoger bedrag dan het kind aan belasting had betaald zonder de schenking.

Had de schenker/erflater een bedrag van € 26.000 geschonken (26% van de totaal erfrechtelijke verkrijging), dan had het kind € 2.069 schenkbelasting betaald en mag een bedrag van € 2.076 afgetrokken worden van de verschuldigde erfbelasting. Het kind betaalt in totaal € 7.978 belasting. Een lager bedrag dan zonder de schenking.

Interessant is de vraag hoe de inspecteur aankijkt tegen een totale erfrechtelijke verkrijging (erfdeel vermeerderd met de fictief erfrechtelijke verkrijging) die deels belast is tegen 20% erfbelasting. Wordt dan dezelfde rekenmethodiek gehanteerd ((schenking / totale erfrechtelijke verkrijging) x verschuldigde erfbelasting)? Of vindt er een splitsing plaats, waarbij het geschonken bedrag naar verhouding wordt verrekend met enerzijds het gedeelte van de erfbelasting dat met 10% is berekend en anderzijds het gedeelte dat met 20% is berekend?

[21] € 5.304.
[22] € 20.148.

Het oude systeem van art. 70 SW 1859 was rechtvaardiger dan het huidige systeem. Onder het oude systeem werden schenkingen die onder de werking van art. 12 SW vielen immers vrijgesteld van schenkbelasting. Hierdoor was over de schenking die door het overlijden een fictief erfrechtelijke verkrijging was geworden alleen erfbelasting verschuldigd.
In navolging van Van Vijfeijken ben ik van mening dat het juist zou zijn om terug te keren naar dit systeem zodat geen sprake kan zijn van een belastingnadeel bij de begiftigde.[23] De tegenhanger hiervan is dat bij een overlijden binnen 180 dagen ook nooit een belastingvoordeel zoals hiervoor aangegeven kan worden gerealiseerd. De schenking wordt dan immers als fictief erfrechtelijke verkrijging uitsluitend belast met erfbelasting, waardoor de te betalen belasting hetzelfde is als zonder de schenking het geval zou zijn geweest.

4. Conclusie

Wanneer de schenker binnen 180 dagen na de schenking overlijdt, heeft dit mogelijk tot gevolg dat de begiftigde meer belasting (schenkbelasting en erfbelasting) verschuldigd is dan zonder de schenking het geval zou zijn geweest.
Of dit zo is moet per situatie worden bekeken en uitgerekend. Het is belangrijk dat schenker en begiftigde op de hoogte zijn van de mogelijke belastingconsequenties van een overlijden binnen 180 dagen na de schenking.
Een terugkeer naar het oude systeem, waarbij de schenkbelasting in het geheel komt te vervallen bij een overlijden binnen 180 dagen na de schenking, is rechtvaardiger en zou de voorkeur verdienen. Overlijdt de schenker binnen 180 dagen dan is geen belastingvoordeel, maar ook geen belastingnadeel gerealiseerd.

[23] Van Vijfeijken, ‘Enkele actualiteiten op het terrein van de Successiewet’, Circulaire (Magazine van Tilburgse Fiscalisten Vereniging “De Smeetskring”), 26 november 2015.