

# **Artikel 10 Successiewet 1956**

*Een onderzoek naar knelpunten en de toekomst van artikel 10 Successiewet 1956*

Naam: Jordi Post

Studentnummer: 433945

Begeleider: Mr. T.C. Hoogwout

Tweede beoordelaar: Dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk

Datum definitieve versie: 25-02-2021

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

## Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen .....	5
Hoofdstuk 1: Inleiding .....	6
1.1 Aanleiding.....	6
1.2 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie .....	7
1.3 Probleemstelling en deelvragen.....	8
1.4 Structuur.....	9
Hoofdstuk 2: Artikel 10 SW 1956 .....	10
2.1 Inleiding .....	10
2.2 Wetsgeschiedenis.....	11
2.3 Artikel 10 SW 1956 .....	12
2.3.1 Artikel 10, lid 1 SW 1956 .....	12
2.3.1.1 Ten koste van het vermogen van de erflater .....	12
2.3.1.2 In verband met een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen .....	13
2.3.1.3 Erflater of diens echtgenoot.....	14
2.3.1.4 Goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven.....	14
2.3.1.5 Tot aan zijn overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip.....	16
2.3.1.6 Een vruchtgebruik of een periodieke uitkering.....	16
2.3.2 Artikel 10, lid 2 SW 1956 .....	16
2.3.2.1 Koopsom en (gedeeltelijk) kwijtgescholden bedragen .....	17
2.3.2.2 Vruchtgebruik en periodieke uitkeringen .....	19
2.3.3 Artikel 10, lid 3 SW 1956 .....	20
2.3.4 Artikel 10, lid 4 SW 1956 .....	20
2.3.5 Artikel 10, lid 5 SW 1956 .....	21
2.3.6 Artikel 10, lid 6 SW 1956 .....	22
2.3.7 Artikel 10, lid 7 SW 1956 .....	23
2.3.8 Artikel 10, lid 8 SW 1956 .....	24
2.3.9 Artikel 10, lid 9 SW 1956 .....	25
2.4 Deelconclusie.....	25
Hoofdstuk 3: Toepassing van artikel 10 SW 1956 onder het wettelijke en testamentaire erfrecht ....	26
3.1 Inleiding .....	26
3.2 De wettelijke verdeling.....	26
3.3 De ouderlijke boedelverdeling .....	28
3.4 Klassiek vruchtgebruiktestament .....	31
3.5 Flexibel keuzetestament .....	32

3.6	Verdeling nalatenschap samenwonende partners en (stief)kinderen.....	33
3.7	Quasi-wettelijke verdeling.....	34
3.8	Legaat volle eigendom schuldig blijven inbreng .....	36
3.9	Turbotestament.....	36
3.10	Superturbotestament.....	38
3.11	Vooroverlijden verrichter rechtshandeling .....	39
3.12	Schenking op papier .....	39
3.13	Deelconclusie.....	42
Hoofdstuk 4: Het ik-opa-testament met last of legaat .....		44
4.1	Inleiding .....	44
4.2	Het klassieke ik-opa-testament.....	44
4.2.1	Samenhang met artikel 10 SW 1956 .....	47
4.2.2	Voorbeeld klassiek ik-opa-testament.....	48
4.3	Het ik-opa-legaat en samenhang met artikel 10 SW 1956.....	51
4.3.1	Rechtbank Den Haag 19 juni 2018 .....	53
4.3.2	Hoge Raad 22 november 2019 .....	54
4.4	Verschil behandeling tussen het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat.....	54
4.4.1	Schoenmaker .....	54
4.4.2	Van Vijfeijken en Vegter .....	55
4.4.3	Schols.....	56
4.4.4	Brinkman .....	56
4.4.5	Eigen mening .....	57
4.5	Afsluitende opmerking .....	58
4.6	Deelconclusie.....	58
Hoofdstuk 5: Afschaffen of behouden artikel 10 SW 1956.....		60
5.1	Inleiding .....	60
5.2	Huidige vormgeving artikel 10 SW 1956 .....	61
5.3	Quasi-legatenregeling .....	63
5.3.1	Voordelen .....	65
5.3.2	Nadelen .....	65
5.3.3	Oordeel.....	65
5.4	Werkgroep Moltmaker .....	66
5.4.1	Voordelen .....	67
5.4.2	Nadelen .....	67
5.4.3	Oordeel.....	68
5.5	Mijn voorkeursalternatieven.....	68

5.5.1 Alternatief 1: Geheel aansluiten bij de economische verkrijger .....	68
5.5.1.1 Voordelen .....	70
5.5.1.2 Nadelen .....	71
5.5.1.3 Oordeel.....	71
5.5.2 Alternatief 2: Uitgaan van de waarde in het economische verkeer bij waardering bloot eigendom en vruchtgebruik .....	71
5.5.2.1 Voordelen .....	73
5.5.2.2 Nadelen .....	73
5.5.2.3 Oordeel.....	74
5.5.3 Alternatief 3: Behouden artikel 10 SW 1956 met enkele aanpassingen.....	74
5.5.3.1 Aanbeveling 1: Sluit aan bij een marktconform interestpercentage in plaats van het huidige percentage van 6% .....	74
5.5.3.2 Aanbeveling 2: Uitgegaan moet worden van een samengestelde rente in plaats van een enkelvoudige rente voor artikel 7 lid 3 SW 1956 .....	74
5.5.3.3 Aanbeveling 3: De levenstabel van artikel 5 Uitvoeringsbesluit SW 1956 moet bijgewerkt worden en een onderscheid moet gemaakt worden tussen mannen en vrouwen	75
5.5.3.4 Aanbeveling 4: Artikel 7 lid 1 SW 1956 moet een negatieve verkrijging op grond van artikel 10 SW 1956 toestaan .....	75
5.5.3.5 Aanbeveling 5: Schaf artikel 10, lid 4 onderdeel a SW 1956 af.....	75
5.5.3.6 Afsluitende opmerking .....	75
5.6 Conclusie .....	75
Hoofdstuk 6: Conclusie.....	77
6.1 Inleiding.....	77
6.2 Samenvatting en conclusie.....	77
Literatuurlijst .....	82
Boeken.....	82
Artikelen .....	82
Jurisprudentie.....	84
Kamerstukken.....	85
Besluiten en mededelingen.....	86
Overig .....	86

## Lijst van afkortingen

BNB	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
FF	Forfaitair
FTV	Civiel en Fiscaal Tijdschrift Vermogen
HR	Hoge Raad
KWEP	Kwartaalbericht Estate Planning
NTRF	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
SW 1859	Successiewet 1859
SW 1956	Successiewet 1956
VFP	Vakblad Financiële Planning
V-N	Vakstudie Nieuws
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

# Hoofdstuk 1: Inleiding

## 1.1 Aanleiding

Heffingen vergelijkbaar met de Successiewet 1956 (hierna SW 1956) kunnen al aangetroffen worden in het oude Egypte. Sinds deze tijd zijn logischerwijs veel aanpassingen geweest in de manieren hoe soortgelijke belastingen geheven worden. De meest recentelijke grote verandering in de Nederlandse SW 1956 vond plaats op 1 januari 2010. Voorafgaand aan deze wijziging ontstonden vele discussies in de literatuur over hoe de nieuwe SW 1956 eruit zou moeten zien. Een voorbeeld van een dergelijke discussie kan gevonden worden in het te hanteren rentepercentage bij een schenking onder schuldigerkenning.<sup>1</sup> De mening van sommige auteurs was dat aangesloten moest worden bij het rentepercentage van artikel 10 Uitvoeringsbesluit SW 1956. Andere auteurs vonden daarentegen dat een rente plausibel was zolang deze niet meer dan 25% onder het tarief ligt dat een zakelijke partij, zoals bijvoorbeeld een bank, zou hanteren in een dergelijk geval. In de literatuur werden ook extremere maatregelen besproken. Zo waren sommige auteurs van mening dat de SW 1956 afgeschaft zou moeten worden, dit onder meer vanwege de magere opbrengsten (± €2 miljard).<sup>2</sup> Afschaffen van de SW 1956 was volgens de wetgever echter geen optie. De belangrijkste beginselen van de SW 1956 zijn het beginsel van bevoorrechte verkrijging en het draagkrachtbeginsel. Als argument voor de SW 1956 was de staatssecretaris dan ook het volgende van mening: ‘Wat de rechtsgrond betreft is vooral de gedachte doorslaggevend dat het gerechtvaardigd is belasting te heffen over vermogen dat iemand zomaar, zonder het leveren van inspanning is toegevalen. Daarin kunnen zowel de vermeerdering van draagkracht als de bevoorrechte verkrijging als rechtvaardigingsgronden worden onderscheiden.’<sup>3</sup>

Per 1 januari 2010 zijn aanzienlijke veranderingen doorgevoerd in de SW 1956. Deze veranderingen troffen ook de fictiebepaling van artikel 10 SW 1956. Artikel 10 SW 1956 is een fictiebepaling die ziet op rechtshandelingen waarbij de erflater volle eigendom heeft omgezet in een periodieke uitkering of in een vruchtgebruik tijdens zijn leven. Het doel van de veranderingen in artikel 10 SW 1956 was belastingontwijking of belastingbesparing tegen te gaan<sup>4</sup> en het doel van artikel 10 SW 1956 nadrukkelijker in de wettekst te verwerken.<sup>5</sup>

In de praktijk blijven echter onduidelijkheden en discussies ontstaan over de toepassing van artikel 10 SW 1956 na 1 januari 2010. Een voorbeeld van een dergelijke onduidelijkheid kan gevonden worden in de verhouding tussen artikel 10, lid 5 SW 1956 en de quasi-wettelijke verdeling. Artikel 10, lid 5 SW 1956 bevat een uitzondering van de toepassing van artikel 10 SW 1956 voor verdelingshandelingen waarbij sprake is van verdeling van het volle eigendom. Deze uitzondering heeft ook betrekking op de rentebijbeschrijving.<sup>6</sup> Naar de mening van Van Vijfeijken is dit echter niet af te leiden uit de tekst van artikel 10, lid 5 SW 1956 en zou deze rechtsonzekerheid moeten worden opgeheven.<sup>7</sup>

Het ik-opa testament is een ander punt waarover recentelijk veel jurisprudentie en vakliteratuur verschenen is. Tot en met het arrest van de Hoge Raad (hierna HR), gewezen op 19 juni 2009<sup>8</sup>, was het onduidelijk of het ik-opa testament onder het bereik van artikel 10 SW 1956 viel. Naar aanleiding van dit arrest kon geoordeeld worden dat het ik-opa testament onder het bereik van artikel 10 SW 1956

---

<sup>1</sup> S.O Bijvank, *‘Dient de nieuwe Successiewet zich meer aan te sluiten bij de economische werkelijkheid?’*, FF 2008/187-03.

<sup>2</sup> Dit werd onder meer besproken in J.W. Zemmer, *‘De Successiewet op de schop’*, WPNR 2008/6757.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 6.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 19.

<sup>5</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 30.

<sup>6</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 68, p. 2.

<sup>7</sup> I.J.F.A van Vijfeijken, *‘De verdeling van een nalatenschap en art. 10, vijfde lid Successiewet’*, WPNR 2010/6835.

<sup>8</sup> HR 19 juni 2009, nr. 08/01165, NTFR 2009/1427.

viel. In de parlementaire behandeling is dit arrest meegenomen waarna geoordeeld werd dat het klassieke ik-opa-testament nog steeds onder artikel 10, lid 1 SW 1956 viel. Met betrekking tot het legaat ontstond echter een onduidelijkheid. Om deze onduidelijkheid te verhelpen werd per 1 januari 2010 artikel 10, lid 9 SW 1956 ingevoerd. In de praktijk was echter kritiek op het onderbrengen van de last onder lid 1 en het legaat onder lid 9. Recentelijk heeft de HR een arrest gewezen over dit onderwerp waarbij geoordeeld werd dat het ik-opa testament met legaat in deze kwestie onder artikel 10, lid 9 hoorde te vallen.<sup>9</sup> Over het verschil in behandeling tussen een ik-opa-lastbepaling en een ik-opa-legaat liet de HR zich echter niet uit in deze zaak.

Een ander discussiepunt is het rentepercentage bepaald in artikel 10, lid 3 SW 1956 (waarbij verwezen wordt naar artikel 21, lid 14 SW 1956). Dit rentepercentage staat nu vast op 6% ongeacht de geldige omstandigheden. Afgevraagd kan worden of meer aansluiting gezocht moet worden bij de economische realiteit. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het goedkeuren van elk rentepercentage zolang het rentepercentage zakelijk is. Hierdoor zou een lager rentepercentage dan 6% onder bepaalde omstandigheden ook toegepast kunnen worden. In de huidige markt zou dit betekenen dat zelfs eventueel een klein negatief rentepercentage mogelijk zou kunnen zijn. Het accepteren van negatieve rentepercentages kan bijvoorbeeld al worden waargenomen bij de huidige negatieve rente op staatsobligaties. Op het moment van schrijven<sup>10</sup> geldt voor een staatsobligatie met een looptijd van 30 jaar een negatief rentepercentage van 0,14%.<sup>11</sup> Voor staatsobligaties met een kortere looptijd gelden zelfs nog lagere rentepercentages. Over het algemeen kan de rente op een staatsobligatie een goede indicatie geven van een zakelijk rentepercentage bij een schuldigerkenning. Een negatief rentepercentage zou in deze tijd dus niet ondenkbaar zijn.

Tenslotte heerst in de literatuur nog steeds een discussie over de huidige vorm van artikel 10 SW 1956. Zo zijn sommige auteurs van mening dat artikel 10 SW 1956 alleen nog te begrijpen valt wanneer het beschouwd wordt als een boedelbelasting.<sup>12</sup> De boedelbelasting komt niet overeen met het huidige karakter van de Nederlandse SW 1956, aangezien deze namelijk het karakter van een verkrijgersbelasting heeft. In de literatuur zijn vandaar enkele alternatieven besproken voor het huidige artikel 10 SW 1956.

## 1.2 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie

De uitkomsten van deze scriptie zullen op zowel maatschappelijk als wetenschappelijk niveau relevant zijn. Met betrekking tot het maatschappelijk vlak kan het bijdragen aan de geloofwaardigheid van de SW 1956. Maatschappelijk gezien wordt de erfbelasting beschouwd als een onrechtvaardige heffing.<sup>13</sup> Als argument hiervoor wordt vaak gegeven dat het onterecht is dat belasting geheven wordt over een vermogen waarover al meerdere keren belasting geheven is. In mijn optiek is deze zienswijze echter incorrect. De erfbelasting wordt immers geheven aan de kant van de verkrijger en niet aan de kant van de erflater. Van dubbele heffing kan vandaar geen sprake zijn. Daarnaast leidt de nalatenschap tot een toename van draagkracht bij de verkrijger, waardoor een heffing op grond van het draagkrachtbeginsel gerechtvaardigd is naar mijn mening. Toch is het belangrijk om rekening te houden met het maatschappelijk draagvlak voor een erfbelasting. In landen zoals Oostenrijk, Zweden en Canada is de successiewetgeving afgeschaft, omdat de geloofwaardigheid van deze belasting afnam. Dit kwam onder andere doordat de heffing niet meer aansloot bij de veranderende maatschappelijke

---

<sup>9</sup> HR 22 november 2019, nr. 18/03218, V-N 2019/57.13.

<sup>10</sup> 28 februari 2020

<sup>11</sup> Geraadpleegd via <https://www.iex.nl/Rente-Koers/190185839/Nederland-30-jaar.aspx>.

<sup>12</sup> I.J.F.A van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: *Cursus Belastingrecht S&E 5.5.0.I*, Deventer: Wolters Kluwer.

<sup>13</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld P. de Beer, J. van den Meer, J. Plantenga en W. Salverda (red), *Voor wie is de erfenis? Over vrijheid, gelijkheid en familiegevoel*, Van Gennep, Amsterdam 2018, p. 11 en C.G. Dijkstra, 'Dubbele belasting door samenloop van inkomsten en successiebelasting?', *WPNR* 2008/6757, p. 442.

omgeving.<sup>14</sup> In deze scriptie wordt onderzocht of artikel 10 SW 1956 meer aansluiting moet zoeken bij de economische realiteit en vandaar kunnen de resultaten van deze scriptie een bijdrage leveren aan de geloofwaardigheid van de SW 1956.

Een probleem onder het huidige artikel 10 SW 1956 is daarnaast dat mogelijk dubbele heffing kan ontstaan bij de verkrijger voor alle rechtsfiguren die gebracht worden onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956. In het geval van een ik-opa testament bijvoorbeeld zijn de kleinkinderen belasting verschuldigd over de volledige waarde van hun vordering op het moment van overlijden van langstlevende ouder. Hierdoor ontstaat een dubbele heffing, doordat de kleinkinderen tevens belasting verschuldigd waren over de contante waarde van de vordering op het moment van overlijden van opa. Door de werking van artikel 10 SW 1956 ontstaat een dubbele heffing bij de verkrijger (de kleinkinderen) terwijl de besparing van erfbelasting gerealiseerd wordt bij de langstlevende ouder. Reparatiewetgeving (belastingheffing) zou vandaar eigenlijk gericht moeten zijn op de langstlevende ouder, omdat daar de besparing van erfbelasting wordt gerealiseerd.<sup>15</sup> Geoordeeld vanuit het perspectief van een boedelbelasting valt het voorgaande te verdedigen, echter het huidige karakter van de Nederlandse SW 1956 is die van een verkrijgersbelasting. In mijn optiek moet beoordeeld worden of sprake is van een daadwerkelijke toename in beschikkingsmacht. In het voorgaande voorbeeld zou dit betekenen dat bij het overlijden van opa geen belasting verschuldigd is bij het kleinkind over de vordering die hij of zij verkrijgt. De langstlevende ouder is daarentegen wel belasting verschuldigd over het vermogen dat verkregen wordt. Op het moment van overlijden van langstlevende ouder wordt vervolgens pas belasting geheven bij het kleinkind, immers vindt dan een toename van beschikkingsmacht plaats bij het kleinkind. In deze scriptie wordt onder andere dit alternatief op het huidige artikel 10 SW 1956 onderzocht waarbij bekeken wordt of onder de gevonden alternatieven een waardige vervanger zit voor het huidige artikel 10 SW 1956

Met betrekking tot het wetenschappelijk vlak kan deze scriptie een bijdrage leveren aan het waarnemen van onduidelijkheden omtrent artikel 10 SW 1956 en tegelijkertijd mogelijke handvaten geven om deze onduidelijkheden op te lossen. Tevens kan deze scriptie een bijdrage leveren aan de wetenschappelijke discussie die gaande is met betrekking tot het huidige karakter van artikel 10 SW 1956 en of artikel 10 SW 1956 aangepast moet worden.

### 1.3 Probleemstelling en deelvragen

In deze masterscriptie staat artikel 10 SW 1956 centraal. Onderzocht gaat worden wat mogelijke knelpunten zijn bij de toepassing van artikel 10 SW 1956 en hoe deze mogelijke knelpunten opgelost zouden kunnen worden. Tevens wordt onderzocht of artikel 10 SW 1956 wellicht beter vervangen of afgeschaft moet worden. Naar deze problemen wordt onderzoek gedaan aan de hand van de volgende probleemstelling:

*‘Wat zijn mogelijke knelpunten en mogelijke oplossingen van deze knelpunten bij de toepassing van artikel 10 SW 1956 en zou artikel 10 SW 1956 wellicht afgeschaft of vervangen moeten worden?’*

Met behulp van een viertal deelvragen wordt naar een antwoord gezocht op deze probleemstelling.

1. In welke gevallen is artikel 10 SW 1956 van toepassing bij het wettelijke of testamentaire erfrecht en wat zijn mogelijke knelpunten die kunnen ontstaan voor de toepassing van artikel 10 SW 1956 bij het wettelijke of testamentair erfrecht?
2. Wat houden een klassiek ik-opa-testament en een ik-opa-legaat in en is het verschil in fiscale behandeling tussen de twee testamentsvormen gerechtvaardigd?

---

<sup>14</sup> I.J.F.A van Vijfeijken, ‘Heffing van successierecht over onderbedelingsvorderingen: aanknopen bij de economische realiteit’, WFR 2008/30.

<sup>15</sup> In gelijke zin I.J.F.A van Vijfeijken, *Wetsvoorstel 31 930: Gebrek aan visie*, WFR 2009/6829.



3. Zou artikel 10 SW 1956 afgeschaft of behouden moeten worden en wat zijn mogelijke alternatieven voor artikel 10 SW 1956?
4. Moet artikel 10 SW 1956 meer aansluiting zoeken bij de economische realiteit?

#### 1.4 Structuur

Deze masterscriptie zal, met behulp van literatuur, antwoorden zoeken op de gestelde deelvragen zodat een eindantwoord gegeven kan worden op de probleemstelling. Allereerst staat in hoofdstuk 2 de achtergrond van artikel 10 SW 1956 centraal. Tevens wordt besproken hoe artikel 10 SW 1956 in zijn algemeenheid toegepast moet worden. Hoofdstuk 3 behandelt de eerste deelvraag. Onderzocht wordt in welke gevallen artikel 10 SW 1956 van toepassing is bij het wettelijke of testamentaire erfrecht. Daarnaast wordt besproken wat mogelijke knelpunten zijn bij de toepassing van artikel 10 SW 1956 met betrekking tot het wettelijke of testamentaire erfrecht en worden mogelijke oplossingen gegeven voor deze knelpunten. Dit wordt gedaan aan de hand van leidende vakliteratuur en jurisprudentie. Opgemerkt moet worden dat hoofdstuk 3 het ik-opa testament niet bespreekt. Hiervoor is gekozen omdat het ik-opa testament uitgewerkt wordt in hoofdstuk 4. Vandaar dat in hoofdstuk 4 de tweede deelvraag centraal staat. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van jurisprudentie en vakliteratuur onderzocht wat een klassiek ik-opa-testament en een ik-opa-legaat inhouden en hoe de samenhang met artikel 10 SW 1956 uitwerkt. Daarnaast wordt onderzocht of het verschil in fiscale behandeling tussen de twee testamentsvormen gerechtvaardigd is. In hoofdstuk 5 wordt allereerst de derde deelvraag uitgewerkt, namelijk de kwestie of artikel 10 SW 1956 afgeschaft of behouden moet worden. Hierbij wordt onder andere ingegaan op mogelijke alternatieven voor het huidige artikel 10 SW 1956. Daarnaast wordt in het laatste deel van het hoofdstuk de vierde deelvraag behandeld. Hoofdstuk 6 is het slot van de masterscriptie. Allereerst wordt samengevat wat de belangrijkste bevindingen zijn uit de deelvragen. Aan de hand van deze bevindingen wordt een eindantwoord geformuleerd op de probleemstelling. Tenslotte worden nog aanbevelingen gegeven omtrent artikel 10 SW 1956.

## Hoofdstuk 2: Artikel 10 SW 1956

### 2.1 Inleiding

Eén van de vele interessante aspecten omtrent artikel 10 SW 1956 is de kwestie hoe moet worden omgegaan met de toerekening van rechtshandelingen bij echtgenoten wanneer zij getrouwd zijn in algehele gemeenschap van goederen. Doordat de echtgenoten getrouwd zijn in algehele gemeenschap van goederen vallen bijvoorbeeld erfenissen in de huwelijksgemeenschap. Dit kan mogelijk leiden tot ongewenste problemen bij de uitvoering van artikel 10 SW 1956. Eén van de vereisten van artikel 10 SW 1956 is dat verkregen moet worden in verband met een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen.<sup>16</sup> Ter discussie kan gesteld worden of erflater (één van de twee gehuwden) partij is bij de rechtshandeling verricht door de echtgenoot. Wanneer deze vraag negatief beantwoordt wordt heeft dit als gevolg dat artikel 10 SW 1956 alleen toepassing kan vinden op het gedeelte van de erfenis afkomstig van de echtgenoot die de rechtshandeling verricht.<sup>17</sup> Rechtbank Haarlem<sup>18</sup> kreeg voorgaande vraag voorgelegd in 2009 en kwam tot het volgende oordeel: 'De schoondochter was zelf feitelijk geen partij bij de rechtshandeling ter uitvoering van de aan haar vooroverleden echtgenoot opgelegde last om een bedrag aan de kleinkinderen schuldig te erkennen. Dat is niet anders nu de schoondochter in algehele gemeenschap van goederen was gehuwd. Er is geen bepaling van huwelijksgoederenrecht die meebrengt dat een echtgenoot die niet zelf partij is bij een rechtshandeling die gevolgen heeft voor de huwelijksgoederengemeenschap, wel geacht moet worden zelf partij te zijn. De rechtbank is zich ervan bewust dat haar oordeel er toe leidt dat over de helft van het schuldig erkende bedrag geen recht van successie wordt geheven, maar ziet daarin geen reden om aan de duidelijke bewoordingen van art. 10 SW 1956 voorbij te gaan. Wanneer de wetgever dit ongewenst acht, is het aan de wetgever te bepalen of en zo ja, op welke wijze hij daaraan een einde wil maken, aldus de rechtbank.'<sup>19</sup>

In hoger beroep oordeelde het Hof Amsterdam<sup>20</sup> dat het wel mogelijk is om als erflater partij te zijn bij de rechtshandeling die verricht is door de echtgenoot. Het Hof was van mening dat de algehele wettelijke gemeenschap van goederen met zich meebracht dat 'ook schulden die ten laste van de gemeenschap door één van de echtgenoten worden aangegaan, kunnen worden verhaald op het gemeenschapsvermogen en daarmee ook op het aandeel daarin van de andere echtgenoot'<sup>21</sup>. In 2012 heeft de Hoge Raad hierover geoordeeld.<sup>22</sup> De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat het begrip 'partij' moet worden uitgelegd aan de hand van haar civielrechtelijke betekenis. Hierdoor kan de echtgenoot geen partij zijn bij een rechtshandeling verricht door zijn of haar echtgenoot. Dit arrest van de Hoge Raad speelt alleen een rol onder het oude artikel 10 SW 1956 (voorafgaand aan 1 januari 2010). Naar aanleiding van het hiervoor besproken oordeel van de Rechtbank Haarlem is aan de wettekst van artikel 10 SW 1956 het zinsdeel 'of diens echtgenoot' toegevoegd. Het gevolg hiervan is dat voorgaande casus onder het huidige artikel 10 SW 1956 in zijn geheel onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 zou vallen.

In dit hoofdstuk zullen verschillende aspecten omtrent artikel 10 SW 1956 behandeld worden. Allereerst wordt de geschiedenis en de totstandkoming van artikel 10 SW 1956 besproken. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan de wijzigingen die recentelijk hebben plaatsgevonden. In paragraaf 2.3 staat vervolgens de huidige wettekst van artikel 10 SW 1956 centraal. Hierbij wordt onder andere

---

<sup>16</sup> Hierop wordt in paragraaf 2.3.1.2 nader ingegaan.

<sup>17</sup> Hierop wordt nader ingegaan in paragraaf 2.3.1.3.

<sup>18</sup> Rechtbank Haarlem 11 juni 2009, nr. AWB 08/5589, V-N 2009/43.2.5.

<sup>19</sup> Rechtbank Haarlem 11 juni 2009, nr. AWB 08/5589, V-N 2009/43.2.5, r.o. 4.4.

<sup>20</sup> Hof Amsterdam 2 september 2010, nr. 09/00461 t/m 09/00463, V-N 2010/54.1.2.

<sup>21</sup> Hof Amsterdam 2 september 2010, nr. 09/00461 t/m 09/00463, V-N 2010/54.1.2, r.o. 5.3.

<sup>22</sup> HR 20 januari 2012, nr. 10/04493, V-N 2012/8.26.

aandacht besteed aan de voorwaarden waaraan voldaan moet worden voor de toepassing van artikel 10 SW 1956. De bespreking van artikel 10 SW 1956 zal stapsgewijs per lid plaatsvinden.

## 2.2 Wetsgeschiedenis

Tot het jaar 1897 bestond de mogelijkheid om erfbelasting te ontgaan door bij een rechtshandeling een vermogensbestanddeel, onder voorbehoud van een genotsrecht, over te dragen aan een ander. Het vermogensbestanddeel dat overgedragen werd, viel hierdoor niet meer in de nalatenschap wat als gevolg had dat geen verkrijging krachtens erfrecht kon plaatsvinden. Hierdoor had de erflater zijn nalatenschap verkleind, zonder hierbij een voelbaar offer te brengen gedurende zijn leven. De wetgever vond dit niet gewenst<sup>23</sup> en met ingang van 1897 werden de fictiebepalingen artikel 10 en 11 Successiewet 1859 (hierna SW 1859) in het leven geroepen. Deze fictiebepalingen waren grotendeels gelijk aan elkaar en hadden het karakter van een antimisbruikbepaling. Artikel 10 SW 1859 had echter betrekking op goederen waarbij de erflater niet over het gehele eigendom beschikte, terwijl artikel 11 SW 1859 zag op goederen waarbij de erflater wel over het gehele eigendom beschikte. Vanwege het feit dat deze fictiebepalingen hetzelfde doel hadden, wordt in het vervolg alleen aandacht geschonken aan de wettekst van artikel 10 SW 1859. De wettekst van artikel 10 SW 1859 luidde als volgt:

*'Al wat door den overledene aan bloed- of aanverwanten, tot den vierden graad ingesloten, of aan hunne echtgenooten werd afgestaan, overgedragen of kwijtscholden, wordt voor de regeling van de rechten van successie en van overgang geacht bij het overlijden in den boedel te zijn en bij legaat door den verkrijger of bevoordeelde te zijn verkreegen, indien de overledene bij den afstand, de overdracht of de kwijtschelding een van het leven afhankelijk vruchtgenot of periodieke uitkering heeft voorbehouden of bedongen.'*

Artikel 10 SW 1859 zorgde ervoor dat bepaalde verkrijgingen fictief aangemerkt werden als een verkrijging krachtens een legaat. Het betrof verkrijgingen waarbij een vermogensbestanddeel overging krachtens een rechtshandeling, maar waarbij de erflater zich niet scheidde van het vermogensbestanddeel door middel van een levenslange uitkering of voorbehoud van een levenslang genot. Een voorwaarde was verder dat het vermogensbestanddeel overgedragen werd aan bloed- of aanverwanten tot de vierde graad of aan een eventuele echtgenoot.

Tot het jaar 1956 bleef het artikel 10 SW 1859 ongewijzigd. In de loop der jaren werden echter bepaalde tekortkomingen van het artikel zichtbaar. Het was bijvoorbeeld vrij eenvoudig om de werking van artikel 10 SW 1859 te ontlopen door het vermogensbestanddeel op een indirecte manier over te laten gaan aan de potentiële erfgenamen. Dit was één van de redenen waarom de wettekst van artikel 10 SW 1859 ingrijpend veranderd werd in 1956. Zo sprak de per 1 augustus 1956 in werking getreden nieuwe wettekst van *'iedere rechtshandeling waarbij de erflater partij was'*. Hierdoor valt het hiervoor besproken onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956. Opgemerkt moet hierbij worden dat het doel van de fictie niet aangepast is. De rechtshandelingen, zoals besproken in de voorafgaande alinea, worden beschouwd als verdacht vanwege het feit dat ze gericht zijn op het ontwijken van erfbelasting.<sup>24</sup> Het aangepaste artikel 10 SW 1956 heeft nog steeds het karakter van een antimisbruikbepaling.

In de daaropvolgende jaren zijn enkel wat kleinere aanpassingen doorgevoerd met betrekking tot artikel 10 SW 1956. Dit veranderde met ingang van 1 januari 2010. Onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 vielen niet de gesplitste aankoop en de splitsing na aankoop. Dit terwijl wel degelijk sprake was van een situatie waarbij eigendomsrechten omgezet werden in genotsrechten. Het

---

<sup>23</sup> De wetgever wou namelijk voorkomen dat de heffingsgrondslag op een kunstmatige manier verkleind werd. Een bijkomend voordeel was dat de fictiebepalingen leidden tot hogere inkomsten voor de overheid. Zie hiervoor de Memorie van Toelichting bij de invoering van artikel 10 in de Successiewet 1859 in het jaar 1897.

<sup>24</sup> Kamerstukken II, 1948/49, 915, p. 19-20.

hiervoor besproken leidde tot een mogelijkheid voor belastingplichtigen om artikel 10 SW 1956 te omzeilen, hetgeen de wetgever ongewenst vond. Onder de nieuwe wettekst van artikel 10 SW 1956 werd deze situatie gerepareerd.<sup>25</sup> Hierdoor vielen ook de gesplitste aankoop en de splitsing na aankoop onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956.<sup>26</sup> Een ander probleem, met de toenmalige wettekst van artikel 10 SW 1956, had betrekking op het eerder besproken ik-opa testament. Naar aanleiding van de onduidelijkheid, met betrekking tot het legaat, is met ingang van 1 januari 2010 artikel 10, lid 9 SW 1956 ingevoerd. Het wetsvoorstel bracht verder nog enkele andere wijzigingen met als doel de reikwijdte van artikel 10 SW 1956 te verduidelijken.

## 2.3 Artikel 10 SW 1956

In deze paragraaf wordt het huidige artikel 10 SW 1956 besproken. Dit zal stapsgewijs per lid plaatsvinden.

### 2.3.1 Artikel 10, lid 1 SW 1956

Artikel 10, lid 1 SW 1956 bevat de hoofdregel van artikel 10 SW 1956 en luidt als volgt:

*‘Al wat iemand ten koste van het vermogen van de erflater heeft verkregen in verband met een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen waarbij de erflater of dienst echtgenoot partij was, en alle goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven, worden geacht krachtens erfrecht door overlijden te zijn verkregen, indien:*

- a. de erflater in verband daarmee tot aan zijn overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip het genot heeft gehad van een vruchtgebruik of een periode uitkering, en*
- b. het vruchtgebruik onderscheidenlijk de periodieke uitkering ten laste is gekomen van de verkrijger.’*

Uit dit lid volgen enkele voorwaarden waaraan voldaan moet worden voor toepassing van artikel 10 SW 1956.<sup>27</sup> Deze voorwaarden worden in de komende paragrafen toegelicht.

#### 2.3.1.1 Ten koste van het vermogen van de erflater

Artikel 10 SW 1956 is alleen van toepassing wanneer bij de rechtshandeling, waarbij erflater partij was, ten koste van<sup>28</sup> het vermogen van de erflater werd verkregen. Al hetgeen ten koste van het vermogen van de erflater werd verkregen, wordt in dat geval belast als een fictieve verkrijging. Hieronder vallen alle goederen, zowel vermogensrechten als zaken.<sup>29</sup>

Bij de toetsing van deze voorwaarde is niet noodzakelijk van belang dat de erflater daadwerkelijk verarmt. Artikel 10 SW 1956 is evenzeer van toepassing wanneer een zakelijke vergoeding betaalt wordt door de verkrijger<sup>30</sup> voor datgene dat ten koste van het vermogen van de erflater verkregen.<sup>31</sup> Zakelijke gronden kunnen dus niet leiden tot uitsluiting van artikel 10 SW 1956.<sup>32</sup> Overigens kan het

---

<sup>25</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 6 januari 2011, nr. DGB2010/6643M, Stcrt, 2011, 574.

<sup>26</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld I.J.F.A van Vijfeijken, *Wetsvoorstel 31 930: Gebrek aan visie*, WFR 2009/6829 en I.J.F.A van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: *Cursus Belastingrecht S&E 5.5.0.B.a Deventer*: Wolters Kluwer.

<sup>27</sup> Overigens worden niet alle voorwaarden genoemd in lid 1, lid 4 stelt ook nog enkele voorwaarden. Deze zullen besproken worden in paragraaf 2.3.4. Daarnaast zijn in de andere leden enkele beperkingen op het bereik van artikel 10 SW 1956 opgenomen.

<sup>28</sup> Hoort eigenlijk gelezen te worden als ‘afkomstig uit’.

<sup>29</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 147.

<sup>30</sup> Hierbij geldt dat de verkrijger de partner van de erflater moet zijn of een bloed- of aanverwant tot en met de vierde graad van de erflater en hun partners.

<sup>31</sup> Kamerstukken II, 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 35.

<sup>32</sup> Artikel 10 SW 1956, *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet*, Aantekening 4.

argument gegeven worden dat niet sprake is van een verarming wanneer sprake is van een zakelijke vergoeding en dus dat het niet ten koste van het vermogen van de erflater gaat. Uit de jurisprudentie volgt echter dat het niet van belang is, bij de beoordeling of een vermogensbestanddeel ten koste van het vermogen van de erflater is verkregen, of de overdracht plaatsvond onder zakelijke voorwaarden.<sup>33</sup>

### 2.3.1.2 In verband met een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen

Artikel 10 SW 1956 is verder alleen van toepassing wanneer een vermogensbestanddeel in verband met een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen is verkregen. Als eerste moet worden opgemerkt dat gebruik gemaakt is van de term ‘in verband met’ en niet van de term ‘krachtens’. Indien gebruik gemaakt zou worden van de term ‘krachtens’ zou dit betekenen dat de rechtshandeling rechtstreeks de oorzaak is van de verkrijging. De verkrijger zou in dat geval kunnen inbrengen dat de rechtshandeling niet rechtstreeks de oorzaak van de verkrijging was, waardoor artikel 10 SW 1956 niet toegepast kan worden. Om dit te voorkomen is gekozen voor de ruimere term ‘in verband met’. Zolang enig verband bestaat tussen de rechtshandeling en de verkrijging kan artikel 10 SW 1956 toegepast worden.<sup>34</sup>

Tot het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009<sup>35</sup> was onduidelijkheid over het begrip ‘rechtshandeling’. Ter discussie stond of onder het begrip ‘rechtshandeling’ in artikel 10 SW 1956 een elke op rechtsgevolge gerichte handeling bedoelt werd of een verbintenisscheppende overeenkomst.<sup>36</sup> De laatstgenoemde visie werd verdedigd door onder andere Schols<sup>37</sup>. Eén van de vereisten van artikel 10 SW 1956 is dat de erflater of diens echtgenoot partij moet zijn bij de rechtshandeling.<sup>38</sup> Dit betekent dat er een tegen- of medepartij is, hetgeen impliceert dat sprake moet zijn van een meerzijdige rechtshandeling. Daarnaast bestond het standpunt dat het begrip ‘rechtshandeling’ ruimer geïnterpreteerd moest worden. Dit standpunt werd verdedigd aan de hand van de wettekst van artikel 10 SW 1956 en aan de parlementaire geschiedenis van het artikel. De discussie leidde uiteindelijk tot een wetsvoorstel waarin gepleit werd voor de verwijdering van het begrip ‘rechtshandeling’ uit de wettekst van artikel 10 SW 1956.<sup>39</sup> Hiervoor is uiteindelijk niet gekozen, mede doordat het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009<sup>40</sup> meer duidelijkheid schepte omtrent het begrip ‘rechtshandeling’ waardoor de staatssecretaris geen aanleiding meer zag om het begrip ‘rechtshandeling’ uit de wettekst van artikel 10 SW 1956 te schrappen.<sup>41</sup> In het arrest werd geoordeeld dat de uitvoering van een last en de aanvaarding van een legaat aangemerkt kunnen worden als het begrip ‘rechtshandeling’ zoals genoemd in artikel 10 SW 1956. De conclusie die hieruit getrokken zou kunnen worden is dat de Hoge Raad het begrip ‘rechtshandeling’ beschouwt als een elke op rechtsgevolg gerichte handeling.<sup>42</sup> Een ander punt van discussie in het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2019 was of het motief van de rechtshandeling een rol speelde bij de toepassing van artikel 10 SW 1956. De Hoge Raad oordeelde hierover ontkennend. In hoofdstuk 4 wordt nader ingegaan op het effect van dit arrest op het ik-opa testament.

Met ingang van 2010 valt een samenstel van rechtshandelingen ook onder het bereik van artikel 10 SW 1956. Dit is gedaan om complexere situaties ook onder het bereik van artikel 10 SW 1956 te laten

<sup>33</sup> Hof Amsterdam 19 oktober 1989, PW 19 790.

<sup>34</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld aantekening 5.1 van Vakstudie Successiewet op artikel 10 SW 1956.

<sup>35</sup> HR 19 juni 2009, nr. 08/01165, NTFR 2009/1427.

<sup>36</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 148.

<sup>37</sup> B.M.E.M. Schols, ‘De ‘nieuwe’ successierechtelijke fictiebepalingen; zonneklaar of doen alsof?’, WPNR 6802/484.

<sup>38</sup> Deze voorwaarde wordt uitgebreider besproken in paragraaf 2.3.1.3.

<sup>39</sup> MvT, Kamerstukken II, 2008/2009, 31 930, nr. 3., p. 30-31.

<sup>40</sup> HR 19 juni 2009, nr. 08/01165, NTFR 2009/1427.

<sup>41</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 34.

<sup>42</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘De fictiebepalingen met ingang van januari 2010’, WPNR 2010/6833.

vallen.<sup>43</sup> Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het superturbotestament.<sup>44</sup> Van een samenstel van rechtshandelingen is sprake wanneer deze handelingen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.<sup>46</sup> Uit jurisprudentie volgt dat hier sprake van is wanneer de ene rechtshandeling niet zou hebben plaatsgevonden zonder de andere<sup>47</sup> of de situatie waarbij met de samenstelling van rechtshandelingen een bepaald resultaat beoogd is.<sup>48</sup>

### 2.3.1.3 Erflater of diens echtgenoot

Artikel 10 SW 1956 is alleen van toepassing op situaties waarbij de erflater of dienst echtgenoot partij was bij de rechtshandeling of samenstel van rechtshandelingen. Met ingang van 1 januari 2010 is de term 'of diens echtgenoot' toegevoegd aan artikel 10, lid 1 SW 1956. Dit is gedaan naar aanleiding van een uitspraak van de Rechtbank Haarlem.<sup>49</sup> Het doel van de uitbreiding is om de ik-opa-schuld, die aan de echtgenoot als last is opgelegd, onder artikel 10 SW 1956 te brengen. Dit is van belang in de situaties waarbij de echtgenoten gehuwd zijn in de algehele gemeenschap van goederen en de man de nalatenschap verkrijgt van zijn ouder onder de last, bedragen aan zijn kinderen schuldig te erkennen. In zulke gevallen zou bij het overlijden van de echtgenoot geen toepassing plaatsvinden van artikel 10 SW 1956. Dit komt doordat de echtgenoot geen partij was bij de rechtshandeling. Wanneer de zoon overlijdt kan slechts geheven worden over de helft van het vermogen dat overgedragen wordt van kind tot kleinkind, aangezien maar de helft overgegaan is ten koste van zijn vermogen. Voorgaande zou niet hebben plaatsgevonden wanneer bijvoorbeeld de echtgenoten zijn getrouwd onder huwelijksvoorwaarden, waarbij iedere gemeenschap van goederen is uitgesloten. In zo'n geval had het vermogensbestanddeel wel geheel onder artikel 10 SW 1956 gevallen. Logischerwijs vond de wetgever dit niet gewenst en is om die reden de term 'of diens echtgenoot' toegevoegd aan artikel 10, lid 1 SW 1956 met ingang van 1 januari 2010.<sup>50</sup> Hierdoor valt ook de situatie met betrekking tot de algehele gemeenschap van goederen onder het bereik van artikel 10 SW 1956.

Met ingang van 1 januari 2018 geldt de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen in plaats van de algehele gemeenschap van goederen. Eén van de gevolgen van de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen is dat giften en erfenissen (evenals het voorhuwelijks privévermogen) die verkregen worden tijdens de gehuwde periode blijven toebehoren tot het privévermogen van de echtgenoten.<sup>51</sup> De uitbreiding 'of diens echtgenoot' is vandaar niet noodzakelijk in het geval van een wettelijke beperkte gemeenschap van goederen, aangezien de erfenis tot het privévermogen en niet tot de huwelijksgemeenschap behoort.<sup>52</sup>

### 2.3.1.4 Goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven

Artikel 10 SW 1956 ziet met ingang van 1 januari 2010 ook op goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven. Het doel van deze toevoeging is om ook de situatie waarbij de erflater het vruchtgebruik van een vermogensbestanddeel aanschafte met eigen

---

<sup>43</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 3.

<sup>44</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *'De fictiebepalingen met ingang van januari 2010'*, WPNR 2010/6833.

<sup>45</sup> In hoofdstuk 3 wordt nader ingegaan op het superturbotestament.

<sup>46</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 84

<sup>47</sup> Hof Arnhem 19 juni 1963, nr. 388/62, BNB 1963/294.

<sup>48</sup> HR 19 juni 2009, nr. 08/01165, BNB 2009/224.

<sup>49</sup> Rechtbank Haarlem 11 juni 2009, nr. AWB 08/5589, V-N 2009/43.2.5.

<sup>50</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 37-38.

<sup>51</sup> Vakstudie Nieuws, *'Beperking wettelijke gemeenschap van goederen vanaf 1 januari 2018. Enkele fiscale gevolgen'*, V-N 2017/25.2.

<sup>52</sup> De situatie is als ware vergelijkbaar, met betrekking tot erfenissen, met die onder huwelijksvoorwaarden waarbij iedere gemeenschap van goederen is uitgesloten.

vermogen, onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 te laten vallen. Door deze toevoeging valt nu ook de situatie waarbij, tijdens zijn leven, erflater het vruchtgebruik heeft verworven op goederen toebehorend aan de fictieve verkrijgers onder artikel 10 SW 1956.<sup>53</sup> Onder het bereik van artikel 10 SW 1956 valt met ingang van 1 januari 2010 ook de gesplitste aankoop.<sup>54</sup> Hierbij verwerft de erflater het vruchtgebruik en bijvoorbeeld het kind het blote eigendom, van een derde. Op het moment van de rechtshandeling hoeven de goederen dus niet tot het vermogen van de erflater te behoren.

Artikel 10 SW 1956 maakt onderscheid tussen twee situaties, namelijk de situatie waarbij erflater nooit meer dan het vruchtgebruik heeft gehad en de situatie waarbij erflater eerste het volledige eigendom van een goed had waarbij vervolgens het vruchtgebruik overgedragen is aan de kinderen (zie paragraaf 2.3.1.1). Met betrekking tot de eerste situatie is artikel 10 SW 1956 alleen toepasbaar wanneer het vruchtgebruik 'ten laste van zijn vermogen' is verworven. De erflater moet het vruchtgebruik dus onder bezwarende titel verwerven, omdat alleen dan volle eigendom wordt omgezet in vruchtgebruik. Artikel 10 SW 1956 is niet toepasbaar wanneer het vruchtgebruik wordt verkregen zonder tegenprestatie omdat in zo'n situatie niets wordt omgezet. Ter discussie staat nog wel de situatie waarbij het vruchtgebruik verkregen is tegen een waarde die lager is dan gebruikelijk in het economisch verkeer. Geoordeeld zou kunnen worden dat het vruchtgebruik verworven is ten laste van het eigen vermogen, waardoor artikel 10 SW 1956 in zijn geheel toepasbaar is. Naar mijn mening zou dit niet correct zijn. Mijns inziens moet in een dergelijke situatie artikel 10 SW 1956 alleen toepasbaar zijn op het gedeelte vruchtgebruik dat verworven is ten laste van het eigen vermogen. Het gedeelte waarvoor geen tegenprestatie verkregen is, moet dus buiten het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 vallen. Dit is naar mijn mening meer in lijn met de wettekst waarbij specifiek wordt gesproken over 'ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven'. Uit jurisprudentie volgt echter dat een 'beetje' genot ook tot een volledige toepassing van artikel 10 SW 1956 leidt.<sup>55</sup> Een oplossing in lijn met mijn visie kan mogelijk gevonden worden in de bepaling van de omvang van de fictieve verkrijging. Aan de hand van een voorbeeld wordt dit verduidelijkt.

#### *Voorbeeld 2.1*

*De omvang van het fictieve legaat is de waarde in het economische verkeer van de verkrijging op het tijdstip van overlijden verminderd met hetgeen is opgeofferd voor de verkrijging op grond van artikel 7, lid 1 SW 1956 vermeerderd met een enkelvoudige rente van 6% op grond van artikel 7, lid 3 SW 1956.<sup>56</sup> Stel een kind verkoopt het vruchtgebruik van een pand aan zijn ouder. Op het moment van de verkoop heeft het pand een waarde in het economische verkeer van 300. Het vruchtgebruik heeft op het moment van verkoop een waarde in het economische verkeer van 50. Het vruchtgebruik is verkregen tegen een waarde van 20. Op een gegeven moment overlijdt de ouder van het kind. Het pand heeft op dat moment een waarde in het economische verkeer van 350. Wanneer artikel 10 SW 1956 in zijn geheel toegepast wordt betekent dit het volgende. Het opgeofferde bedrag bedraagt 250 (300-50) en de waarde in het economische verkeer van het pand bedraagt 350 op het tijdstip van overlijden. Hierdoor bedraagt de omvang van het fictieve legaat 100 (350-250).*

*Naar mijn mening moet bij de bepaling van de omvang van de fictieve verkrijging rekening gehouden worden met hetgeen daadwerkelijk betaald is voor het vruchtgebruik. Het opgeofferde bedrag*

<sup>53</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De fictiebepalingen met ingang van januari 2010', WPNR 2010/6833.

<sup>54</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 35.

<sup>55</sup> HR 2 juli 1965, BNB 1965/207.

<sup>56</sup> In het voorbeeld wordt de enkelvoudige rente buiten beschouwing gelaten.

*bedraagt dan 280 (300-20) en de waarde in het economische verkeer van het pand bedraagt 350 op het tijdstip van overlijden. Hierdoor bedraagt de omvang van het fictieve legaat 70 (350-280).<sup>57</sup>*

#### 2.3.1.5 Tot aan zijn overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip

Artikel 10 SW 1956 is alleen van toepassing wanneer de erflater tot aan zijn overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip het genot heeft gehad van een vruchtgebruik of een periodieke uitkering. De term 'of een daarmee verband houdend tijdstip' is ingevoerd naar aanleiding van een arrest uit het jaar 1926.<sup>58</sup> In dit arrest was sprake van een periodieke uitkering die drie dagen voor het overlijden van de erflater zou eindigen. In de wettekst destijds was de term 'of een daarmee verband houdend tijdstip' nog niet opgenomen, wat als gevolg zou hebben dat artikel 10 SW 1859 niet van toepassing zou zijn. De Hoge Raad was echter van mening dat de bovenstaande constructie puur opgericht was om belasting op grond van artikel 10 SW 1859 te vermijden. Met behulp van *fraus legis* oordeelde de Hoge Raad dat artikel 10 SW 1859 gewoon toepasbaar was op de constructie. Naar aanleiding van dit arrest is artikel 10 SW 1956 wel aangepast en is de term 'of een daarmee verband houdend tijdstip' ingevoerd. Artikel 10 SW 1956, lid 4, onderdeel b stelt dat de periode, waarop de term 'of een daarmee verband houdend tijdstip' betrekking heeft, maximaal 180 dagen voor zijn overlijden bedraagt.

#### 2.3.1.6 Een vruchtgebruik of een periodieke uitkering

Voor toepassing van artikel 10 SW 1956 moet de erflater het genot hebben van een vruchtgebruik of een periode uitkering tot zijn overlijden. Artikel 18, lid 1 en 2 SW 1956 geven aan wat verstaan wordt onder respectievelijk vruchtgebruik en periodieke uitkering voor de SW. Onder vruchtgebruik wordt verstaan vruchtgenot, gebruik en bewoning, vruchten en inkomsten, jaarlijkse opbrengsten en soortgelijke uitkeringen uit daartoe aangewezen goederen. Onder periodieke uitkeringen wordt, naast de uitkering in geld, mede verstaan elke andere, voortdurende, of op vastgestelde tijdstippen terugkerende, prestatie. Heffing op grond van artikel 10 SW 1956 is door de ruime omschrijving van het begrip 'vruchtgebruik' ook mogelijk wanneer erflater levenslang inwoning en kost heeft genoten in verband met de rechtshandeling. Hierbij is een uitdrukkelijke afspraak, omtrent het genot van de zaak genoten door de erflater, geen vereiste.<sup>59</sup> Overigens moet het genot, wanneer het onder artikel 18 SW 1956 valt, nog wel getoetst worden aan artikel 10, lid 3 SW 1956. Hierop wordt nader ingegaan in paragraaf 2.3.3.

#### 2.3.2 Artikel 10, lid 2 SW 1956

Artikel 10, lid 2 SW 1956 geeft een beperking op het aftrekrecht van artikel 7 SW 1956 en luidt als volgt: *'In afwijking van artikel 7, eerste lid, wordt op de waarde van hetgeen op grond van het eerste lid voor de erfbelasting in aanmerking wordt genomen, geen aftrek toegelaten voor vruchtgebruik voor zover dat middellijk of onmiddellijk door de erflater is genoten.'*

Artikel 7 SW 1956 bevat enkele aftrekposten die van belang zijn voor de toepassing van artikel 10 SW 1956. Op grond van lid 1 mag de waarde van hetgeen de verkrijger voor zijn verkrijging heeft opgeofferd of van hetgeen door de erflater ten laste van de verkrijger werd bedongen, in mindering worden genomen van de waarde welke op grond van de artikelen 8, 10, 11 en 13, tweede lid, in aanmerkingen wordt genomen voor de erfbelasting, maar niet verder dan tot nihil. Ook de overdrachtsbelasting en schenkbelasting die samenhangen met de verkrijging, mag worden verrekend op grond van lid 2. De bedragen genoemd in lid 1 en 2 worden vermeerderd met een enkelvoudige rente.

<sup>57</sup> In gelijke zin I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956 (Fiscale Monografieën nr. 100)*, Deventer: Kluwer 2013, paragraaf 6.3.3., blz. 97.

<sup>58</sup> HR 26 mei 1926, PW 12 157.

<sup>59</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 148.



In de komende paragrafen worden stilgestaan bij enkele aspecten omtrent artikel 10, lid 2 SW 1956.

#### *2.3.2.1 Koopsom en (gedeeltelijk) kwijtgescholden bedragen*

Op grond van artikel 7 SW 1956 geldt sinds 2010 dat de verkrijger de daadwerkelijk opgeofferde koopsom die samenhangt met de verkrijging in aftrek kan brengen op de verkrijging.<sup>60</sup> Hierbij geldt dat alleen de koopsom toebehorend bij het blote eigendom aftrekbaar is en dus niet de gehele koopsom. Het gedeelte toebehorend bij het vruchtgebruik is vandaar niet aftrekbaar op grond van artikel 10, lid 2 SW 1956. Overigens is bepaald dat de aftrekbeperking, van het genoten vruchtgebruik door erflater, redelijk uitgelegd moet worden.<sup>61</sup> Zo volgt uit de parlementaire geschiedenis dat de aftrekbeperking niet redelijk zou zijn wanneer het vruchtgebruik van de nalatenschap bedongen is door de langstlevende ouder van de eerstervende. Agevraagd zou kunnen worden of voorgaande ook geldt wanneer de koopsom (gedeeltelijk) kwijtgescholden wordt, immers is een vereiste van artikel 7 SW 1956 dat de verkrijger voor zijn verkrijging heeft opgeofferd of van verkrijger werd bedongen.

Dit discussiepunt stond centraal in een arrest van de Hoge Raad van 10 oktober 2014.<sup>62</sup> Het arrest betrof een verkoop van een pand door erflaatster aan het kind voor een bedrag van €216.000 in het jaar 2002. Tegelijkertijd met de verkoop is €34.025 kwijtgescholden van de koopsom. Voor de resterende €181.975 is vervolgens een overeenkomst tot een geldlening gesloten. In de loop der jaren is de geldlening volledig kwijtgescholden aan de hand van jaarlijkse schenkingen. Daarnaast was erflaatster een maandelijkse huur verschuldigd van €650 aan het kind vanaf 2002. Wanneer de huurprijs niet daadwerkelijk voldaan zou worden, werd in de huurovereenkomst bepaald dat een samengestelde rente van 4% verschuldigd zou zijn. Erflaatster overlijdt in 2010 en heeft geen huur betaald. Op het moment van overlijden bedraagt de waarde van de woning €270.000. De schuld uit hoofde van de huurovereenkomst bedraagt op het moment van overlijden €71.400. Hiervan is €54.600 toerekenbaar aan niet-betaalde huur en €16.800 toerekenbaar aan niet betaalde rente.

In het arrest stelt de Hoge Raad het volgende: ‘Het strookt niet met de uit deze wetsgeschiedenis blijkende bedoeling om de waarde van hetgeen door de erflater is bedongen ook op de waarde van de verkrijging in mindering te brengen in een geval als het onderhavige, waarin de verkrijger de koopsom voor een onroerende zaak aan de erflater schuldig is gebleven en de erflater deze schuld vervolgens geheel heeft kwijtgescholden. Daarbij doet niet ter zake of een rechtstreeks verband bestaat tussen de bedongen koopsom en de kwijtscheldingen.’<sup>63</sup> De Hoge Raad stelt dus dat de kwijtgescholden koopsom niet in mindering komt op de waarde van de bij fictie verkregen woning. Het deed hierbij niet ter zake of op het moment van overdracht het voornemen bestond om tot kwijtschelding over te gaan. De huur die schuldig gebleven is, vormt daarnaast een fictieve verkrijging. De Hoge Raad stelde hierover het volgende: ‘Erflaatster heeft geen rente betaald over de schuldig gebleven huurtermijnen, zodat zij van die bedragen de vruchten kon blijven plukken. Hetzelfde geldt voor de schuldig gebleven rente over de huurschuld. Het daardoor ontstane voordeel heeft erflaatster verkregen in verband met de huurovereenkomst, waarbij zij partij was. Het Hof is er daarom terecht van uitgegaan dat erflaatster tot haar overlijden voor de som van deze bedragen het genot heeft gehad van een vruchtgebruik en dat daardoor sprake is van een fictieve verkrijging.’

In de literatuur zijn voor- en tegenstanders te vinden van de (gekozen weg naar de) einduitkomst. Zo kan bijvoorbeeld van Vijfeijken<sup>64</sup> zich vinden in het arrest. Monteiro<sup>65</sup> daarentegen kan zich vinden in

<sup>60</sup> Kamerstukken II, 2008/2009, 31 930, nr. 3, p. 29.

<sup>61</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 152.

<sup>62</sup> HR 10 oktober 2014, nr. 13/04777, BNB 2014/252.

<sup>63</sup> HR 10 oktober 2014, nr. 13/04777, BNB 2014/252.

<sup>64</sup> I.J.F.A van Vijfeijken, ‘*De discussie over de reikwijdte van artikel 10 SW 1956 na HR 10 oktober 2014*, BNB 2014/252’, FBN 2015/10-54.

<sup>65</sup> M. de L. Monteiro, ‘*De voortdurende mist rondom de reikwijdte van artikel 10 SW 1956*’, KWEP 2016/1.

het eindoordeel, maar niet in de gekozen weg naar de einduitkomst. Naar haar mening is het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 te ver opgerekt doordat de niet-betaalde huurbedragen werden behandeld als een separaat vraagstuk. Kooiman<sup>66</sup> is mede van mening dat uit het oordeel van de Hoge Raad volgt dat het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 breder is, dan doel en strekking doet vermoeden. Naar de mening van Schols<sup>67</sup> was het opvallend dat de bijgeschreven huur en rente ook onder het bereik van artikel 10 SW 1956 werden gebracht.

Naar mijn mening is het allereerst terecht dat de kwijtgescholden koopsom niet in mindering gebracht mag worden op de fictieve verkrijging. Op grond van artikel 7 SW 1956 mag in mindering op de fictieve verkrijging gebracht worden hetgeen de verkrijger voor zijn verkrijging heeft opgeofferd. In het geval van een geheel kwijtgescholden koopsom wordt als het ware niets opgeofferd, waardoor het naar mijn mening terecht is dat de koopsom niet in aftrek komt op de waarde van de fictieve verkrijging. In het geval dat slechts een gedeelte van de koopsom wordt kwijtgescholden, moet naar mijn mening het gedeelte van de koopsom dat niet kwijtgescholden is wel aftrekbaar zijn. Bij het bepalen van de aftrek moet mijns inziens worden aangesloten bij hetgeen daadwerkelijk aan koopsom betaald is door de verkrijger. Met betrekking tot eventuele verschuldigde schenkbelasting over de kwijtschelding geldt dat deze verrekend (in aftrek genomen) mag worden met de fictieve verkrijging op grond van artikel 7, lid 2 SW 1956.<sup>68</sup> Hierbij geldt wel de eis dat de schenkbelasting in het verleden daadwerkelijk betaald is.<sup>69</sup>

Met betrekking tot de schuldig gebleven huur sluit ik mij aan bij de visie gevormd door van Vijfeijken. Van Vijfeijken stelt hierover het volgende: 'Over de schuldig erkende huurtermijnen is een samengestelde rente bijgeschreven. Omdat deze rente niet feitelijk is betaald, heeft de moeder ook het (feitelijk) genot van de schuldig gebleven huur gehad en omdat de rente over de rente niet feitelijk is betaald heeft zij eveneens het feitelijk genot van de bijgeschreven rente behouden en is ook voor die waarde art. 10 Successiewet 1956 van toepassing. Zie ook BNB 1988/219<sup>70</sup>, in welk geval de schuldig gebleven rente ook rentedragend was gemaakt.'<sup>71</sup> Het aanduiden van de schuldig gebleven huur als fictieve verkrijging is naar mijn mening in lijn met de doelstelling van artikel 10 SW 1956. Artikel 10 SW 1956 tracht te voorkomen dat erflater zich van vermogen ontdoet, zonder dat hierbij door erflater een voelbaar offer gebracht wordt. In bovenstaande casus heeft erflaatster rente en huur schuldig erkend, zonder dat hierbij een daadwerkelijk offer gebracht werd. In mijn optiek past het vandaar binnen het systeem om de schuldig gebleven huur aan te duiden als fictieve verkrijging op grond van artikel 10 SW 1956.

Een andere variant waarbij bovenstaande kwestie speelt is die van het zogenoemde 'kasrondje'. In het geval van een kasrondje schenkt de ouder contanten aan het kind, waarbij het kind vervolgens de contanten gebruikt om de schuld af te lossen (of vice versa). In het geval van een kasrondje is sprake van een samenstel van rechtshandelingen, waarbij als ware een deel van de koopsom wordt kwijtgescholden.<sup>72</sup> Van een opoffering (en dus recht op aftrek) is in het geval van een kasrondje alleen sprake wanneer het kind de schenking ontvangt in contanten en deze contanten in vrijheid kan aanwenden om vervolgens alsnog de contanten te gebruiken voor het aflossen van de koopsom.

---

<sup>66</sup> W.R. Kooiman *'Fictie van voorbehouden genot reikt steeds verder'*, FVT 2015/3-13.

<sup>67</sup> B.M.E.M Schols, *'Artikel 10 SW: Fictie wordt werkelijkheid?!'*, FBV 2015/17.

<sup>68</sup> Op grond van artikel 7, lid 3 SW 1956 wordt de schenkbelasting vermeerderd met een enkelvoudige rente.

<sup>69</sup> Hof Arnhem 8 februari 1989, nr. 2629/1987, BNB 1990/228, V-N 1989/1414.

<sup>70</sup> HR 16 maart 1988, nr. 24 458, BNB 1988/219.

<sup>71</sup> HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2921, BNB 2014/252, m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken.

<sup>72</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer 2013, par. 6.4.4.4.

### 2.3.2.2 Vruchtgebruik en periodieke uitkeringen

Op grond van artikel 10, lid 2 SW 1956 is aftrek voor vruchtgebruik niet toegelaten voor zover dat middellijk of onmiddellijk door de erflater is genoten. De mogelijkheid bestaat echter dat de erflater een vruchtgebruik heeft bedongen ten laste van een ander dan erflater. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een situatie waarbij het vruchtgebruik afhankelijk is van twee partners. Wanneer partner A overlijdt dan loopt het vruchtgebruik door bij partner B. Het vruchtgebruik ten laste van een ander dan erflater is aftrekbaar op grond van artikel 7 SW 1956. Het vruchtgebruik ten laste van een ander dan erflater vermindert de verkrijging doordat het vruchtgebruik doorloopt na het overlijden van de erflater. Naar mijn mening is het vandaar terecht dat het vruchtgebruik ten laste van een ander dan de erflater aftrekbaar is. Afgevraagd zou kunnen worden of het terecht is dat geen aftrek toegestaan is op vruchtgebruik genoten door de erflater zelf op grond van artikel 10, lid 2 SW 1956, terwijl door aan erflater betaalde periode uitkeringen bijvoorbeeld wel aftrekbaar zijn. De varianten zijn juridisch verschillend, echter kunnen economisch hetzelfde uitpakken. Voorgaande wordt kort toegelicht aan de hand van een voorbeeld.<sup>73</sup>

#### Voorbeeld 2.2

*Een vader besluit een vermogen ter waarde van €50.000 over te dragen aan zijn zoon. De vader heeft hierbij echter als vereiste dat hij in het genot blijft van de inkomsten. De inkomsten bedragen €3.000 per jaar. Vader en zoon bespreken een tweetal varianten, één waarbij voor een vruchtgebruik wordt gekozen en één waarbij een periode uitkering wordt gehanteerd. Vader komt tien jaar na de gemaakte keuze tot overlijden.*

*Indien gekozen wordt voor de eerste variant is bepaald dat de zoon €20.000 voor het blote eigendom renteloos schuldig blijft aan vader. Op het moment dat vader komt te overlijden bedraagt de fictieve verkrijging voor de zoon €50.000. Van dit bedrag kan de opgeofferde tegenprestatie ter waarde van €20.000 worden afgetrokken waardoor belasting geheven wordt over een bedrag van €30.000*

*Indien gekozen wordt voor de tweede variant is bepaald dat de zoon het volledige eigendom van vader koopt voor een bedrag van €20.000. Vader bedingt echter wel een periodieke uitkering tot overlijden ter waarde van €3.000 (het genot van de inkomsten). Op het moment dat vader tot overlijden komt wordt in deze variant geen belasting geheven. Dit komt doordat de betaalde periodieke uitkeringen ter waarde van  $10 \times €3.000 = €30.000$  in mindering worden gebracht op de fictieve verkrijging.*

*De varianten zijn juridisch verschillend, echter pakken economisch hetzelfde uit. In de eerste variant geniet de vader rechtstreeks inkomsten uit het vermogen en in de tweede variant indirect via het kind. Voor de zoon zijn ook geen verschillen. In de eerste variant heeft de zoon alleen het blote eigendom en geen recht op de inkomsten uit het vermogen. In de tweede variant heeft de zoon daarentegen wel recht op de inkomsten, echter is de zoon verplicht periodiek een bedrag over te maken aan zijn vader dat gelijk is aan de inkomsten.*

In eerste instantie lijkt het logisch om geen aftrek te geven in het geval dat vruchtgebruik genoten is door de erflater, immers is de verkrijger een koopsom verschuldigd, zou het geven van aftrek leiden tot een grote uitholling van de werking van artikel 10 SW 1956 en tenslotte geldt dat de last niet afkomstig is uit het vermogen van de verkrijger. Naar mijn mening is het echter onterecht dat vruchtgebruik genoten door de erflater niet aftrekbaar is. Zowel in het geval dat vruchtgebruik genoten is door de erflater als in het geval dat het bedongen is ten laste van een ander dan erflater geldt dat het een last voor de verkrijger is.<sup>74</sup> Deze last (het gedeerde vruchtgebruik) moet gezamenlijk met de

<sup>73</sup> Het voorbeeld is gebaseerd op I.J.F.A. van Vijfeijken, Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956, Deventer: Kluwer 2013, par. 6.4.4.6.

<sup>74</sup> I.J.F.A van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: Cursus Belastingrecht S&E 5.5.0.F.f, Deventer: Wolters Kluwer.

betaalde koopsom gezien worden als de tegenprestatie. Van een opoffering aan de kant van de verkrijger is in dit geval in mijn optiek sprake, immers loopt de verkrijger eventuele inkomsten uit het vruchtgebruik mis. Het geval dat vruchtgebruik genoten is door de erflater is naar mijn mening gelijk aan het geval dat vruchtgebruik bedongen is ten laste van een ander en moet vandaar gelijkwaardig behandeld worden. In beide gevallen is sprake van een opoffering van de verkrijger die leidt tot een vermindering van zijn verkrijging en in beide gevallen moet dus recht op aftrek bestaan.

Zoals besproken in voorbeeld 2.2 is de situatie waarbij vruchtgebruik genoten is door de erflater vergelijkbaar met die waarbij periodieke uitkeringen worden betaald. Op grond van artikel 7 SW 1956 zijn betaalde periodieke uitkeringen aftrekbaar. De periodieke uitkeringen zijn vergelijkbaar met een koopsom, echter is sprake van een vaste waarde bij een koopsom terwijl de waarde van periodieke uitkeringen varieert.<sup>75</sup> Het verschil tussen vruchtgebruik genoten door de erflater en een periodieke uitkering, is dat een periodieke uitkering daadwerkelijk moet worden betaald aan de erflater door diegene aan wie het vermogen is overgedragen. In mijn optiek is het terecht dat aftrek toegestaan is, omdat de periodieke uitkeringen 'opgeofferd' zijn door de fictieve verkrijger ten koste van zijn verkrijging. Naar mijn mening is de situatie waarbij vruchtgebruik genoten is door de erflater gelijk aan het geval dat een periodieke uitkering wordt gehanteerd. Beide gevallen dienen vandaar gelijk behandeld te worden, waarbij geldt dat voor beide situaties recht op aftrek dient te bestaan.

De onderliggende kwestie in hetgeen besproken in de voorgaande twee alinea's is of een economische visie of een juridische visie gevolgd moet worden. In het geval van het gedeelde vruchtgebruik is onder de juridische visie geen sprake van een verarming, omdat de last niet direct afkomstig is uit het vermogen van de verkrijger.<sup>76</sup> Daarentegen is wel sprake van een verarming wanneer de economische visie gevolgd wordt. In mijn optiek dient een economische visie gevolgd te worden bij het bepalen van het opgeofferde bedrag (en dientengevolge de grondslag van de fictieve verkrijging). Zolang sprake is van een opoffering van de verkrijger, onafhankelijk of deze direct of indirect afkomstig is uit zijn of haar vermogen, moet hierover recht op aftrek bestaan.

### 2.3.3 Artikel 10, lid 3 SW 1956

Artikel 10, lid 3 SW 1956 luidt als volgt: *'Voor de toepassing van dit artikel wordt de erflater geacht een genot van een vruchtgebruik te hebben gehad van de in het eerste lid bedoelde goederen indien hij tegenover het genot dat hij van de goederen heeft aan degene ten laste van die wat genot komt niet jaarlijks daadwerkelijk een bedrag betaalt dat ten minste gelijk is aan het percentage, bedoeld in artikel 21, veertiende lid, van de waarde van de goederen in onbezwaarde staat.'*

Bovenstaande houdt in dat artikel 10 SW 1956 niet van toepassing is wanneer de erflater jaarlijks ten minste 6%<sup>77</sup> van de waarde van de goederen betaalt ter compensatie van het verkregen genot van de vermogensbestanddelen. Agevraagd zou kunnen worden of ook lagere rentepercentages moeten worden toegestaan voor artikel 10 SW 1956, mits het rentepercentage zakelijk is. In hoofdstuk 5 van deze scriptie wordt hierop nader ingegaan.

### 2.3.4 Artikel 10, lid 4 SW 1956

Artikel 10, lid 4 SW 1956 geeft nog enkele voorwaarden waaraan voldaan moet worden om artikel 10 SW 1956 toe te kunnen passen. Lid 4 luidt als volgt:

---

<sup>75</sup> I.J.F.A van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: Cursus Belastingrecht S&E 5.5.0.F.g, Deventer: Wolters Kluwer.

<sup>76</sup> In HR 26 februari 1986, nr. 23 336, BNB 1986/163 oordeelde de HR in gelijke zin, met betrekking tot een renteloze feitelijke direct opeisbare lening, dat geen sprake was van een voordeel dat verkregen werd ten koste van het vermogen van de ouders, omdat de renten die mogelijk genoten hadden kunnen worden nooit tot het vermogen behoord hadden. In gelijke zin HR 8 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1991, BNB 1996/290.

<sup>77</sup> Artikel 21 lid 14 SW 1956, alsmede artikel 10 Uitvoeringsbesluit SW 1956

*‘Dit artikel is niet van toepassing indien:*

- a. de verkrijger niet is de partner van de erflater, noch behoort tot diens bloed- of aanverwanten tot en met de vierde graad of hun partners, of*
- b. het genot van het vruchtgebruik of de periodieke uitkering voor de erflater meer dan 180 dagen vóór zijn overlijden is geëindigd.’*

Met betrekking tot onderdeel a is een discussie gaande in de literatuur of het bedoelde verwantschap moet bestaan op het tijdstip waarop de vruchtgebruiker overlijdt, dan wel op het tijdstip van de rechtshandeling of op beide momenten. Dit onderscheid is voornamelijk van belang voor de verkrijgers die gekwalificeerd worden als partner. Van Duyn<sup>78</sup> en Drielsma<sup>79</sup> zijn van mening dat het moment van de rechtshandeling van belang is. Naar hun mening is artikel 10 SW 1956 in de wet gekomen als anti-ontgaansbepaling en kan de (kwade) gezindheid alleen vastgesteld worden op het moment van de rechtshandeling. Op het moment van de rechtshandeling moet naar hun mening dus ook de verwantschapseis getoetst worden. Drukker<sup>80</sup>, Schuttevâer/Zwemmer<sup>81</sup> en Van Vijfeijken<sup>82</sup> zijn een andere mening toegedaan. Van Vijfeijken is van mening dat artikel 10 SW 1956 probeert te voorkomen dat bij overlijden iets van betekenis wordt nagelaten, terwijl bij bepaalde personen de aanwas van bloot eigendom naar een volledige eigendom (onbelast) kan plaatsvinden. Wanneer niet voldaan is aan de verwantschapseis op het moment van overlijden, dan heeft naar de mening van Van Vijfeijken de overdracht niet plaatsgevonden met als doel besparing van erfbelasting. Naar mijn mening is dit de correcte zienswijze. Bovendien geldt dat de erfbelasting een tijdstipbelasting is. Het overlijden is het belastbare feit dat uiteindelijk leidt tot heffing van erfbelasting. In mijn optiek zou het vandaar logisch zijn om te testen aan de verwantschapseis op het moment van overlijden. Daarnaast merkt Sonneveldt<sup>83</sup> terecht op dat anders gemakkelijk artikel 10 SW 1956 ontweken kan worden door middel van het sluiten van de overeenkomst bij aanvang van de samenwoning, als de samenwoners nog niet voldoen aan het partnerbegrip voor de erfbelasting.<sup>84</sup> Hetzelfde gaat op wanneer een notariële samenlevingsovereenkomst met wederzijdse zorgplicht wordt afgesloten na het sluiten van de overeenkomst (de rechtshandeling). Op het moment van het sluiten van de overeenkomst zijn de samenwoners nog geen partners. Dat ze dan later partner worden op grond van artikel 1a, lid 1 onderdeel c SW 1956 maakt vervolgens niet uit wanneer aangesloten wordt bij de rechtshandeling als moment waarop het verwantschap moet bestaan.

### 2.3.5 Artikel 10, lid 5 SW 1956

Artikel 10, lid 5 SW 1956 geeft een beperking op het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 en luidt als volgt: *‘Dit artikel is niet van toepassing voor zover het genot, bedoeld in het eerste lid, betrekking heeft op een onderbedelingsvordering die is ontstaan als gevolg van een verdeling van de volle eigendom van goederen en voor zover het nominale bedrag van de met de onderbedelingsvordering corresponderende overbedelingsschuld niet groter is dan de waarde van de overbedeling.’*

Lid 5 beperkt het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 door schulden uit hoofde van een verdeling van een nalatenschap buiten het toepassingsbereik te laten. Hierbij betreft het schulden wegens overbedeling ten opzichte welke schuld volle eigendom is verkregen en waarbij het nominale bedrag niet groter is dan de waarde van de overbedeling. Oorspronkelijk had dit lid alleen betrekking op de

---

<sup>78</sup> Y.D.C. van Duyn, *‘Beschouwingen over de Successiewet 1956’*, WPNR 1961/4676.

<sup>79</sup> H.A. Drielsma *‘Fiscale aspecten van vruchtgebruik’*, Preadvis voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1961, p. 100.

<sup>80</sup> M. Drukker, *‘Beschouwingen over de Successiewet 1956’*, 1957, p. 81.

<sup>81</sup> H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, *‘De Nederlandse Successiewetgeving’*, Kluwer, Deventer 1998, p. 118.

<sup>82</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *‘Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956’*, tweede druk, Kluwer Deventer 2013, p. 88-89.

<sup>83</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 147.

<sup>84</sup> Op dat moment wordt namelijk nog niet voldaan aan de vijfjarentermijn.

quasi-wettelijke verdeling, maar dit werd later uitgebreid naar alle onderbedelingsvorderingen die ontstaan ten gevolge van een verdeling van een nalatenschap. In hoofdstuk 3 wordt nader ingegaan over de invloed van artikel 10 SW 1956 lid 5 op het wettelijke en testamentaire erfrecht.

### 2.3.6 Artikel 10, lid 6 SW 1956

Artikel 10, lid 6 SW 1956 geeft tevens een beperking op het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 en luidt als volgt: *‘Dit artikel is niet van toepassing indien het vruchtgebruik, bedoeld in het eerste lid, bestaat uit een vruchtgebruik van een geldsom dat is ontstaan doordat bij een legaat tegen inbreng van die geldsom, de inbreng op basis van een testamentaire bepaling schuldig is gebleven. De eerste volzin is niet van toepassing voor zover de schuldig gebleven inbreng direct of indirect verband houdt met de verkrijging door de erflater van een vruchtgebruik dan ten gevolge van het overlijden van de erflater teniet gaat.’*

In principe leidt een schuldigerkenning, die haar oorsprong vindt in een legaat, tot de toepassing van artikel 10 SW 1956. Hiervoor is echter een uitzondering opgenomen in het zesde lid. Onder de werking van artikel 10 SW 1956 valt niet de overbedelingssschuld uit hoofde van een wettelijke verdeling.<sup>85</sup> Wanneer een vordering uit hoofde van een legaat tegen inbreng van de waarde wel onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 zou vallen, leidt dit tot een onrechtvaardig verschil in behandeling.<sup>86</sup> Vandaar is gekozen om voor vorderingen uit hoofde van een legaat tegen inbreng een uitzondering op te nemen in artikel 10, lid 6 SW 1956. Overigens is de uitzondering ook van toepassing wanneer het legaat slecht één enkel goed betreft.

De uitzondering van artikel 10, lid 6 SW 1956, geldt niet wanneer, in afwijking van het testament, de inbrengverplichting van de legataris schuldig gebleven mag worden aan de erfgenaam en daarbij een zakelijk rente wordt bijgeschreven.<sup>87</sup> In een dergelijk geval valt het schuldigerkende bedrag en de bijgeschreven rente onder het toepassingsbereik van artikel 10, lid 1 SW 1956

Uitgezonderd van de uitzondering van artikel 10, lid 6 SW 1956 is de inbrengvordering met betrekking tot een vruchtgebruiklegaat. Voor deze uitzondering is geen nadere toelichting gegeven.<sup>88</sup> Het gevolg van deze uitzondering is daarentegen wel dat het tot dubbele belastingheffing leidt in combinatie met artikel 10, lid 1 SW 1956. Dit wordt nader toegelicht aan de hand van een voorbeeld.<sup>89</sup>

#### Voorbeeld 2.3

*A en B zijn onder gemeenschap van goederen gehuwd. De waarde van de gemeenschap bedraagt €2.000.000. Op een gegeven moment komt A tot overlijden. C is de enige erfgenaam en aan B, de legataris, wordt het vruchtgebruik van de nalatenschap gelegateerd tegen inbreng van de waarde. Het vruchtgebruik heeft een waarde van €600.000 waarbij geldt dat de inbreng schuldig kan worden gebleven. Dit betekent dat B het vruchtgebruik verwerft ten laste van haar eigen vermogen. Artikel 10, lid 1 SW 1956 moet worden toegepast op dit vermogen waarvan de waarde €1.000.000 bedraagt. De fictieve verkrijging van C bedraagt €1.000.000 waarop in mindering gebracht kan worden hetgeen opgeofferd is. De waarde van de opoffering is echter nihil, omdat het blote eigendom krachtens erfrecht afkomstig is uit de nalatenschap van A. Afgevraagd zou kunnen worden of het terecht is dat de opoffering nihil bedraagt. B heeft voor een bedrag van €600.000 eigendomsrechten omgezet in genotsrechten waardoor naar mijn mening verdedigd kan worden dat de blote-eigendoms waarde van*

<sup>85</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *‘De fictiebepalingen met ingang van januari 2010*, WPNR 2010/6833.

<sup>86</sup> Kamerstukken II 2009-10, 31 390, nr. 13, p. 18.

<sup>87</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *‘De fictiebepalingen met ingang van januari 2010*, WPNR 2010/6833.

<sup>88</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 19.

<sup>89</sup> Het voorbeeld is ontleend aan: I.J.F.A. van Vijfeijken, *‘De fictiebepalingen met ingang van januari 2010’*, WPNR 2010/6833.

€400.000 (€1.000.000 - € 600.000) afgetrokken kan worden van de waarde van de fictieve verkrijging. Hierdoor zou de waarde van de fictieve verkrijging €600.000 bedragen, hetgeen in overeenstemming is met het bedrag waarvoor B eigendomsrechten in genotsrechten heeft omgezet.

Artikel 10 SW 1956 is daarnaast van toepassing op het legaat tegen inbreng vordering, immers is de uitzondering van artikel 10, lid 6 SW 1956 daarop niet van toepassing. Het gevolg hiervan is dat het genotsrecht tot tweemaal toe belast wordt. Op het moment dat B overlijdt, laat B een vermogen na van €400.000 (€1.000.000 (afkomstig uit de huwelijksgemeenschap) - €600.000 (het schuldig gebleven vruchtgebruik)). Op grond van artikel 1 SW 1956 wordt belasting geheven over het bedrag van €400.000. Daarnaast wordt €600.000 belast op grond van artikel 10, lid 1 SW 1956, hetgeen de waarde is waarvoor B het vruchtgebruik verworven had ten laste van haar eigen vermogen. Tenslotte wordt nogmaals €600.000 belast op grond van artikel 10, lid 1 SW 1956. Dit komt doordat de uitzondering van artikel 10, lid 6 SW 1956 niet opgaat in deze situatie waardoor de waarde van de inbrengschuld nogmaals belast wordt. Naar mijn mening zou de tweede volzin van artikel 10, lid 6 SW 1956 moeten vervallen, waardoor de inbrengvordering met betrekking tot een vruchtgebruiklegaat ook onder de uitzondering van artikel 10, lid 6 SW 1956 valt. Hierdoor wordt dubbele heffing voorkomen, hetgeen een goede ontwikkeling is vanwege het feit dat het niet de bedoeling is dat dubbele heffing plaatsvindt.<sup>90</sup>

### 2.3.7 Artikel 10, lid 7 SW 1956

Artikel 10, lid 7 SW 1956 geeft mede een beperking op het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 en luidt als volgt:

*‘Voor de toepassing van dit artikel wordt niet als een rechtshandeling in de zin van dit artikel aangemerkt:*

- a. de overdracht van de blote eigendom als gevolg van de uitoefening van een wilsrecht als bedoeld in de artikelen 19 of 21 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek;*
- b. een schuldigerkenning op grond van een wilsrecht opgenomen in Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek.*

De vordering die een kind heeft op de langstlevende ouder (artikel 19 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek) of op de stiefouder (artikel 21 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek) wordt bij het uitoefenen van een blooteigendomswilsrecht afgelost door een overdracht van goederen waarbij de langstlevende ouder of stiefouder zich een vruchtgebruik voorbehoudt.<sup>91</sup> Van Vijfeijken stelt dat artikel 10 SW 1956 toegepast moet worden op deze figuur, omdat langstlevende ouder of langstlevende stiefouder partij is bij een rechtshandeling waar een omzetting plaatsvindt van volle eigendom naar blote eigendom.<sup>92</sup> Het feit dat de bevoegdheid tot uitoefening van het blooteigendomswilsrecht gebaseerd is op het erfrecht van boek 4 van het Burgerlijk Wetboek doet naar haar mening niet af van het feit dat de langstlevende ouder ofwel langstlevende stiefouder partij was bij de rechtshandeling. De wetgever was daarentegen een andere mening aangedaan. De wetgever stelde dat ‘van een rechtshandeling als bedoel in artikel 10, eerste lid van de Successiewet 1956 ... in deze situaties niet (kan) worden gesproken.’<sup>93</sup> De wetgever was van mening dat geen sprake kon zijn van een rechtshandeling in de zin van artikel 10 SW 1956, omdat ‘het recht van het kind om zich onder omstandigheden goederen te laten overdragen onder voorbehoud van vruchtgebruik, rechtstreeks

<sup>90</sup> Kamerstukken I 2009-2010, 31 930, D, p. 14.

<sup>91</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956 (Fiscale Monografieën nr. 100)*, 2014/6.5.2., Deventer: Kluwer 2013.

<sup>92</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *‘Fiscale gevolgen van het nieuwe erfrecht en schenkingsrecht’*, FTV 2001/1, blz. 6.

<sup>93</sup> Kamerstukken II 1999-2000, 27 245, nr. 3, p. 20. In gelijke zin R.T.G. Verstraaten, *‘Fiscale aspecten van het komende versterferfrecht’*, WPNR (1998) 6336, p. 742.

voortvloeit uit de wet'.<sup>94</sup> In de literatuur werd daarentegen betoogd dat dergelijke situaties wel onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 vallen, echter dat een daadwerkelijke toepassing van artikel 10 SW 1956 ongewenst zou zijn.<sup>95</sup> Een uitzondering zou dus moeten worden toegevoegd aan artikel 10 SW 1956. Per 1 januari 2010 is deze uitzondering toegevoegd in de vorm van artikel 10, lid 7, onderdeel a SW 1956. In de toelichting op het nieuwe lid wordt aangegeven dat overdracht van de blote eigendom aangemerkt moet worden als een rechtshandeling in de zin van artikel 10 SW 1956.<sup>96</sup> De wetgever is naar mijn mening terecht overstag gegaan.

Met ingang van 1 januari 2010 is bij amendement artikel 10, lid 7, onderdeel b SW 1956 opgenomen in de wet.<sup>97</sup> Het doel van artikel 10, lid 7, onderdeel b SW 1956 is om schuldigerkenning op grond van een wilsrecht opgenomen in Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, buiten het bereik van artikel 10 SW 1956 te laten vallen.<sup>98</sup> Dit wordt bereikt door het niet aan te duiden als een rechtshandeling, waardoor artikel 10 SW 1956 niet toegepast kan worden. In bepaalde gevallen wordt tot een uitstel van de opeisbaarheid van de legitimaire vordering overgegaan.<sup>99</sup> Namelijk wanneer de wettelijke verdeling van toepassing is en de vordering van de legitimaris ten laste komt van goederen waarop een vruchtgebruik, conform Artikel 29 en Artikel 30 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, is of mogelijk kan worden gevestigd ter verzorging van de echtgenoot die het langst leeft.<sup>100</sup> Op grond van Artikel 82 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek kan de erflater de opeisbaarheid van de legitimaire ook bij testament uitstellen. Hierbij geldt wel als eis dat de erfrechtelijke verkrijgingen toekomen aan ofwel de echtgenoot of aan een andere levenspartner. De voorgaande gevallen komen overeen in het feit dat een bedrag schuldig wordt erkend aan de legitimaris, terwijl de langstlevende levensgezel of langstlevende echtgenoot het genotsrecht behoudt. De langstlevende houdt hierbij zowel het genot van de vordering als het genot van de rente die bijgeschreven wordt. Dit komt doordat Artikel 84 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek stelt dat slechts een enkelvoudige rente wordt bijgeschreven wanneer de wettelijke rente meer dan 6% bedraagt. Zowel het genot van de vordering alsmede het genot van de rente vallen niet onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 op grond van artikel 10, lid 7, onderdeel a SW 1956. Het voorgaande is in lijn met de intentie van de wetgever. De wetgever tracht de fiscale gevolgen met betrekking tot het wettelijk erfrecht te beperken, zoals afgeleid kan worden uit verscheidene bepalingen in de SW 1956.<sup>101</sup> Artikel 10, lid 7 SW 1956 leidt vandoor tot een wettekst die in overeenkomst is met de intentie van de wetgever.

### 2.3.8 Artikel 10, lid 8 SW 1956

Artikel 10, lid 8 SW 1956 luidt als volgt: *'Indien bij iemand ten aanzien van wie dit artikel zou zijn toegepast indien hij ten tijde van het overlijden van de erflater nog in leven zou zijn geweest, artikel 7 van toepassing zou zijn geweest, vindt ten aanzien van zijn rechtsopvolgers krachtens erfrecht laatstgenoemd artikel toepassing naar rato van hun verkrijging op grond van dit artikel'*.

Op grond van het oude artikel 10, lid 5, onderdeel 3 SW 1956 was de fictie van artikel 10 SW 1956 niet van toepassing wanneer de verkrijger voor de erflater overleed. De redenatie hierachter was dat het dubbele heffing moest voorkomen.<sup>102</sup> Het bestanddeel dat verkregen is ten gevolge van de

<sup>94</sup> Kamerstukken II 1999-2000, 27 245, nr. 3, p. 20

<sup>95</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956 (Fiscale Monografieën nr. 100)*, 2014/6.5.2., Deventer: Kluwer 2013.

<sup>96</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 16, p. 9.

<sup>97</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 68, p. 4.

<sup>98</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956 (Fiscale Monografieën nr. 100)*, 2014/6.5.3., Deventer: Kluwer 2013.

<sup>99</sup> Artikel 81 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>100</sup> B.C.M. Waaijer, *Handboek erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 312 en p. 367 e.v.

<sup>101</sup> Denk hierbij bijvoorbeeld aan artikel 1, lid 5 en 8 SW 1956.

<sup>102</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: *Cursus Belastingrecht S&E 5.5.0.H*, Deventer: Wolters Kluwer.



rechtshandeling is immers al belast geweest als goed bij de nalatenschap van de verkrijger. In de praktijk was dit echter geen goed argument, omdat ook dubbele heffing plaatsvindt wanneer eerst de erflater overlijdt, zoals bedoeld in artikel 10, lid 1 SW 1956, en daaropvolgend de fictieve verkrijger overlijdt. Naar aanleiding hiervan heeft de wetgever besloten om de uitzondering van het oude artikel 10, lid 5, onderdeel 3 SW 1956 te laten vervallen met ingang van 1 januari 2010. Hierdoor wordt bij het overlijden van de erflater de krachtens erfrecht rechtsopvolger alsnog betrokken in de heffing van artikel 10 SW 1956. Deze verkrijger heeft echter niets opgeofferd met betrekking tot de verkrijging, immers heeft zijn rechtsvoorganger de schenkbelasting voldaan of de koopsom met betrekking tot het blote eigendom betaald. Dit zou in principe betekenen dat de tweede verkrijger de opgeofferde bedragen door zijn rechtsvoorganger niet in aanmerking mag nemen. Op grond van artikel 10, lid 8 SW 1956 mag dit echter wel.

### 2.3.9 Artikel 10, lid 9 SW 1956

Artikel 10, lid 9 SW 1956 geeft een uitbreiding op het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 en luidt als volgt: *‘Het eerste lid is mede van toepassing indien tot het vermogen van de erflater een of meer als gevolg van een uiterste wil ontstane schulden behoren, voor zover de nominale waarde van die schuld, onderscheidenlijk die schulden, meer bedraagt dan de waarde van hetgeen die erflater krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt. Voor de bepaling van de laatstbedoelde waarde worden de in de eerste volzin bedoelde schulden buiten beschouwing gelaten.’*

Artikel 10, lid 9 SW 1956 ziet op rechtsfiguren die naar doel en strekking onder artikel 10 SW 1956 vallen, maar waarvan twijfel zou kunnen ontstaan of zo onder de reikwijdte van artikel 10, lid 1 SW 1956 vallen.<sup>103</sup> Als mogelijk voorbeeld kan hierbij gedacht worden aan het ik-opa-testament. In hoofdstuk 4 van deze scriptie wordt hierop nader ingegaan.

## 2.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is allereerst de wetsgeschiedenis van artikel 10 SW 1956 besproken. Hieruit volgde dat artikel 10 SW 1956 het karakter van een antimisbruikbepaling kent. In het vervolg van het hoofdstuk is aandacht geschonken aan de vele voorwaarden en uitzonderingen die artikel 10 SW 1956 kent. In het opkomende hoofdstuk wordt onderzocht in welke gevallen artikel 10 SW 1956 van toepassing is bij het wettelijke of testamentaire erfrecht.

---

<sup>103</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *‘De fictiebepalingen met ingang van januari 2010, WPNR 2010/6833.*

## Hoofdstuk 3: Toepassing van artikel 10 SW 1956 onder het wettelijke en testamentaire erfrecht

### 3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is stilgestaan bij de wetsgeschiedenis van artikel 10 SW 1956. Daarnaast zijn de voorwaarden en uitzonderingen van artikel 10 SW 1956 besproken. In dit hoofdstuk staat de toepassing van artikel 10 SW 1956 onder het wettelijke en testamentaire erfrecht centraal. Hierbij wordt een antwoord gezocht op de volgende deelvraag:

*'In welke gevallen is artikel 10 SW 1956 van toepassing bij het wettelijke of testamentaire erfrecht en wat zijn mogelijke knelpunten die kunnen ontstaan voor de toepassing van artikel 10 SW 1956 bij het wettelijke of testamentair erfrecht?'*

In dit hoofdstuk wordt de toepassing van artikel 10 SW 1956 onder het wettelijke en testamentaire erfrecht onderzocht.<sup>104</sup> Dit wordt mede gedaan met behulp van het overzicht dat het Ministerie van Financiën heeft gemaakt.<sup>105</sup> In dit overzicht wordt weergegeven wanneer artikel 10 SW 1956 toegepast dient te worden. Daarnaast zullen enkele andere situaties besproken worden waarbij artikel 10 SW 1956 mogelijk toegepast dient te worden. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie.

### 3.2 De wettelijke verdeling

De wettelijke verdeling vindt toepassing wanneer door de erflater geen testament opgemaakt is en de erflater een echtgenoot en minstens één kind of bij plaatsvervulling kleinkind achterlaat.<sup>106</sup> In een dergelijke situatie zal het (klein)kind<sup>107</sup> en de echtgenoot voor gelijke delen erfgenamen zijn.<sup>108</sup> Op grond van de wettelijke verdeling worden echter alle goederen en schulden die tot de nalatenschap behoren, toegedeeld aan de langstlevende echtgenoot. De echtgenoot verkrijgt hierdoor meer dan het erfdeel waarop hij recht heeft. Om deze reden ontstaat een overbedelingsschuld aan de kinderen voor hun erfdeel. De kinderen krijgen hierdoor een vordering op de langstlevende ouder. Deze vordering is opeisbaar wanneer de langstlevende ouder komt te overlijden, de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard op de langstlevende ouder of wanneer de langstlevende ouder in staat van faillissement is verklaard.<sup>109</sup> Met betrekking tot de overbedelingsschuld geldt dat wanneer de wettelijke rente meer dan 6% bedraagt dat dan jaarlijks een enkelvoudige rente moet worden bijgeschreven. Op grond van artikel 21, lid 15 SW 1956 geldt dat de overbedelingsschuld als renteloos moet worden aangemerkt voor de toepassing van de SW 1956. Voorgaande wordt nader toegelicht aan de hand van een voorbeeld.<sup>110</sup>

#### Voorbeeld 3.1

*Op een gegeven moment komt erflater tot overlijden. De nalatenschap bedraagt €600.000 en gaat naar het kind (K) en naar de echtgenote van erflater (V). De erflater heeft geen testament opgemaakt. De echtgenote is 63 jaar oud ten tijde van het overlijden van erflater.*

<sup>104</sup> Met uitzondering van het ik-opa-testament/ik-opa-lastbepaling. Deze wordt nader onderzocht in hoofdstuk 4.

<sup>105</sup> Brief van de staatssecretaris van 29 oktober 2009, Kamerstukken II, 2009-2010, 31 930, nr. 76, p. 5.

<sup>106</sup> Zie hiervoor artikel 13 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>107</sup> Of stiefkind/kinderen.

<sup>108</sup> Hierbij wordt aangenomen dat de echtgenoot de langstlevende is.

<sup>109</sup> D.J. Saija, In: Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer, NTFR (commentaar op artikel 10).

<sup>110</sup> Het voorbeeld is ontleend aan: I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: Cursus Belastingrecht S&E 4.4.0.B, Deventer: Wolters Kluwer.

*V en K zijn voor een gelijk deel erfgenaam en verkrijgen beide dus €300.000. Op grond van de wettelijke verdeling krijgt V echter de gehele nalatenschap met een waarde van €600.000. Hierbij ontstaat wel een overbedelingsschuld ten opzichte van K voor een waarde van €300.000. Op grond van artikel 21, lid 15 SW 1956 wordt de overbedelingsschuld geacht renteloos te zijn. Hierdoor heeft V het fictieve vruchtgebruik van de overbedelingsschuld. De waarde van het fictieve vruchtgebruik bedraagt  $6\%^{111} \times €300.000 \times 10^{112} = €180.000$ . De verkrijging van V bedraagt dan  $€300.000 + €180.000 = €480.000$  en de verkrijging van K bedraagt  $€300.000 - €180.000 = €120.000$ .<sup>113</sup>*

Eén van de voorwaarden voor toepassing van artikel 10 SW 1956 is dat het vermogensbestanddeel in verband met een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen is verkregen.<sup>114</sup> De wettelijke verdeling is daarentegen een verdeling die plaatsvindt op grond van de wet. De wettelijke verdeling komt hierbij van rechtswege tot stand wanneer de erflater overlijdt. Van het verrichten van een rechtshandeling is vandaar geen sprake. In het bovenstaande voorbeeld zou artikel 10 SW 1956 niet toegepast kunnen worden.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de wettelijke verdeling per testament is opgemaakt. In een dergelijke situatie kan de wettelijke verdeling per testament op enkele vlakken verschillen ten opzichte van het versterkerrecht. Zo kan bijvoorbeeld de langstlevende voor een lager percentage tot erfgenaam benoemd worden.<sup>115</sup> Daarnaast kan in het testament een rente vastgesteld worden over de overbedelingsschuld die vergoed moet worden door langstlevende. Voorgaande wordt kort toegelicht aan de hand van een voorbeeld.<sup>116</sup>

### *Voorbeeld 3.2*

*Op een gegeven moment komt erflater tot overlijden. De nalatenschap bedraagt €600.000 en gaat naar het kind en naar de echtgenote van erflater. De erflater heeft een wettelijke verdeling per testament opgemaakt waarbij bepaald is dat de echtgenote van de erflater een samengestelde rente van 6% over de overbedelingsschuld moet bijschrijven. Artikel 21, lid 15 SW 1956 vindt geen toepassing in dit voorbeeld, omdat de langstlevende een samengestelde rente van 6% moet bijschrijven. De langstlevende krijgt vandaar geen fictief vruchtgebruik en de vordering van het kind op de echtgenote van de erflater moet worden gewaardeerd op de nominale waarde. Zowel het kind als de echtgenote van de erflater verkrijgen €300.000.<sup>117</sup>*

Artikel 10 SW 1956 vindt mede geen toepassing op bovenstaand voorbeeld. De vordering op de langstlevende ontstaat van rechtswege waardoor van een rechtshandeling geen sprake is en artikel 10 SW 1956 vandaar geen toepassing vindt.

Indien de renteaafsprake (stel bijvoorbeeld 6% samengesteld), zoals bedoeld in artikel 1, lid 3 SW 1956, buiten de aangiftetermijn wordt vastgesteld of overeengekomen dan is sprake van een schenking (of

<sup>111</sup> Artikel 21, lid 14 SW 1956 alsmede artikel 10 Uitvoeringsbesluit SW 1956.

<sup>112</sup> Artikel 5 Uitvoeringsbesluit SW 1956.

<sup>113</sup> Hierbij wordt geen rekening gehouden met de vrijstelling van artikel 32 SW 1956.

<sup>114</sup> Zie hiervoor paragraaf 2.3.1.2.

<sup>115</sup> In het hiervoor gebruikte voorbeeld was de langstlevende voor 50% erfgenaam en het kind was voor de resterende 50% erfgenaam. Wanneer de wettelijke verdeling per testament wordt gebruikt kan daarvan afgeweken worden en bijvoorbeeld de langstlevende voor 10% tot erfgenaam benoemd worden en het kind voor de resterende 90%.

<sup>116</sup> Het voorbeeld is ontleend aan: I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: *Cursus Belastingrecht S&E 4.4.0.B*, Deventer: Wolters Kluwer.

<sup>117</sup> Hierbij wordt geen rekening gehouden met de vrijstelling van artikel 32 SW 1956.

gift) zowel uit civielrechtelijk als fiscaal oogpunt.<sup>118</sup> Civielrechtelijk heeft het fictieve vruchtgebruik nooit bestaan en gaat de langstlevende echtgenoot onverplicht met de renteafspraak een overeenkomst aan om rente te betalen over de overbedelingsschuld. Hierdoor verrijken de kinderen en verarmt de langstlevende echtgenoot waardoor sprake is van een gift. Uit fiscaal oogpunt doet de langstlevende afstand van het fictieve vruchtgebruik, hetgeen leidt tot een schenking voor de kinderen waarover schenkbelasting verschuldigd is. Het bijschrijven van de rente leidt tot een uitholling van de nalatenschap van langstlevende.<sup>119</sup> Overigens leidt dit niet tot een besparing van erfbelasting, omdat artikel 10 SW 1956 toegepast dient te worden over de waarde van de opgebouwde rente op het moment van overlijden van langstlevende echtgenoot.<sup>120</sup> Opgemerkt dient te worden dat heffing op grond van artikel 10 SW 1956 voorkomen kan worden in deze situatie wanneer de langstlevende tijdens het leven de vordering aflost of voldoet aan de rente verschuldigd aan de kinderen.<sup>121</sup> Hierbij moet wel rekening gehouden worden met de 180 dagen termijn opgenomen in artikel 10, lid 4 SW 1956. Daarnaast is het ook mogelijk dat de kinderen en langstlevende ouder afwijken van de rente opgenomen in het testament en een lagere rente overeenkomen. In deze situatie is artikel 10 SW 1956 niet van toepassing, omdat niet verkregen wordt ten koste van het vermogen van de langstlevende ouder.<sup>122</sup> De kinderen zien vrijwillig af van (een gedeelte) de rente waardoor sprake is van een schenking aan de langstlevende ouder.

### 3.3 De ouderlijke boedelverdeling

Per 1 januari 2003 is het niet meer mogelijk om een ouderlijke boedelverdeling op te stellen.<sup>123</sup> Op grond van artikel 79 Overgangswet (hierna OW) blijven ouderlijke boedelverdelingen die opgesteld zijn voor 1 januari 2003 echter geldig. Toepassing van een ouderlijke boedelverdeling leidt ertoe dat de gehele nalatenschap wordt toegedeeld aan de langstlevende echtgenoot. De kinderen verkrijgen hierbij een onderbedelingsvordering op de langstlevende echtgenoot. De waarde van de onderbedelingsvordering en de samenhangende overbedelingsschuld moet worden gewaard conform het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 1989.<sup>124</sup> Voorgaande wordt kort toegelicht aan de hand van een voorbeeld.<sup>125</sup>

#### Voorbeeld 3.3

*Op een gegeven moment komt erflater tot overlijden. Erflater heeft een ouderlijke boedelverdeling opgesteld, waardoor de weduwe de gehele nalatenschap krijgt toegedeeld. De kinderen verkrijgen een onderbedelingsvordering op de weduwe met een nominale waarde van €100.000 per kind. De weduwe was 62 jaar oud op het moment van overlijden van erflater.*

*Stel dat de vorderingen van de kinderen renteloos zijn waardoor de weduwe het genot hierover heeft. In een dergelijk geval wordt het genot gewaardeerd op 6% per jaar.<sup>126</sup> De waarde van het genot*

<sup>118</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: Cursus Belastingrecht S&E 6.4.0.A, Deventer: Wolters Kluwer.

<sup>119</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 73.

<sup>120</sup> Op grond van artikel 7, lid 2 SW 1956 mag de schenkbelasting verrekend worden met de verschuldigde erfbelasting.

<sup>121</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 73. In de praktijk is het vandaar verstandig om daadwerkelijk jaarlijks de rente te betalen om toepassing van artikel 10 SW 1956 te voorkomen.

<sup>122</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 73.

<sup>123</sup> De ouderlijke boedelverdeling is gebaseerd op artikel 1167 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek (oud).

<sup>124</sup> HR 11 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4084, BNB 1989/260 (concl. Moltmaker).

<sup>125</sup> Het voorbeeld is ontleend aan: I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: Cursus Belastingrecht S&E 8.8.0.B, Deventer: Wolters Kluwer.

<sup>126</sup> Artikel 21, lid 14 SW 1956 alsmede artikel 10 Uitvoeringsbesluit SW 1956.

bedraagt dan  $6\% \times \text{€}100.000 \times 10^{127} = \text{€}60.000$ . De onderbedelingsvordering van de kinderen heeft dan een waarde van  $\text{€}100.000 - \text{€}60.000 = \text{€}40.000$ .

Stel nu dat de vorderingen niet renteloos waren, maar dat een rentevergoeding moet worden bijgeschreven op basis van een samengesteld rentepercentage van 4%. In deze situatie heeft de weduwe het genot voor een percentage van  $6\% - 4\% = 2\%$ . De waarde van het genot bedraagt dan  $2\% \times \text{€}100.000 \times 10 = \text{€}20.000$ . De onderbedelingsvordering van de kinderen heeft dan een waarde van  $\text{€}100.000 - \text{€}20.000 = \text{€}80.000$ .

Tenslotte is het ook mogelijk dat een enkelvoudige opgesteld is. Op grond van het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 1989 moet de enkelvoudige rente dan worden herleid tot een samengesteld rentepercentage. Stel de enkelvoudige rente bedraagt 8%, hetgeen overeen zou komen met een samengesteld rentepercentage van 2%. In een dergelijke situatie heeft de weduwe het genot voor een percentage van  $6\% - 2\% = 4\%$ . De waarde van het genot bedraagt dan  $4\% \times \text{€}100.000 \times 10 = \text{€}40.000$ . De onderbedelingsvordering van de kinderen heeft dan een waarde van  $\text{€}100.000 - \text{€}40.000 = \text{€}60.000$ .

Net als voor de wettelijke verdeling geldt dat artikel 10 SW 1956 in principe niet van toepassing is op de ouderlijke boedelverdeling. De vordering ontstaat namelijk van rechtswege. Hierdoor is geen sprake van een rechtshandeling, hetgeen één van de voorwaarden voor de toepassing van artikel 10 SW 1956 is.

Hoewel dus artikel 10 SW in beginsel niet van toepassing is op de onderbedelingsvordering van het kinde bij het overlijden van de langstlevende, is dat wel het geval als na de aangifte erfbelasting een afwijkende renteafspraak wordt gemaakt. In een recentelijke uitspraak van rechtbank Den Haag<sup>128</sup> is geoordeeld dat artikel 10 SW 1956 wel toepassing vindt in een casus waarbij sprake was van een ouderlijke boedelverdeling. In deze casus kwam vader tot overlijden in 1991.<sup>129</sup> Op grond van de opgestelde ouderlijke boedelverdeling verkreeg de vrouw alle goederen van de nalatenschap. De zoon verkreeg hierbij een onderbedelingsvordering ter waarde van €71.326 op zijn moeder. In het opgestelde testament werd een enkelvoudige rentepercentage voortgeschreven van 6%. In 1992 leggen zoon en moeder afwijkende afspraken ten opzichte van het testament vast in een notariële akte. Toegevoegd wordt een nieuwe opeisbaarheidsgrond in het geval dat moeder in een bejaardentehuis wordt opgenomen. Het enkelvoudige rentepercentage zou in dat geval 9% bedragen. In 2004 is moeder verhuisd naar een bejaardentehuis. De zoon eist de vordering echter niet op. Zoon en moeder komen overeen in een onderhandse akte dat moeder vanaf 2004 een samengestelde rente<sup>130</sup> is verschuldigd over de aangegroeide rente alsmede de hoofdsom. Moeder komt tot overlijden in 2012. Op het moment van overlijden bedraagt de schuld €229.605.

In geschil bij de rechtbank is of artikel 10 SW 1956 toegepast dient te worden in bovenstaande casus. De belastingplichtige stelde dat de inspecteur ten onrechte losse elementen uit de akten heeft gelicht en op grond van deze losse elementen heeft geoordeeld dat sprake is van een schenking waarop artikel 10 SW 1956 van toepassing is. Naar de mening van de belastingplichtige moeten de notariële akten gezien worden als één geheel. Daarnaast zou van een schenking geen sprake zijn, omdat niet voldaan wordt aan de voorwaarden voor een schenking. In de optiek van de belastingplichtige is namelijk sprake van tegenover elkaar staande verplichtingen.

<sup>127</sup> Artikel 5 Uitvoeringsbesluit SW 1956.

<sup>128</sup> Rechtbank Den Haag 8 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2844, V-N 2019/42.10, NTFR 2019/2187.

<sup>129</sup> Opgemerkt dient te worden dat in deze casus niet sprake was van een pure ouderlijke boedelverdeling in combinatie met artikel 10 SW 1956 situatie, maar een situatie waarbij het verstreken van de aangiftetermijn een belangrijke rol speelde.

<sup>130</sup> De hoogte van de samengestelde rente is onbekend.

De rechtbank constateert allereerst dat geen tegenprestatie is overeengekomen door belanghebbende ten opzichte van de afwijkende rentevergoeding en afwijkende opeisbaarheidsgrond in 1992. Van tegenover elkaar staande verplichtingen kan vandaar geen sprake zijn. Hetzelfde geldt voor de overdracht, bij notariële akte van 9 juni 1993, van het economisch eigendom van het voormalig huis van de ouders naar de belastingplichtige. De moeder heeft zich hierbij een recht van bewoning en gebruik voorbehouden. Van tegenover elkaar staande verplichtingen is geen sprake volgens de rechtbank, omdat 'de koopsom van de economische eigendom deels verrekend wordt met de vordering die eiser op de moeder had en deels door de moeder aan eiser geschonken wordt. Van een erfrechtelijke verkrijging die voortvloeit dan wel samenhangt met het testament van de vader is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake.'<sup>131</sup> Met betrekking tot de opgebouwde rente, op grond van de onderhandse akte van 2004, oordeelt de rechtbank dat geen sprake is van een verkrijging krachtens erfrecht. De rechtbank overweegt hierbij het volgende: 'De nadere bepaling met betrekking tot de rente in de notariële akte van 4 november 1992 dient gelet op hetgeen is overwogen onder rechtsoverweging 17<sup>132</sup> te worden aangemerkt als een schenking van de moeder aan eiser. Nu de onderhandse akte van oktober 2004 een aanpassing betreft van de notariële akte van 4 november 1992 dient de daarin opgenomen bepaling ten aanzien van de rente eveneens te worden aangemerkt als een schenking.'<sup>133</sup> Met al het voorgaande in acht genomen oordeelt de rechtbank dat artikel 10 SW 1956 van toepassing dient te zijn.

Naar mijn mening heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat artikel 10 SW 1956 toepassing dient te vinden in deze casus. Artikel 10 SW is van toepassing wanneer erflater volle eigendom van een vermogen omzet in een levenslang genotsrecht van dit vermogen. Een verkoop van een woning, zoals in deze casus speelt, waarbij de moeder zich een recht van bewoning en gebruik heeft voorbehouden valt vandaar onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956. In deze casus heeft moeder echter de woning al 180 dagen voor het moment van overlijden verlaten, waardoor op grond van artikel 10, lid 4 onderdeel b SW 1956 niet artikel 10 SW 1956 van toepassing is. De inspecteur is echter van mening dat de renteverhogingen in 1992 en 2004 aangeduid moeten worden als een schenking.<sup>134</sup> De inspecteur stelt dat beide handelingen (die overeengekomen zijn na het verstrijken van de aangiftetermijn) moeten worden losgezien van de erfrechtelijke verkrijging. In die situatie zou sprake zijn van een schenking, waarbij moeder het vruchtgenot heeft gehad. Bij het overlijden van moeder zou namelijk pas de rente opeisbaar zijn. Het voorgaande heeft als gevolg dat heffing op grond van artikel 10 SW 1956 wel mogelijk is. Als tegenargumenten geeft de belastingplichtige dat de rechtshandelingen voortvloeien uit het erfrecht en dat de akten moeten worden genomen als één geheel. Daarnaast wordt als tegenargument gegeven dat sprake is van tegenover elkaar staande verplichtingen. In mijn optiek heeft de rechtbank deze tegenargumenten terecht weerlegt. De verkrijgingen door de belastingplichtige zijn terecht aangeduid als schenking waarop artikel 10 SW 1956 van toepassing is.

---

<sup>131</sup> Rechtbank Den Haag 8 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2844, V-N 2019/42.10, r.o. 18.

<sup>132</sup> R.o. 17 stelt: 'De rechtbank is van oordeel dat het betoog van eiser faalt. Uit de onder 3 vermelde notariële akte van 4 november 1992 volgt niet dat sprake is van tegenover elkaar staande verplichtingen tussen eiser en de moeder zoals eiser ter zitting heeft gesteld. Tegenover de nader, van het testament van de vader afwijkende, opeisbaarheidsgrond van de vordering en de afwijkende rentevergoeding, is geen door eiser geleverde tegenprestatie overeengekomen. De door eiser ingenomen stelling dat alles wat in deze akte is opgenomen uit het erfrecht voortvloeit gelet op het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BL5593) volgt de rechtbank evenmin nu in onderhavige zaak niet binnen de aangiftetermijn een overkomst is gesloten met betrekking tot de rentevergoeding over de vordering.'

<sup>133</sup> Rechtbank Den Haag 8 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2844, V-N 2019/42.10, r.o. 19.

<sup>134</sup> Rechtbank Den Haag 8 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2844, V-N 2019/42.10

### 3.4 Klassiek vruchtgebruiktestament

De toepassing van een klassiek vruchtgebruiktestament leidt in zijn algemeenheid ertoe dat de langstlevende wordt onterfd. Het gevolg hiervan is dat de kinderen aangewezen worden als de erfgenamen. Het vruchtgebruik van de gehele nalatenschap wordt aan de langstlevende gelegateerd. Wanneer langstlevende overlijdt, vererft alleen zijn eigen nalatenschap. Voorgaande wordt nader toegelicht aan de hand van een voorbeeld.<sup>135</sup>

#### Voorbeeld 3.4

*Op een gegeven moment komt erflater tot overlijden. Erflater heeft een vruchtgebruiktestament opgemaakt, waarbij nagelaten wordt aan zijn kind en aan zijn echtgenote. De waarde van de nalatenschap bedraagt €600.000. Op het moment van overlijden van erflater is de echtgenote 63 jaar oud.*

*Het gevolg van bovenstaand feitencomplex is dat het kind het blote eigendom verkrijgt en de echtgenote het vruchtgebruik. De waarde van het vruchtgebruik dat de echtgenote verkrijgt, bedraagt  $6\% \times €600.000 \times 10 = €360.000$ . Het kind verkrijgt vervolgens het blote eigendom, hetgeen een waarde heeft van  $€600.000 - €360.000 = €240.000$ .*

Wanneer een klassiek vruchtgebruiktestament wordt gebruikt, vindt artikel 10 SW 1956 in principe geen toepassing.<sup>136</sup> Eén van de vereisten voor toepassing van artikel 10 SW 1956 was namelijk dat ten koste van het vermogen van de erflater werd verkregen.<sup>137</sup> Wanneer langstlevende overlijdt wordt echter niks ten koste van het vermogen van de erflater verkregen. De erflater heeft namelijk nooit meer dan het vruchtgebruik gehad, waardoor geen sprake is van een omzetting van eigendomsrechten in genotsrechten.<sup>138</sup> Artikel 10 SW 1956 vindt daarom in principe geen toepassing. In twee situaties is dit echter mogelijk anders.

Zoals in par. 2.3.6 is besproken is het ten eerste mogelijk dat in het vruchtgebruiktestament bepaald is dat de waarde van het vruchtgebruik door de langstlevende moet worden vergoed aan de nalatenschap.<sup>139</sup> In een dergelijke situatie moet artikel 10 SW 1956 wel toegepast worden. De toepassing van artikel 10 SW 1956 kan mogelijk tot dubbele heffing leiden in deze situatie. Naar mijn mening zou de tweede volzin van artikel 10, lid 6 SW 1956 moeten vervallen, waardoor de inbrengvordering met betrekking tot een vruchtgebruiklegaat ook onder de uitzondering van artikel 10, lid 6 SW 1956 valt. Hierdoor wordt dubbele heffing voorkomen.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat een erfdeel is toegekend aan de langstlevende echtgenoot. De staatssecretaris is van mening dat in een dergelijke situatie artikel 10 SW 1956 van toepassing is, omdat volle eigendomsrechten omgezet worden in genotsrechten. Hierbij zou de omvang van het erfdeel alleen een rol spelen bij de kwestie op welk gedeelte artikel 10 SW 1956 toegepast dient te worden. De staatssecretaris heeft hierbij het volgende voorbeeld gegeven: 'Indien de langstlevende bijvoorbeeld voor 1% erfgenaam was, en voor de gehele nalatenschap wordt gekozen voor de vruchtgebruikvariant, is art. 10 SW bij het overlijden van de langstlevende voor die ene procent van

<sup>135</sup> Het voorbeeld is ontleend aan: I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: *Cursus Belastingrecht S&E 4.4.0.D*, Deventer: Wolters Kluwer. In het voorbeeld wordt geen rekening gehouden met de vrijstelling van artikel 32 SW 1956.

<sup>136</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9., p. 35.

<sup>137</sup> Zie hiervoor paragraaf 2.3.1.1.

<sup>138</sup> I.J.F.A van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer, 2002, pag. 122.

<sup>139</sup> Zie voor een meer uitgebreide bespreking over deze situatie paragraaf 2.3.6.

toepassing; bij een 50% erfstelling op die 50% etc.’<sup>140</sup> Uit de voorgaande zinsnede en de wettekst kan geoordeeld worden dat artikel 10 SW 1956 geen toepassing vindt wanneer de langstlevende echtgenoot bij de verdeling van de nalatenschap 1% in volle eigendom krijgt toebedeeld (zijn erfdeel) en over de resterende 99% het vruchtgebruik van de nalatenschap vestigt. Met betrekking tot de 1% vindt geen omzetting van vol eigendom naar genotsrecht plaats, waardoor artikel 10 SW 1956 geen toepassing vindt op deze 1%.

### 3.5 Flexibel keuzetestament

Bij een flexibel keuzetestament kan de wettelijke verdeling ongedaan gemaakt worden door de langstlevende echtgenoot.<sup>141</sup> De erflater legt niet vast wie wat krijgt, maar laat de langstlevende de keuzes maken op het moment van overlijden van de erflater. De langstlevende bepaalt onder andere de verdeling van de nalatenschap aan de hand van legaten die overgedragen zijn door erflater aan langstlevende. Het voordeel van een flexibel keuzetestament is hierbij dat, doordat de definitieve keuze pas gemaakt wordt na overlijden van de erflater, de langstlevende kan kiezen uit verschillende alternatieven.<sup>142</sup> Hierdoor kan de langstlevende zelf kiezen wat het beste uitkomt, hetgeen grote flexibiliteit meebrengt voor de positie van de langstlevende.

De langstlevende echtgenoot kan een vruchtgebruik verkrijgen wanneer de (quasi-)wettelijke verdeling ongedaan gemaakt wordt met behulp van een flexibel keuzetestament.<sup>143</sup> Naar de mening van de wetgever is artikel 10 SW 1956 mogelijk van toepassing in een dergelijke situatie, omdat eigendomsrechten gedeeltelijk worden omgezet in genotsrechten.<sup>144</sup> Onder bepaalde voorwaarden heeft de wetgever echter goedgekeurd dat artikel 10 SW 1956 geen toepassing vindt in deze situatie.<sup>145</sup> Deze voorwaarden luiden als volgt<sup>146</sup>:

- ‘De mogelijkheid tot ongedaanmaking van de wettelijke verdeling en de keuze voor het vruchtgebruik volgen uit het testament;
- De goedkeuring geldt voor het wettelijk erfdeel van de langstlevende volgens het testament. Als zijn erfdeel bijvoorbeeld 1/3 bedraagt ziet de goedkeuring op dit 1/3<sup>e</sup> deel. Als zijn wettelijk erfdeel 1/100 is, dan ziet de goedkeuring alleen op dit 1/100<sup>e</sup> deel;
- De ongedaanmaking van de wettelijke verdeling en de aanvaarding van het vruchtgebruiklegaat zijn gedaan binnen de met inachtneming van art. 45 vastgestelde aangiftetermijn.’

In mijn optiek is dit onderdeel van het besluit overbodig. De Besluitgever gaat onterecht ervan uit dat artikel 10 SW 1956 van toepassing zou zijn. Op grond van artikel 4:18 lid 2 BW werkt de ongedaanmaking van de wettelijke verdeling terug tot het moment van het openvallen van de nalatenschap. Het gevolg hiervan is dat de langstlevende nooit daadwerkelijk eigenaar geweest is van

---

<sup>140</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 86, bijlage p.4.

<sup>141</sup> D.J. Saija, In: Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer, NTFR (commentaar op artikel 10), alsmede art. 4:18 BW.

<sup>142</sup> Gebruikelijke keuzes zijn hierbij het keuzelegaat, vruchtgebruiklegaat en de wettelijke verdeling. De wettelijke verdeling moet hierbij binnen 3 maanden ongedaan gemaakt worden. In de praktijk wordt dit vaak als te kort beschouwd, waardoor de keuze gemaakt wordt voor de quasi-wettelijke verdeling, hiervoor geldt een langere termijn. Zie hiervoor mede paragraaf 3.7.

<sup>143</sup> Artikel 18 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>144</sup> Kamerstukken I, 2009-2010, 31 920, D, p.22, Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 17, p. 24 en Kamerstukken II, 2011-2012, 33 004, nr. 5, p. 4.

<sup>145</sup> Besluit van 18 oktober 2016, nr. BLKB2016/130M, paragraaf 3.8. Uit de praktijk is echter kritiek geuit op het besluit zie hiervoor bijvoorbeeld P. Blokland, ‘Het successiebesluit van 18 oktober 2016: over een slingerpad naar boven, maar de top is nog niet bereikt!’, FTV 2017/5-25

<sup>146</sup> De voorwaarden zijn cumulatief. Overigens geldt de goedkeuring ook voor het ongedaan maken van een ouderlijke boedelverdeling zoals besproken in paragraaf 3.3.



de erfdeelen die de kinderen verkregen uit de nalatenschap. Doordat de langstlevende nooit het volle eigendom gehad heeft, kan tevens geen sprake zijn van het omzetten van volle eigendom naar genotsrechten. Aan de vereisten van artikel 10 SW 1956 wordt niet voldaan, waardoor dit onderdeel van het besluit overbodig is.

### 3.6 Verdeling nalatenschap samenwonende partners en (stief)kinderen

Bij de verdeling van de nalatenschap in het geval van samenwonende partners met (stief)kinderen bestaat de mogelijkheid om in het testament op te nemen dat de verdeling van de nalatenschap verloopt op een soortgelijke wijze wanneer de wettelijke verdeling toegepast zou worden in het geval van gehuwden met kinderen. Dit houdt in dat de langstlevende partner wordt benoemd tot enig erfgenaam en dat de kinderen een niet opeisbaar legaat krijgen voor hun erfdeel. Het verschil met de wettelijke verdeling is dat de wettelijke verdeling van rechtswege tot stand komt waardoor artikel 10 SW 1956 geen toepassing vindt. In bovenstaande situatie ontstaat de verdeling niet van rechtswege waardoor artikel 10 SW 1956 in principe wel toepassing vindt. Naar mijn mening zou het onterecht zijn wanneer daadwerkelijk geheven zou worden, omdat beide gevallen eigenlijk gelijk aan elkaar zijn. Het enige verschil is dat in voorgenoemde situatie niet een huwelijk heeft plaatsgevonden. Op grond van het concept van leefvormneutraliteit<sup>147</sup> moeten vandaar beide gevallen gelijk behandeld worden naar mijn mening.<sup>148</sup><sup>149</sup> In mijn optiek is daarom terecht een uitzondering opgenomen voor deze situatie in artikel 10, lid 5 SW 1956, waardoor deze situatie niet onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 valt.

Op grond van artikel 10, lid 9 SW 1956 vindt de fictie echter wel toepassing wanneer de waarde van de schuld boven nominaal komt te liggen naar aanleiding van de oprenting van de schuld. Het doel van artikel 10, lid 9 SW 1956 is hierbij om uitholling van de nalatenschap te voorkomen.<sup>150</sup> Onder bepaalde voorwaarden is echter goedgekeurd dat artikel 10, lid 9 SW 1956 geen toepassing vindt in de situatie dat samenwonende partners met kinderen aansluiten bij de wettelijke verdeling. Naar mijn mening is dat terecht om op deze manier een gelijkschakeling te verwerklijken met het wettelijke erfrecht dat opgaat voor gehuwden. De voorwaarden wanneer artikel 10, lid 9 SW 1956 geen toepassing vindt, met betrekking tot de hiervoor besproken situatie, luiden als volgt<sup>151</sup>:

- 'De goedkeuring geldt voor niet opeisbare geldvorderingen op de als erfgenaam achtergelaten langstlevende partner;
- De geldvordering vloeit voor uit een legaat of erfstelling in het testament van de eerst overleden partner waarin de langstlevende partner tot erfgenaam is benoemd;
- De geldvordering is verkregen door een kind van de langstlevende partner of de eerst overleden partner;

---

<sup>147</sup> Ik sluit me aan bij de definitie van leefvormneutraliteit gevormd door Stevens in L.G.M. Stevens, *'Versterking van de leefvormneutraliteit in het fiscale beleid'*, WFR 2018/33. Stevens defineert leefvormneutraliteit als 'het toepassen van een belastingstelsel waarin feitelijk samenlevende partners (samen met hun inwonende kinderen) fiscaal als een gezin worden aangemerkt en als zodanig op basis van het gezamenlijke partnerinkomen (= gezinsinkomen) in de inkomstenbelasting worden belast, ongeacht de wijze waarop de aanbreng van het inkomen over de partners is verdeeld. Dat betekent dat de gezinnen, ongeacht de formele vorm die de partners voor hun wijze van samenleven hebben gekozen, gelijk worden behandeld. Ik ga daarbij telkens uit van tweerelaties op partnerniveau.'

<sup>148</sup> Overigens zijn er ook bezwaren tegen het gelijk behandelen van ongehuwd samenwonenden en gehuwden. Voor een bespreking van deze bezwaren verwijs ik naar N.C.G. Gubbels, *Samenlevingsverbanden in de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting* (FM nr. 136) 2011/6.3.6.

<sup>149</sup> Vanuit de praktijk lijkt er tevens meer rekening gehouden met de leefvormneutraliteit zie hiervoor bijvoorbeeld <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/18/bouwstenen-voor-een-beter-belastingstelsel-tweede-kamer>, bijlage 6, p. 91.

<sup>150</sup> D.J. Saija, In: *Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer*, NTFR (commentaar op artikel 10).

<sup>151</sup> Besluit van 18 oktober 2016, nr. BLKB2016/130M, paragraaf 3.7.

- Partners zijn degenen die op het tijdstip van overlijden van de eerst overleden partner, partners zijn als bedoeld in art. 1a, lid 1, 2, 3 of 5.'

Met betrekking tot dit onderdeel van het besluit merkt Blokland op dat zowel de eerste als de derde voorwaarde de fout in gaan.<sup>152</sup> De eerste voorwaarde is vreemd, omdat na het overlijden van de langstlevende de vorderingen van de kinderen opeisbaar worden. Op dit moment ontstaat pas vandaar de behoefte aan de goedkeuring van het besluit. Daarnaast lijkt uit de derde voorwaarde de conclusie getrokken kunnen worden dat de goedkering van het besluit geen betrekking heeft op de kleinkinderen. Blokland maakt hier, naar mijn mening terecht, de volgende opmerking over: 'Het ontgaat mij waarom kleinkinderen, die bij gehuwden (als plaatsvervullers) wel in de wettelijke verdeling kunnen worden betrokken, in voorkomend geval niet in de vreugde van onderdeel 3.7 zouden mogen delen; dat zou in strijd komen met het idee van de besluitgever dat de afstammelingen van ongehuwden in het perspectief van art. 10 lid 9 SW 1956 geen slechtere positie mogen hebben dan afstammelingen van gehuwden. Of mogen we, ondanks de letterlijke tekst van de derde voorwaarde, aannemen dat hier sprake is van een 'bonafide' situatie die ook onder de goedkeuring valt? Eric (Wiebes) mag het weten!' Om dit onderdeel van het besluit te verbeteren komt Blokland met de volgende suggestie: '*Het bepaalde in artikel 10, negende lid, van de Successiewet, is niet van toepassing indien de aldaar bedoelde erflater de partner was van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt, mits de nominale waarde van de hoofdsom van de schuld niet meer bedraagt dan de waarde van hetgeen de erflater krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt. Het bepaalde in de tweede volzin van het negende lid is van overeenkomstige toepassing.*'<sup>153</sup> Ik sluit me aan bij deze suggestie.

### 3.7 Quasi-wettelijke verdeling

Wanneer gekozen wordt voor de wettelijke verdeling geldt dat deze binnen drie maanden na het overlijden van de erflater ongedaan gemaakt kan worden. Het gevolg van het ongedaan maken is dat een onverdeeldheid ontstaat. Deze onverdeeldheid werkt met terugwerkende kracht terug tot het tijdstip van overlijden van de erflater. De driemaandstermijn wordt in de praktijk vaak als kort beschouwd waardoor als alternatief de quasi-wettelijke verdeling ontwikkeld is.<sup>154</sup> Toepassing van de quasi-wettelijke verdeling in een testament leidt ertoe dat de wettelijke verdeling niet van toepassing verklaard wordt. De kinderen en de langstlevende echtgenoot worden tot erfgenamen benoemd. Op het moment dat erflater overlijdt ontstaat een onverdeeldheid tussen de kinderen en de langstlevende echtgenoot en wordt tevens de langstlevende echtgenoot aangewezen als afwikkelingsbewindvoerder.<sup>155</sup> De langstlevende echtgenoot verkrijgt hierbij het recht om zonder toestemming van de andere erfgenamen de nalatenschap te verdelen.<sup>156</sup> In het testament wordt vervolgens bepaald dat de nalatenschap verdeelt wordt conform de wettelijke verdeling. Toepassing van de wettelijke verdeling of de quasi-wettelijke verdeling leidt vandaar tot een zelfde uitkomst. Een voordeel van de quasi-wettelijke verdeling is echter dat niet gehouden hoeft te worden aan de eerder genoemde driemaandstermijn.

Ter discussie heeft lang gestaan of de quasi-wettelijke verdeling gevolgd moet worden voor de erfbelasting.<sup>157</sup> Naar mijn mening moet deze vraag negatief beantwoord worden wanneer puur

<sup>152</sup> P. Blokland, '*Het successiebesluit van 18 oktober 2016: over een slingerpad naar boven, maar de top is nog niet bereikt!*', FTV 2017/5-25

<sup>153</sup> P. Blokland, '*Samenwoners en erfrecht; een civiele en fiscale beschouwing*', Tijdschrift Erfrecht 2016.

<sup>154</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: *Cursus Belastingrecht S&E 4.4.0.C*, Deventer: Wolters Kluwer.

<sup>155</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 79.

<sup>156</sup> Zie mede *W.J.J.G. Speetjens*, *De quasiwettelijke verdeling en de facultatieve wettelijke verdeling*, in: *Compendium Estate Planning* (red. A.R. Autar, C.B. Baard, W.D. Kolkman en F. Sonneveldt), Sdu Uitgevers Den Haag 2014, par. 7.2.

<sup>157</sup> D.J. Saija, In: *Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer*, NTFR (commentaar op artikel 10).

gekeken wordt naar de systematiek van de wet.<sup>158</sup> Het uitgangspunt van de Successiewet is namelijk dat de verkrijging gewaardeerd wordt naar de waarde ‘ten dage van de verkrijging’, waarbij met een latere verdeling geen rekening gehouden wordt. Monteiro stelt tevens dat het niet zou passen binnen het huidige systeem van de Successiewet om de quasi-wettelijke verdeling te volgen, aangezien erfrechtelijk de overlijdensdatum bepalend is.<sup>159</sup> Een andere mening wordt gevormd door Schols.<sup>160</sup> Schols stelt dat de quasi-wettelijke verdeling wel moet worden gevolgd voor de erfbelasting. Schols baseert zich hierbij op een arrest van de Hoge Raad uit 1903.<sup>161</sup> Naar de mening van Schols moet rekening gehouden worden met de quasi-wettelijke verdeling, omdat het ontstaat naar aanleiding van de uiterste wilsbeschikking van de erflater en dus niet een gevolg is van de wil van de deelgerechtigden. Ik sluit me aan bij de visie gevormd door Van Vijfeijken die in principe geen bezwaar heeft tegen de zienswijze van Schols, maar hiervoor echter geen ruimte ziet in het huidige systeem van de Successiewet, aangezien die een tijdstipheffing is. De erfbelasting wordt geheven naar de toestand op het tijdstip van overlijden en waarop in beginsel gebeurtenissen die zich daarna voordoen geen invloed hebben op het belastbare feit, behalve als de wetgever hierop een uitzondering formuleert, zoals bij art. 1, lid 3 SW.<sup>162</sup>

Tenslotte was het Hof Arnhem-Leeuwarden in een recente zaak van mening dat de quasi-wettelijke verdeling wel gevolgd moest worden.<sup>163</sup> De casus betrof echter de periode 2009, waardoor de motivering van het Hof Arnhem-Leeuwarden niet meer opgaat met ingang van 1 januari 2010. Per 1 januari 2010 werd immers artikel 1, lid 5 SW 1956 vervangen door het huidige artikel 1, lid 6 SW 1956, waarbij het nieuwe lid 6 alleen nog maar ziet op wilsrechten en niet meer op geldvorderingen.

Uit de parlementaire behandeling van de wijzigingen in de Successiewet per 1 januari 2010 kon voorzichtig de conclusie getrokken worden dat de wetgever de quasi-wettelijke verdeling volgt voor de Successiewet. De wetgever beoogde immers om met de invoering van artikel 10, lid 5 SW 1956 de vorderingen die ontstaan uit een quasi-wettelijke verdeling op een gelijke manier te benadelen als vorderingen die ontstaan uit een wettelijke verdeling.<sup>164</sup> Op 6 juni 2013 verscheen echter een brief van de Belastingdienst waarin aangekondigd werd dat de quasi-wettelijke verdeling toch niet gevolgd werd voor de erfbelasting.<sup>165</sup> In de literatuur<sup>166</sup> ontstond veel kritiek op de brief waarna de brief gecorrigeerd werd.<sup>167</sup> In deze nieuwe brief wordt het standpunt ingenomen dat de quasi-wettelijke verdeling toch gevolgd wordt voor de erfbelasting.

Zoals besproken in par. 2.3.6, is artikel 10 SW 1956 in principe van toepassing op de quasi-wettelijke verdeling. Zowel de kinderen als de langstlevende echtgenoot worden door de uitschakeling van de wettelijke verdeling gerechtigd voor de nalatenschap van hun testamentaire deel. Wanneer vervolgens de verdeling plaatsvindt wordt een rechtshandeling verricht waardoor aan de voorwaarden van artikel

---

<sup>158</sup> Tevens de mening gevormd in I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: Cursus Belastingrecht S&E 7.5.0 Deventer: Wolters Kluwer.

<sup>159</sup> M. de L. Monteiro, *‘Nieuwe vragen over gevolgen voorwaardelijke testamentaire OBV beantwoord’*, NTFR 2004/1298.

<sup>160</sup> B.M.E.M. Schols, *‘De quasi-wettelijke verdeling als ‘Teilungsanordnung’*’, WPNR 2004/6571 en WPNR 2004/6572.

<sup>161</sup> HR 2 januari 1903, PW 9536.

<sup>162</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *‘Fiscale aspecten van de verdeling’*, WPNR 2012/6944.

<sup>163</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 9 januari 2018, ECLI:NLGHARL:2018:199.

<sup>164</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld M. Schuurman-van Nifterik, *‘Waardering quasi-wettelijke verdeling voor en na 1 januari 2010’*, KWEP 2010/2.

<sup>165</sup> Brief van 6 juni 2013, V-N 2013/40.14.

<sup>166</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld B.M.E.M. Schols, *‘Een inflexibele brief over een flexibel testament’*, FTV 2013/54 en I.J.F.A. van Vijfeijken, *‘Standpunt Belastingdienst quasiwettelijke verdeling’*, WPNR 2013/6990.

<sup>167</sup> Brief van 21 november 2013, V-N 2015/25.16.

10 SW 1956 voldaan wordt.<sup>168</sup> Artikel 10, lid 5 SW 1956 zondert deze verdelingshandeling echter uit, waardoor artikel 10 SW 1956 toch geen toepassing vindt. Alleen wanneer de nominale waarde van de overbedelingsschuld groter is dan de waarde van de overbedeling wordt de schuld alsnog in de heffing betrokken.

### 3.8 Legaat volle eigendom schuldig blijven inbreng

In het geval van een legaat van volle eigendom, waarbij de inbreng schuldig gebleven is, is artikel 10 SW 1956 in principe van toepassing.<sup>169</sup> <sup>170</sup> Wanneer de rente op de inbrengschuld niet jaarlijks wordt voldaan of wanneer deze lager is dan 6%, bestaat de fictieve verkrijging, op grond van artikel 10 SW 1956, uit de inbrengvordering verhoogd met bijgeschreven rente.<sup>171</sup>

Artikel 10, lid 6 SW 1956 geeft echter een uitzondering voor het legaat van volle eigendom waarbij de inbreng schuldig gebleven is.<sup>172</sup> De uitzondering is ingevoerd om geen verschil in behandeling te laten ontstaan tussen een schuld uit hoofde van een legaat tegen inbreng en een overbedelingsschuld uit hoofde van een wettelijke of quasi-wettelijke verdeling.<sup>173</sup> De wetgever stelde het volgende met betrekking tot de uitzondering van artikel 10, lid 6 SW 1956:

*'Dit betekent dat een legaat tegen inbreng van de waarde, waarvan de inbreng schuldig wordt gebleven, onder andere vanwege het weer opnemen van het woord rechtshandeling in artikel 10, zoals de leden van de CDA- en de ChristenUnie-fractie terecht opmerken, anders wordt behandeld dan de overbedelingsschuld die ontstaat bij een wettelijke verdeling of ouderlijke boedelverdeling. Het kabinet deelt de mening van deze leden dat dit verschil in behandeling niet te rechtvaardigen is als in het testament is opgenomen dat de langstlevende ouder alle goederen uit de nalatenschap gelegateerd krijgt en dat de inbreng schuldig mag worden gebleven. Om deze reden wordt in de nota van wijziging een uitzondering op de toepassing van artikel 10 voorgesteld. Deze uitzondering heeft betrekking op alle legaten tegen inbreng waarvan in het testament is opgenomen dat de inbreng door de legataris mag worden schuldig gebleven. De legaten moeten wel zien op het verkrijgen van de volle eigendom van een goed of goederen. Dus een vruchtgebruiklegaat tegen inbreng valt niet onder deze uitzondering.'*<sup>174</sup>

### 3.9 Turbotestament

Het turbotestament is een speciale vorm van het vruchtgebruiktestament. Wanneer een turbotestament wordt toegepast, houdt dit in dat de langstlevende echtgenoot het vruchtgebruik van de nalatenschap verkrijgt onder de last dat het blote eigendom van zijn of haar aandeel in de huwelijksgoederengemeenschap in de nalatenschap gebracht wordt.<sup>175</sup> Tevens worden de kinderen tot erfgenamen benoemd. Het gevolg van bovenstaande is dat de langstlevende echtgenoot slechts het vruchtgebruik verkrijgt over het vermogen dat aanwezig was bij het overlijden van de eerst stervende echtgenoot. Wanneer de langstlevende echtgenoot vervolgens overlijdt is het de bedoeling

---

<sup>168</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 35.

<sup>169</sup> G.G.B. Boelens, Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht (Ars Notariatus nr. 161) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2015, paragraaf 7.2.1.4.

<sup>170</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 18 en Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D, p. 56.

<sup>171</sup> D.J. Saija, In: Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer, NTFR (commentaar op artikel 10).

<sup>172</sup> De uitzondering geldt alleen wanneer de inbreng op grond van een testamentaire bepaling schuldig is gebleven en het legaat betrekking heeft op de volle eigendom van een goed. Daarnaast gaat de uitzondering niet op wanneer de legataris slechts het vruchtgebruik van vermogen verkrijgt tegen inbreng van de waarde.

<sup>173</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 18-19.

<sup>174</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 18-19.

<sup>175</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 171.

dat de hoofdgerechtigdheid tot volle eigendom onbelast aanwast bij de kinderen.<sup>176</sup> Voorgaande wordt nader toegelicht aan de hand van een voorbeeld.<sup>177</sup>

### Voorbeeld 3.5

*Een man (M) en zijn vrouw (V) zijn gehuwd in gemeenschap van goederen. Gezamenlijk hebben zij één kind (K). Het vermogen van het koppel bestaat uit een woning met een waarde van €500.000. Daarnaast beschikt het koppel over liquide middelen en overige beleggingen met een gezamenlijke waarde van €500.000. Op 66-jarige leeftijd komt M tot overlijden. Op het moment van overlijden van M is V 62 jaar oud. Het vruchtgebruik heeft een waarde van 60%<sup>178</sup> en tevens is gebruik gemaakt van een turbotestament. V overlijdt op 82-jarige leeftijd. Het vermogen is in de loop der tijd niet van waarde veranderd.*

*De nalatenschap van M bedraagt €500.000. V krijgt hiervan het vruchtgebruik, hetgeen een waarde heeft van  $60\% \times €500.000 = €300.000$ . V verkrijgt dit legaat op de voorwaarde dat zij het blote eigendom van haar aandeel in de huwelijksgoederengemeenschap in de nalatenschap brengt. In dit geval bedraagt de waarde van het blote eigendom  $€500.000 - €300.000 = €200.000$ . De verkrijging van V bedraagt dan  $€300.000 - €200.000 = €100.000$  en de verkrijging van K bedraagt €400.000<sup>179</sup>*

*Wanneer V tot overlijden komt, laat zij in principe niets na. V heeft namelijk zowel het vruchtgebruik van haar eigen vermogens alsmede het vruchtgebruik van de nalatenschap van M. Het gevolg hiervan is dat als ware €500.000 verdwenen is uit de nalatenschap. De toepassing van artikel 10 SW 1956 leidt ertoe dat deze €500.000 wordt geacht krachtens erfrecht verkregen te zijn door K. Dit is het vermogen dat langstlevende omgezet had in genotsrechten. In totaal is dus €1.000.000 krachtens erfrecht verkregen hetgeen overeenkomt met de initiële waarde van het vermogen van het koppel.*

Van belang in bovenstaand voorbeeld is hoe het begrip ‘rechtshandeling’ wordt gedefinieerd. Artikel 10 SW 1956 is niet van toepassing wanneer het alleen gedefinieerd wordt als ‘overeenkomst’. De verplichting dat V het blote eigendom van haar vermogen moet inbrengen vloeit voort uit het turbotestament en niet uit een gesloten overeenkomst met het kind. Wanneer het begrip ‘rechtshandeling’ echter breder gedefinieerd wordt als ‘elke handeling die is gericht op enig rechtsgevolg’, dan moet artikel 10 SW 1956 wel toegepast worden.<sup>180</sup> In het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009<sup>181</sup> is het laatste geoordeeld.<sup>182</sup> De Hoge Raad nam hierbij het volgende in overweging:

*‘De aanvaarding van het legaat en de uitvoering van de last waren rechtshandelingen waarbij de vader als partij was betrokken. Deze rechtshandelingen hebben tot gevolg gehad dat belanghebbende ten laste van het vermogen van de vader (i.c. de langstlevende, auteur) een aandeel in de (...) blote eigendom heeft verkregen. Hiermee is voldaan aan de eisen die art. 10 lid 1 SW 1956 stelt voor een verkrijging die geacht wordt krachtens erfrecht te zijn geschied. De geschiedenis van de totstandkoming van dit artikel geeft geen aanleiding tot een ander oordeel.’<sup>183</sup>*

<sup>176</sup> D.J. Saija, In: Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer, NTFR (commentaar op artikel 10).

<sup>177</sup> Het voorbeeld is ontleend aan: I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: Cursus Belastingrecht S&E 5.5.0.C.b, Deventer: Wolters Kluwer.

<sup>178</sup>  $6\% \times 10$

<sup>179</sup> Bestaat voor €200.000 uit het ingebrachte blote eigendom en voor €200.000 uit het blote eigendom van het nalatenschapsvermogen.

<sup>180</sup> A-G van Ballegooijen was een voorstander van deze definitie in zijn conclusie. Zie hiervoor conclusie A-G van Ballegooijen 2 december 2008, nr. 08/01165, NTFR 2008/2240.

<sup>181</sup> HR 19 juni 2009, nr. 08/01165, NTFR 2009/1427.

<sup>182</sup> Zie hiervoor mede paragraaf 2.3.1.2.

<sup>183</sup> HR 19 juni 2009, nr. 08/01165, NTFR 2009/1427, r.o. 3.3.1.

In het arrest oordeelt de Hoge Raad, op basis van de wettekst, doel en strekking van de wet en de wetsgeschiedenis, dat artikel 10 SW 1956 toegepast moet worden op het turbotestament. Per 1 januari 2010 is dit nog steeds het geval. Daarnaast vloeide uit het arrest van de Hoge Raad en een kennisgeving van het Ministerie van Financiën<sup>184</sup> nog voort dat betaalde erfbelasting bij het eerste overlijden niet kan worden verrekend met erfbelasting die verschuldigd is bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot. De redenatie van het Ministerie van Financiën was hierbij dat geen sprake kon zijn van dubbele heffing, omdat verkregen wordt uit twee verschillende nalatenschappen, hetgeen in mijn optiek een correcte zienswijze is.

### 3.10 Superturbotestament

Het superturbotestament is een combinatie tussen huwelijkse voorwaarden en een vruchtgebruiktestament.<sup>185</sup> Ten aanzien van het gezamenlijke eigendom wordt een wederkerig verblijvingsbeding opgenomen in de huwelijkse voorwaarden. Het wederkerig verblijvingsbeding houdt in dat wanneer één van de echtgenoten overlijdt, het vermogen van de langstlevende echtgenoot verblijft aan de nalatenschap.<sup>186</sup> Hierdoor wordt de langstlevende echtgenoot overbedeeld met als gevolg dat een overbedelingschuld ontstaat tot de nalatenschap ter waarde van het aandeel in de gemeenschap van de langstlevende echtgenoot. Het testament bepaalt vervolgens dat de langstlevende echtgenoot het vruchtgebruik van de nalatenschap krijgt gelegateerd onder de last dat de langstlevende echtgenoot de schuld wegens de overbedeling voor zijn of haar rekening neemt. Het resultaat hiervan is dat de langstlevende echtgenoot alleen nog maar het vruchtgebruik bezit van zijn eigen vermogen en de nalatenschap met als gevolg dat de langstlevende echtgenoot niks meer nalaat bij zijn of haar overlijden.

Artikel 10 SW 1956 voorkomt dat langstlevende echtgenoot eigendomsrechten om kan zetten in genotsrechten zonder dat daarbij heffing plaatsvindt bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot.<sup>187</sup> Onder de wettekst voorafgaand aan de wijziging van 1 januari 2010 kon echter getwist worden of het superturbotestament viel onder het bereik van artikel 10 SW 1956.<sup>188</sup> Per 1 januari 2010 zijn vandaar de woorden 'of een samenstel van rechtshandelingen' toegevoegd aan artikel 10, lid 1 SW 1956.<sup>189</sup> Door deze wijziging valt het superturbotestament ook onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956, hetgeen naar mijn mening een goede ontwikkeling is. Voorgaande wordt nader toegelicht aan de hand van een voorbeeld.<sup>190</sup>

#### Voorbeeld 3.6

*Een man en een vrouw zijn getrouwd onder gemeenschap van goederen. Gezamenlijk hebben zij één kind. De waarde van de gemeenschap van goederen bedraagt 600. De nalatenschap van de eerststervende echtgenoot bedraagt diensentevolge 300. De langstlevende echtgenoot heeft het recht van vruchtgebruik, hetgeen een waarde heeft van 60%. De nalatenschap van de eerststervende echtgenoot omvat alle goederen toebehorend tot het huwelijksgoederengemeenschap.*

<sup>184</sup> Brief Ministerie van Financiën van 12 oktober 2009, aan de Voorzitter van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, kenmerk DB/2009/596U.

<sup>185</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 171.

<sup>186</sup> D.J. Saija, In: Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer, NTFR (commentaar op artikel 10).

<sup>187</sup> G.G.B. Boelens, *Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht* (Ars Notariatus nr. 161) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2015, paragraaf 7.4.1.3.

<sup>188</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 37.

<sup>189</sup> Zie hiervoor mede paragraaf 2.3.1.2.

<sup>190</sup> Het voorbeeld is ontleend aan de Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 37.

*De langstlevende echtgenoot verkrijgt het recht van vruchtgebruik, hetgeen een waarde heeft van  $600 \times 60\% = 360$ . Hierop moet de overbedelingsschuld in aftrek worden genomen op basis van het testament. De waarde van de overbedelingsschuld bedraagt 300 waardoor de langstlevende echtgenoot per saldo 60 verkrijgt. Het kind is de erfgenaam en verkrijgt het blote eigendom van alle goederen toebehorend tot de nalatenschap. De waarde hiervan is  $600 - 360 = 240$ . De totale waarde van de nalatenschap bedraagt vandaar  $240 + 60 = 300$ .*

*De langstlevende echtgenoot bezit alleen nog maar het vruchtgebruik waardoor, zonder toepassing van artikel 10 SW 1956, geen vermogen nagelaten zou worden. Dit zou onterecht zijn, omdat ten tijde van het overlijden van de eerststervende echtgenoot de langstlevende nog 300 aan eigendom had waarvan hij of zij ook het genot heeft behouden. Toepassing van artikel 10 SW 1956 leidt ertoe dat deze 300 alsnog, in mijn optiek terecht, belast wordt.*

### 3.11 Vooroverlijden verrichter rechtshandeling

Artikel 10 SW 1956 was tot 1 januari 2010 niet van toepassing wanneer de verkrijger voor de vruchtgebruiker overleed. De redenatie achter deze uitzondering was dat de fictief verkregen zaken deel uitmaakten van de verkrijger zijn nalatenschap.<sup>191</sup> Op het moment dat de verkrijger overleed zouden vervolgens deze fictief verkregen zaken belast worden met erfbelasting. In de praktijk was dit geen overtuigend argument. Wanneer de vruchtgebruiker eerder overlijdt dan de verkrijger vallen immers de fictief verkregen zaken ook in de verkrijger zijn nalatenschap waarbij de fictief verkregen zaken belast worden met erfbelasting. Met ingang van 1 januari 2010 is de uitzondering vandaar afgeschaft. Artikel 10 SW 1956 is van toepassing wanneer de verkrijger voor de vruchtgebruiker overlijdt. In dit geval wordt de rechtsopvolger krachtens erfrecht in de heffing van artikel 10 SW 1956 betrokken op het moment van overlijden van erflater.<sup>192</sup> Hierbij geldt dat deze tweede verkrijger op grond van artikel 10, lid 8 SW 1956 de door de oorspronkelijke verkrijger opgeofferde bedragen in aanmerking mag nemen.

### 3.12 Schenking op papier

De schenking op papier is een schenkingsvariant waarbij mogelijk artikel 10 SW 1956 toegepast dient te worden.<sup>193</sup> Deze schenkingsvariant wordt voornamelijk gebruikt wanneer de ouders schenkingen aan de kinderen willen doen, maar niet beschikken over genoeg contanten of een andere reden hebben om de beschikking over het vermogen te behouden.<sup>194</sup> De ouders erkennen per notariële akte de bedragen schuldig aan de kinderen met de bepaling dat pas bij overlijden de bedragen daadwerkelijk opeisbaar zullen zijn. Het voordeel van een dergelijke schenking op papier is dat belasting wordt bespaard. Dit komt doordat de schenkingen, die zich in de vorm van schulden in de nalatenschap bevinden, de nalatenschap in de toekomst verkleinen. Over de schenkingen moet nog wel schenkbelasting betaald worden, maar het tarief in de schenkbelasting ligt vaak lager. Daarnaast kan gebruik gemaakt worden van de jaarlijkse vrijstelling en de eenmalig vrijgestelde schenkingsvrijstelling. Per saldo ligt de betaalde belasting daardoor lager, hetgeen aangetoond wordt in het volgende voorbeeld.<sup>195</sup>

#### Voorbeeld 3.7

<sup>191</sup> D.J. Saija, In: Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer, NTFR (commentaar op artikel 10).

<sup>192</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: Cursus Belastingrecht S&E 5.5.0.H, Deventer: Wolters Kluwer

<sup>193</sup> R.E. Brinkman, 'Schenken op papier, mag dat (onderhands of bij volmacht)', FVT 2018/1-2.

<sup>194</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 160.

<sup>195</sup> Het voorbeeld is ontleend aan F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 161-162.

*Op 1 januari 2017 heeft vader een vermogen van in totaal €5.000.000. De vader heeft een zoon die 34 jaar oud is en een dochter die 32 jaar oud is. In de jaren 2017 tot en met 2019 heeft vader elk jaar een bedrag van €120.000 per kind uit vrijgevigheid schuldig erkend. In de rest van dit voorbeeld wordt uitgegaan van de tarieven die gelden in 2019. Daarnaast worden alle aspecten omtrent indexatie van de opbrengsten, vrijstellingen en waardeveranderingen van het vermogen buiten beschouwing gelaten.*

*Allereerst wordt de schenkbelasting berekent. Elk kind verkrijgt per jaar een bedrag van €120.000. Hiervan gaat de vrijstelling van de schenkbelasting vanaf, waardoor de belaste verkrijging €120.000 - €5.428 = €114.572 bedraagt. Over deze belaste verkrijging moet 10% schenkbelasting betaald worden, hetgeen neerkomt op een bedrag van €11.457. De totale schenkbelasting voor beide kinderen over drie jaar bedraagt dan €11.457 x 6 = €68.742.*

*Vader komt eind 2019 tot overlijden. Het vermogen van vader bedraagt op dat moment €5.000.000 - €120.000 x 6 = €4.280.000. Elk kind erft hiervan de helft, hetgeen neerkomt op €2.140.000. De belaste verkrijging bedraagt, na aftrek van de vrijstelling in de erfbelasting, diensgevolge €2.140.000 - €20.616 = €2.119.384. Over de eerste €124.727 belastbare verkrijging is 10% erfbelasting verschuldigd wat neerkomt op een bedrag van €12.472. Over de resterende €1.994.657 is 20% erfbelasting verschuldigd, hetgeen neerkomt op €399.276. Het totaal aan erfbelasting verschuldigde bedrag voor één kind is vandaar €12.472 + €399.276 = €411.403 en voor de twee kinderen gezamenlijk is het €822.806. Het totaal verschuldigde bedrag aan erfbelasting en schenkbelasting gezamenlijk bedraagt €68.742 + €822.806 = €891.548.*

*Stel vader heeft geen schenkingen gedaan. Op het moment dat vader overlijdt erven beide kinderen €2.500.000. De belastbare verkrijging bedraagt dan €2.500.000 - €20.616 = €2.479.384. Over €124.727 is 10% erfbelasting verschuldigd en over het resterende saldo van €2.354.657 is 20% erfbelasting verschuldigd, hetgeen neerkomt op een bedrag van €483.403. De twee kinderen gezamenlijk zijn vandaar €966.806 aan erfbelasting verschuldigd.*

*In de situatie dat geen schenkingen gedaan zijn is €966.806 aan belasting verschuldigd. In de omstandigheid dat wel schenkingen gedaan zijn is daarentegen slechts €891.548 aan belasting verschuldigd. De schenkingen hebben geleid tot een besparing van belasting voor een bedrag van €75.258. Dit bedrag was logischerwijs groter geweest wanneer in meer jaren schenkingen gedaan waren en/of de schenkingen voor een hoger bedrag gedaan waren.*

Tot het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011, stond in de literatuur ter discussie of een schenking op papier beschouwd moet worden als een schenking die pas na overlijden van de schenker uitgevoerd wordt in de zin van artikel 7:177 BW.<sup>196</sup> In een dergelijk geval is namelijk een notariële akte vereist. Schols was van mening dat een schenking op papier niet in lijn is met een schenking in de zin van artikel 7:177 BW.<sup>197</sup> Naar de mening van Schols is de schenking al bij leven uitgevoerd, omdat de begiftigde na aanvaarding al bijvoorbeeld rente heeft. In de optiek van Schols is artikel 7:177 BW alleen van toepassing wanneer de schenking geen rechten oplevert tijdens leven.<sup>198</sup> Een andere mening is gevormd door Verstappen.<sup>199</sup> Verstappen is van mening dat het evident is dat de schenking op papier de strekking heeft om uitgevoerd te worden op het moment na overlijden. Hierbij hoort het geen rol

<sup>196</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: *Cursus Belastingrecht S&E 6.2.0.B.b* Deventer: Wolters Kluwer.

<sup>197</sup> F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht, met bindende elementen*, Proefschrift Radboud Universiteit Nijmegen 2004, p. 127.

<sup>198</sup> In gelijke zin E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, *Erfrecht*, Kluwer Deventer 2008, nr. 318, p. 221 alsmede W. Burgerhart en F.W.J.M. Schols, *‘De schenking en de gift in het nieuwe jaar’*, WPNR 2003/6519, p. 116.

<sup>199</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: *Cursus Belastingrecht S&E 6.2.0.B.b* Deventer: Wolters Kluwer.



te spelen dat tijdens leven afgesproken gemaakt zijn over de rente en dat rente betaald is.<sup>200</sup> In mijn optiek is dit de correcte zienswijze.

Bij de behandeling van de wetwijziging van 1 januari 2010 heeft de wetgever aangegeven van mening te zijn dat de schenking op papier aangegaan moet worden met behulp van een notariële akte.<sup>201</sup> De Hoge Raad volgde tevens de zienswijze van Verstappen in zijn arrest van 9 december 2011.<sup>202</sup> De schenking op papier moet aangegaan worden met behulp van een notariële akte, waarbij het geen rol speelt of een jaarlijkse rente wordt betaald. Wanneer geen notariële akte is opgemaakt heeft dit als gevolg dat de schenking op het moment van overlijden vervalst. De schuldig erkende bedragen behoren vervolgens tot de nalatenschap van de erflater. Op grond van artikel 1, lid 1, onderdeel 1 SW 1956 is over de schuldig erkende bedragen erfbelasting verschuldigd. Artikel 10 SW 1956 vindt vandaar geen toepassing in deze situatie, omdat daaraan niet toegekomen wordt.

Een ander voordeel van de schenking op papier is dat jaarlijks 6% rente onbelast aan de kinderen kan worden betaald. Om te voorkomen dat artikel 10 SW 1956 toegepast dient te worden moet daadwerkelijk ook elk jaar een enkelvoudige rente van 6% vergoed worden.<sup>203</sup><sup>204</sup> Wanneer geen rente afgesproken wordt of geen of een te lage rente betaald wordt dan heeft dit als gevolg dat artikel 10 SW 1956 toegepast wordt. De verkrijgers worden dan belast voor de nominale waarde van de vorderingen.<sup>205</sup> Artikel 10 SW 1956 is mede van toepassing wanneer de verschuldigde rente door de partijen toegeschreven is aan de hoofdsom.<sup>206</sup> Artikel 10 SW 1956 is daarnaast van toepassing wanneer alleen in het laatste levensjaar een zakelijke rente betaald is.<sup>207</sup> Daarentegen vindt artikel 10 SW 1956 geen toepassing wanneer geen rente betaald is ten tijde van het overlijden vanwege het feit dat nog geen rentetermijn verstreken is.<sup>208</sup>

Artikel 10 SW 1956 kan niet voorkomen worden door het alleen bijschrijven van rente. De rente moet elk jaar worden betaald. Wanneer een jaar wordt overgeslagen vindt artikel 10 SW 1956 in principe toepassing, dit kan echter voorkomen worden de achterstallige rente te vergoeden waarbij tevens 6% samengestelde rente over deze achterstallige rente moet worden vergoed.<sup>209</sup> Tenslotte geeft het besluit van 18 oktober 2016, nr. BLKB2016/130M, Stcrt. 2016, 57602 in paragraaf 3.2 aan hoe omgegaan moet worden met lopende rentetermijnen ten tijde van het overlijden. Wanneer de rente vergoed wordt na overlijden dan wordt voor de toepassing van artikel 10 SW 1956 aangenomen dat de rente betaald is. Voorgaande gaat echter alleen op wanneer de rentetermijn maximaal een jaar is.

---

<sup>200</sup> In gelijke zin P.C. van Es, *'Schuldigerkenning uit vrijgevigheid (opeisbaar bij overlijden) als quasi-legaat'*, WPNR 2005/6612, p. 179 e.v. C.A. Kraan, *'Het nieuwe schenkingsrecht'*, FVT 1991/1, p. 20. S. Perrick, Asser/Perrick, 4, Erfrecht en Schenking, 2009/219.

<sup>201</sup> Nota n.a.v. het nader verslag, Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 13, p.22.

<sup>202</sup> HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7268, BNB 2012/46 (noot I.J.F.A. van Vijfeijken). Voor een uitgebreide bespreking van het arrest verwijs ik naar Mw. Mr. L.E. Welkers en Mr. T.F.H. Reijnen, *'Schuldigerkenning uit vrijgevigheid met strekking te worden uitgevoerd na overlijden moet bij notariële akte'*, FBN 2012/5-31.

<sup>203</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer, 2002, pag. 115.

<sup>204</sup> In hoofdstuk 5 van deze scriptie wordt nader ingegaan over de kwestie of een enkelvoudige rente van 6% terecht is.

<sup>205</sup> HR 2 juli 1965, nr. 15.366, BNB 1965/207.

<sup>206</sup> HR 16 maart 1988, nr. 24.458, BNB 1988/219, V-N 1988/997.

<sup>207</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 163.

<sup>208</sup> HR 17 juni 1959, nr. 14.000, BNB 1959/306.

<sup>209</sup> D.J. Saija, In: *Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer*, NTFR (commentaar op artikel 10).

### 3.13 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de toepassing van artikel 10 SW 1956 onder het wettelijke en testamentaire erfrecht centraal. Hierbij werd een antwoord gezocht op de deelvraag:

*‘In welke gevallen is artikel 10 SW 1956 van toepassing bij het wettelijke of testamentaire erfrecht en wat zijn mogelijke knelpunten die kunnen ontstaan voor de toepassing van artikel 10 SW 1956 bij het wettelijke of testamentair erfrecht?’*

De opgedane bevindingen kunnen als volgt worden samengevat:

	Artikel 10 SW 1956 van toepassing?	Opmerkingen
Wettelijke verdeling	Nee	De vordering ontstaat van rechtswege, waardoor geen sprake is van een rechtshandeling.
Ouderlijke boedelverdeling	Nee	De vordering ontstaat van rechtswege, waardoor geen sprake is van een rechtshandeling.
Klassiek vruchtgebruiktestament	Nee	In twee situaties zijn mogelijk wel artikel 10 SW 1956 van toepassing. Namelijk wanneer in het vruchtgebruiktestament is bepaald dat de waarde van het vruchtgebruik door de langstlevende moet worden vergoed aan de nalatenschap en in de situatie dat een erfdeel toegekend is aan de langstlevende echtgenoot.
Flexibel keuzetestament	Ja	Onder bepaalde voorwaarden is echter goedgekeurd dat artikel 10 SW 1956 geen toepassing vindt wanneer een flexibel keuzetestament wordt toegepast.
Verdeling nalatenschap samenwonende partners en (stief)kinderen	Nee	Mogelijk echter wel artikel 10, lid 9 SW 1956 van toepassing wanneer de waarde van de schuld boven nominaal komt te liggen naar aanleiding van de oprenting van de schuld. Overigens is onder bepaalde voorwaarden goedgekeurd dat artikel 10, lid 9 SW 1956 geen toepassing vindt in een dergelijke situatie.
Quasi-wettelijke verdeling	Nee	Artikel 10 SW 1956 is toch van toepassing wanneer de nominale waarde van de overbedelingsschuld groter is dan de waarde van de overbedeling. In een dergelijke situatie wordt de schuld alsnog in de heffing betrokken.
Legaat volle eigendom schuldig blijven inbreng	Nee	Het legaat volle eigendom waarbij de inbreng schuldig wordt gebleven valt in principe onder artikel 10 SW 1956, echter wordt het uitgezonderd in het zesde lid.
Turbotestament	Ja	Het begrip ‘rechtshandeling’ moet worden gedefinieerd als ‘elke handeling die is gericht op enig rechtsgevolg’. Hierdoor valt

		het turbotestament ook onder het bereik van artikel 10 SW 1956.
Superturbotestament	Ja	Per 1 januari 2010 zijn de woorden 'of een samenstel van rechtshandelingen' toegevoegd aan artikel 10, lid 1 SW 1956. Door deze wijziging valt het superturbotestament ook onder het bereik van artikel 10 SW 1956.
Vooroverlijden verrichter rechtshandeling	Ja	Met ingang van 1 januari 2010 is de uitzondering die gold afgeschaft, waardoor artikel 10 SW 1956 van toepassing is wanneer de verkrijger voor de vruchtgebruiker overlijdt.
Schenking op papier	Ja	Artikel 10 SW 1956 is echter niet van toepassing wanneer jaarlijks 6% rente betaald wordt.

## Hoofdstuk 4: Het ik-opa-testament met last of legaat

### 4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk stond de toepassing van artikel 10 SW 1956 onder het wettelijke en testamentaire erfrecht centraal. Hierbij werd echter nog geen aandacht geschonken aan het ik-opa-testament<sup>210</sup> met last of legaat. Deze testamentsvormen staan centraal in dit hoofdstuk. Hierbij wordt een antwoord gezocht op de volgende deelvraag:

*‘Wat houden een ik-opa-testament met last of legaat in en is het verschil in fiscale behandeling tussen de twee testamentsvormen gerechtvaardigd?’*

Het hoofdstuk vangt in paragraaf 4.2 aan met een algemene uitleg over de werking van het ‘klassieke’ ik-opa-testament, met lastbevoordeling. Daarnaast wordt de samenhang tussen artikel 10 SW 1956 en het klassieke ik-opa-testament besproken. Voorgaande wordt tevens nader toegelicht aan de hand van een voorbeeld. In paragraaf 4.3 wordt hetzelfde gedaan voor het ik-opa-testament, met legaat, waarbij tevens aandacht wordt geschonken aan recente jurisprudentie. Paragraaf 4.4 bespreekt het verschil in behandeling tussen deze twee verschillende typen ‘ik-opa-testamenten’. Hierbij wordt mede ingegaan op de kwestie of dit verschil in behandeling gerechtvaardigd is naar mijn mening. Tevens worden opvattingen vanuit de literatuur besproken. In paragraaf 4.5 wordt een afsluitende kanttekening gegeven waarna het hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie.

### 4.2 Het klassieke ik-opa-testament

De toepassing van het klassieke ik-opa-testament leidt ertoe dat opa zijn kind benoemt tot erfgenaam onder de last dat aan diens kinderen (de kleinkinderen) een bedrag schuldig erkent wordt.<sup>211</sup> Dit bedrag is pas opeisbaar wanneer het kind van opa overlijdt of wanneer de langstlevende van de ouders van de kleinkinderen overlijdt. Het kind van opa is geen rente verschuldigd over het bedrag dat schuldig is aan zijn kinderen (de kleinkinderen). Het kind heeft hierdoor het fictieve vruchtgebruik over het bedrag dat schuldig erkend is. Tevens kunnen de kleinkinderen slechts belast worden voor de contante waarde van hun vordering op hun ouders. De schuldig erkende bedragen worden vastgesteld op een zodanige wijze dat het toptarief van de kleinkinderen niet hoger is dan het toptarief van de kinderen.<sup>212</sup> In de praktijk luidde de tekst van het klassieke ik-opa-testament vaak als volgt:

*‘...Ik leg aan mijn erfgenaam de last op om aan ieder van zijn kinderen toe te kennen, uit te betalen na het overlijden van hemzelf en zijn echtgenote, een gedeelte van zijn erfdeel en wel zodanig berekend dat de top van de contante waarde van de verkrijging van mijn kleinkinderen met een niet hoger percentage wordt belast dan de top van de verkrijging van mijn erfgenaam, rekening houdend met deze last. Ik verbind aan deze last de bepaling dat de lastbevoordeelden geen enkel ander recht hebben dan het recht van opeising na het overlijden van mijn erfgenaam en het overlijden van zijn echtgenote. Ik verzoek mijn erfgenaam de successierechten (thans erfbelasting) verschuldigd door zijn kinderen aan hen voor te schieten.’<sup>213</sup>*

---

<sup>210</sup> Het woord ‘opa’ kan ook gelezen worden als ‘grootouder’ of ‘oma’.

<sup>211</sup> D.J. Saija, In: Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer, NTFR (commentaar op artikel 10).

<sup>212</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956’, Deventer: Kluwer 2002, p. 133.

<sup>213</sup> J. Beers, ‘Knelpunten bij het Ik-opa-testament’, KWEP 2012/38.

Het klassieke ik-opa-testament heeft als voordeel dat het leidt tot een geringe besparing van erfbelasting op het moment van overlijden van opa of oma.<sup>214</sup> Allereerst kan een progressievoordeel worden bereikt doordat de nalatenschap verdeeld wordt over twee generaties. Hierdoor kan mogelijk tweemaal een lager tarief toegepast worden en kan tweemaal de vrijstelling worden gebruikt. Daarnaast heeft de toepassing van het klassieke ik-opa-testament als voordeel dat het gedeelte dat toebehoort tot het kleinkind maar één keer vererft in plaats van twee keer in de situatie dat geen testament toegepast zou worden. Hierdoor hoeft maar een enkele keer erfbelasting betaald te worden in plaats van twee keer. Tot en met de wetwijziging van 1 januari 2010 in de SW 1956 kon tevens een belastingbesparing bereikt worden op het moment dat de ouder van het kleinkind overlijdt. De waardeaanwinst van de vorderingen van de kleinkinderen kon na het overlijden niet meer belast worden met erfbelasting. De redenatie hierachter was dat aangenomen werd dat artikel 10 SW 1956 niet van toepassing was in een dergelijke situatie.<sup>215</sup> Met ingang van 1 januari 2010 vallen de vorderingen van de kleinkinderen echter onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956, waardoor geen erfbelasting meer bespaard wordt bij het overlijden van de ouder van het kleinkind. Het hiervoor besprokene wordt aan de hand van een kort voorbeeld nader toegelicht. In paragraaf 4.2.2 volgt een uitgebreider voorbeeld.

*Voorbeeld 4.1*<sup>216</sup>

*Grootvader A komt in 2020 tot overlijden. Op het moment van overlijden heeft A alleen een kind B (42 jaar oud) en een kleinkind C als resterende familieleden. In het opgestelde testament heeft A een verplichting aan B opgelegd om als enig erfgenaam een bedrag aan C schuldig te blijven. Met betrekking tot dit bedrag geldt dat het marginale tarief van C lager moet blijven dan het marginale tarief van B. Op het moment van overlijden van B is de vordering opeisbaar voor het kleinkind C. De nalatenschap van A bedraagt €500.000.*

*In deze casus ligt het omslagpunt bij een bedrag van €147.669. Dit bedrag bestaat uit zowel de erfbelastingvrijstelling van €20.946 voor B en C als de maximale belaste verkrijging van C waarvoor geldt dat C nog in het lagere tarief van 18% valt en niet in het hogere tarief van 36%. De maximale belaste verkrijging van C, waarvoor C nog in het lagere tarief valt, bedraagt €126.723. Om een belastingbesparing te verwezenlijken moet dus gelden dat de vordering van C op B een (maximale) contante waarde van €147.669 bedraagt. In een dergelijk situatie bedraagt het vruchtgebruikpercentage van B 78% ( $6^{217} \times 13^{218}$ ) en het blote eigendom van C dientengevolge 22%. De vordering van C op B heeft, met het voorgaande in acht genomen, een nominale waarde van  $€147.699 / 0,22 = €671.222$ . Opvallend hierbij is dat de nominale waarde van de vordering hoger is dan hetgeen B verkrijgt uit de nalatenschap. De erfrechtelijke verkrijging van C kan dus een rol spelen op het vermogen van B dat niet afkomstig is uit de nalatenschap van grootvader A.*

Toepassing van het klassieke ik-opa testament kent tevens enkele nadelen.<sup>219</sup> Kleinkinderen die worden geboren na het overlijden van opa hebben geen vordering op opa.<sup>220</sup> Het gevolg hiervan is dat

<sup>214</sup> Hetgeen nader verduidelijkt zal worden aan de hand van een voorbeeld in paragraaf 4.2.2. In dit voorbeeld wordt ook ingegaan op de gevolgen van het overlijden van het kind. Het overlijden heeft als gevolg dat op grond van artikel 10, lid 1 SW 1956 belasting wordt geheven bij het kleinkind over de vordering. Het gevolg hiervan is dat mogelijk geen besparing van erfbelasting wordt gerealiseerd wanneer het overlijden van het kind meegenomen wordt.

<sup>215</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 166.

<sup>216</sup> Het voorbeeld is ontleend aan HR 22 november 2019, nr. 18/03218, NTFR 2020/16 (noot M. de L. Monteiro)

<sup>217</sup> Artikel 21, lid 14 SW 1956 alsmede artikel 10 Uitvoeringsbesluit SW 1956.

<sup>218</sup> Artikel 5 Uitvoeringsbesluit SW 1956.

<sup>219</sup> D.J. Saija, In: Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer, NTFR (commentaar op artikel 10).

<sup>220</sup> De making van het testament moet namelijk onvoorwaardelijk zijn. Zie hiervoor mede HR 19 december 1990, nr. 26.759, BNB 1991/121, V-N 1991/718.

deze groep kleinkinderen minder verkrijgt dan de andere kleinkinderen op het moment dat de ouders van de kleinkinderen overlijden. Als mogelijke oplossing voor dit probleem kan een bepaling in het testament opgenomen worden. Deze bepaling houdt in dat de last vervalt op het moment dat kleinkinderen geboren worden na het overlijden van opa. Wanneer opa overlijdt verkrijgen de levende kleinkinderen dientengevolge onder de opschortende voorwaarde<sup>221</sup> dat geen andere kleinkinderen meer worden geboren.<sup>222</sup> In plaats van voorgaande mogelijkheid bestaat de mogelijkheid om een testamentaire last op te nemen die stelt dat kleinkinderen die aanwezig waren ten tijde van het overlijden van opa, hetgeen zij verkregen hebben moeten delen met eventuele kleinkinderen die geboren worden na het overlijden van opa. Hierbij geldt dat de kleinkinderen die geboren zijn na het overlijden van opa de andere kleinkinderen niet kunnen aanspreken, omdat de kleinkinderen die geboren zijn na het overlijden van opa geen vorderingsrecht hebben.<sup>223</sup> Een nakoming van een last kan niet gevorderd worden door de lastbevoordeelde (de later geboren kleinkinderen), echter kan de lastbevoordeelde wel een verzoek tot vervallenverklaring bij de rechter indienen.<sup>224</sup> De lastplichtige (de kleinkinderen die aanwezig waren ten tijde van het overlijden van opa) verkrijgt onder de ontbindende voorwaarde dat niet-uitvoering van de last als gevolg heeft dat zijn recht vervalt.<sup>225</sup> Wanneer het verzoek tot vervallenverklaring wordt gehonoreerd heeft dit als gevolg dat de lastplichtige zijn aanspraak op de nalatenschap verliest.

Een ander nadeel van het klassieke ik-opa-testament is dat de kleinkinderen het risico lopen dat hun ouders het vermogen uitgegeven hebben, zodat op het moment van het overlijden van de ouders zij niet meer de schuld aan hun kinderen kunnen voldoen.<sup>226</sup> De kinderen van de ouders waren daarentegen wel erfbelasting verschuldigd op het moment van overlijden van opa. Deze situatie kan voorkomen worden door in het testament op te nemen dat de ouders de verschuldigde erfbelasting van de kleinkinderen voorschieten of door een verplichting op te leggen aan de kinderen van opa dat zij zekerheid geven over de betaling van de schulden aan hun kinderen.

Tenslotte leidt de toepassing van het klassieke ik-opa-testament mogelijk tot een dubbele heffing. Op het moment van overlijden van de langstlevende ouder zijn de kleinkinderen erfbelasting verschuldigd over de gehele waarde van hun vordering. Hierdoor zal sprake zijn van een dubbele heffing, omdat tevens erfbelasting geheven werd over de contante waarde van de vordering op het moment van overlijden van opa.<sup>227</sup> Naar de mening van de staatssecretaris kan echter geen dubbele heffing plaatsvinden in de SW 1956.<sup>228</sup> De staatssecretaris stelde hierover het volgende: *'Er kan [zich] binnen de Successiewet 1956 echter nooit dubbele belastingheffing voordoen ten aanzien van de erfbelasting, simpelweg omdat één subject niet twee keer kan overlijden. Er kan zich dus nimmer voor een tweede keer een belastbaar feit voor de erfbelasting tussen twee dezelfde subjecten voordoen.'*<sup>229</sup> Tevens:

---

<sup>221</sup> In HR 8 januari 1986, nr. 22.852, BNB 1986/105 oordeelde de HR dat sprake was van een opschortende voorwaarde (en niet van een ontbindende voorwaarde) in het geval dat de toegekende rechten aan de kleinkinderen pas uitgeoefend kunnen worden na het overlijden van hun ouders en dat daarnaast de eis bestaat dat in de tussentijd geen andere kleinkinderen geboren zijn. Zie ook HR 24 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY1760, m.nt. Schuttevaer.

<sup>222</sup> Wanneer vaststaat dat geen kleinkinderen meer geboren kunnen worden, wordt de making onvoorwaardelijk en kan het testament uitgevoerd worden. Zie hiervoor mede HR 8 januari 1986, nr. 22.852, BNB 1986/105, V-N 1986/389.

<sup>223</sup> Zie hiervoor mede F.W.J.M Schols, Handboek Erfrecht, zesde druk, Kluwer, Deventer 2015, p. 153 e.v.

<sup>224</sup> C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling (Onderneming en recht nr. 89)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, paragraaf 7.2.1.

<sup>225</sup> Artikel 4:131 BW

<sup>226</sup> Dit risico kan overigens ook spelen wanneer de wettelijke verdeling toegepast wordt.

<sup>227</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 168.

<sup>228</sup> Brief van de staatssecretaris aan de KNB d.d. 12 oktober 2009, DB/2009/596 U, p. 11 alsmede Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 76, p. 3-4.

<sup>229</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 390, nr. 76, p. 3-4.

*'Artikel 7 voorziet niet in de verrekening van erfbelasting, omdat verrekening alleen nodig is als het object door één en dezelfde verkrijger twee maal van dezelfde persoon wordt verkregen. Dit is bijvoorbeeld aan de orde indien eerst een schenking plaatsvindt en door het overlijden van de schenker een fictie in werking treedt, waardoor het geschonkene bij de begiftigde nog een keer met erfbelasting wordt belast. Omdat een mens maar eenmaal overlijdt, hoeft de wet niet te voorzien in een verrekeningsmogelijkheid van erfbelasting met erfbelasting.'*<sup>230</sup>

Naar mijn mening is de visie van de staatssecretaris onjuist. Toepassing van de fictie van artikel 10 SW 1956 leidt in mijn optiek wel degelijk tot een dubbele heffing. Deze dubbele heffing ontstaat doordat artikel 1 SW 1956 heft over de netto contante waarde van de vordering op het moment van overlijden van opa of oma terwijl artikel 10 SW 1956 vervolgens heft over de gehele verkrijging van het kleinkind. Vermoedelijk handhaaft de wetgever de dubbele heffing echter om agressieve testamentvormen te bestrijden. Zo stelde de staatssecretaris met betrekking tot het ik-opa-testament het volgende: *'Ik acht deze testamentsvorm bovendien zo ongewenst dat ik het niet nodig vind hiervoor een andere voorziening in verband met dubbele heffing in het leven te roepen.'*<sup>231</sup>

Met betrekking tot de dubbele heffing sluit ik me aan bij de visie van Boelens.<sup>232</sup> Boelens is van mening dat het voldoende is om alleen de waarde waarmee de nalatenschap wordt uitgehold te betrekken in de heffing in het geval van agressieve testamentvormen.<sup>233</sup> Voor het overige moet getracht worden hierbij dubbele heffing te voorkomen.

#### 4.2.1 Samenhang met artikel 10 SW 1956

In zijn arrest van 19 december 1990 omschreef de Hoge Raad het klassieke ik-opa-testament als volgt: *'Deze making kan niet anders worden opgevat dan dat erflater aan belanghebbende de last heeft opgelegd aan haar kinderen een vordering op haarzelf te verschaffen, onder voorbehoud van vruchtgebruik ten behoeve van haarzelf. Door deze uiterste wilsbeschikking uit te voeren heeft belanghebbende haar kinderen een vordering op haarzelf verschaft waarop van de aanvang een vruchtgebruik ten behoeve van haarzelf rustte.'*<sup>234</sup>

Op papier voldoet het klassieke ik-opa-testament aan alle vereisten van artikel 10 SW 1956.<sup>235</sup> Eén van de vereisten van artikel 10 SW 1956 is echter dat sprake is van een rechtshandeling waarbij de erflater of diens echtgenoot betrokken is. Voor 1 januari 2010 was het onduidelijk of sprake was van een rechtshandeling wanneer het klassieke ik-opa-testament werd toegepast. In zijn arrest van 19 juni 2009 oordeelde de Hoge Raad dat het begrip 'rechtshandeling' ruim moet worden uitgelegd.<sup>236</sup> Zowel de uitvoering van een last als de aanvaarding van een legaat<sup>237</sup> moesten in ieder geval aangeduid worden als een 'rechtshandeling' in de zin van artikel 10 SW 1956.<sup>238</sup> Het gevolg hiervan is dat het klassieke ik-opa-testament onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 behoort te vallen. Op

<sup>230</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 38.

<sup>231</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 39.

<sup>232</sup> G.G.B. Boelens, Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht (Ars Notariatus nr. 161) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2015, paragraaf 7.4.1.4.

<sup>233</sup> De heffing is dan zoals bepaald in artikel 10, lid 9 SW 1956.

<sup>234</sup> HR 19 december 1990, nr. 26.759, BNB 1991/121.

<sup>235</sup> Zie voor een uitgebreide bespreking van de vereisten paragraaf 2.3.1.

<sup>236</sup> HR 19 juni 2009, nr. 08/01165, BNB 2009/224.

<sup>237</sup> Na aanleiding van HR 22-11-2019, ECLI:NL:HR:2019:1838, V-N 2019/57.13 lijkt het er echter op dat deze visie onjuist is. In dat arrest werd geoordeeld dat de erflater ter aanvaarding van de nalatenschap (in de vorm van een legaat) wel een rechtshandeling heeft verricht, maar geen rechtshandeling zoals bedoeld in artikel 10, lid 1 SW 1956. Zie hiervoor onder andere J.B. Vegter, *'De ik oma beschikking, art. 10 Successiewet 1956 en HR 22 november 2019'*, WPNR 2020/7276, R.E. Brinkman, *'De ik-opa/oma-last en art. 10 SW'*, FTV 2020/1-2 en paragraaf 4.3.2.

<sup>238</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 148.

het moment van overlijden van het kind wordt immers uitvoering gegeven aan de last die het kind aan het kleinkind heeft op grond van het testament. De staatssecretaris sloot zich aan bij het oordeel van de Hoge Raad.<sup>239</sup> Naar de mening van de staatssecretaris is het klassieke ik-opa-testament een schoolvoorbeeld van een situatie waarbij het beoogd is om het vermogen van het kind uit te hollen en moet vandaar artikel 10 SW 1956 toegepast worden op een dergelijke situatie.<sup>240</sup> De staatssecretaris is tevens van mening dat artikel 10 SW 1956 altijd toepassing dient te vinden in het geval van een klassiek ik-opa-testament, zelfs wanneer geen sprake is van een uitholling van vermogen.<sup>241</sup>

Met ingang van 1 januari 2010 valt het klassieke ik-opa-testament nog steeds onder artikel 10, lid 1 SW 1956 en het ik-opa-testament met een legaat onder de werking van artikel 10, lid 9 SW 1956. In de literatuur wordt de ongelijke behandeling betwist en wordt gesteld dat het klassieke ik-opa-testament ook onder de heffingswijze van artikel 10, lid 9 SW 1956 dient te vallen.<sup>242</sup> In paragraaf 4.4 wordt hierop nader ingegaan.

In een relatief recent arrest uit 2012 oordeelde de Hoge Raad dat in onderstaande casus het klassieke ik-opa-testament niet onder het toepassingsbereik van artikel 10 SW 1956 viel.<sup>243</sup> Centraal in de casus stond een ik-opa-testament waarbij de vader van de kleinkinderen benoemd was tot enig erfgenaam. Hierbij gold de last dat wanneer vader en zijn echtgenote (de moeder van de kleinkinderen) zouden overlijden, dat dientengevolge de vorderingen van de drie kleinkinderen uit hoofde van het testament van opa aan hen moest worden betaald. Op het moment van overlijden van opa viel de nalatenschap in de huwelijksgoederengemeenschap van de moeder en vader van de kleinkinderen en vader was als eerste overleden en moeder als tweede. In geschil bij de Hoge Raad stond de kwestie of bij het overlijden van moeder artikel 10 SW 1956 van toepassing was op bovenstaand feitencomplex. De Hoge Raad was van mening dat artikel 10 SW 1956 niet van toepassing was op deze casus, omdat de moeder van de kleinkinderen geen partij was bij de schuldiggerkenning. Met ingang van 1 januari 2010 is echter aan artikel 10, lid 1 SW 1956 het zinsdeel 'of diens echtgenoot' toegevoegd. Dit arrest van de Hoge Raad speelt vandaar alleen een rol bij nalatenschappen die opgesteld zijn voor 1 januari 2010.

#### 4.2.2 Voorbeeld klassiek ik-opa-testament<sup>244</sup>

##### Voorbeeld 4.2

*Grootvader komt in februari 2019 ten overlijden.<sup>245</sup> Op het moment van overlijden is opa 65 jaar oud. De nalatenschap van opa bedraagt €4.600.000. De twee kinderen van opa zijn respectievelijk 39 en 41 jaar oud en zijn beide gehuwd voor 1 januari 2018 in wettelijke gemeenschap van goederen. De echtgenotes van de kinderen zijn beiden 40 jaar oud. Beide kinderen hebben zelf ook twee eigen kinderen, hetgeen neerkomt op een totaal van vier kleinkinderen.*

*Op het moment dat opa overlijdt, erven beide kinderen een bedrag van €2.300.000. Hierbij geldt de last dat een bedrag schuldig wordt erkend aan de kleinkinderen. De kinderen betalen 20% erfbelasting over de top van hun verkrijging.<sup>246</sup> In het testament is bepaald dat de top van de verkrijging van de*

<sup>239</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. F, p. 6.

<sup>240</sup> Memorie van antwoord, Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. D, p. 56.

<sup>241</sup> Brief aan de KNB, Kamerstukken II, 2009-2010, 31 930, nr. 37.

<sup>242</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld F.A.M. Schoenmaker, NTFR 2009/2727.

<sup>243</sup> HR 20 januari 2012, nr. 10/04493, NTFR 2012/424.

<sup>244</sup> Het voorbeeld is ontleend aan F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 166-168.

<sup>245</sup> Opgemerkt moet worden dat deze casus zich in 2019 afspeelt waardoor de cijfers licht afwijken van de cijfers in het voorgaande voorbeeld.

<sup>246</sup> Het 20% tarief gaat in wanneer de verkrijging meer dan €124.737 (eerste schijf) + €20.616 (vrijstelling) = €145.343 bedraagt. Voor verkrijgingen onder dit bedrag geldt een tarief van 10%.



kleinkinderen niet belast mag worden met een hoger percentage dan die van de kinderen. Op grond van artikel 24 SW 1956 vallen de kleinkinderen in de eerste tariefgroep, echter wordt de erfbelasting verhoogd met 80% wanneer sprake is van een rechtstreekse verkrijging van opa. Wanneer het kleinkind een bedrag verkrijgt van opa waarvan de waarde hoger is dan €145.343 is dientengevolge 36% (1,80 x 20%) erfbelasting verschuldigd. De top van de verkrijging van het kleinkind is in dit geval tegen een hoger tarief belast dan de top van de verkrijging van het kind, hetgeen in strijd is met het testament. De contante waarde van de vorderingen mogen vandaar niet meer dan €145.343 bedragen. In een dergelijke situatie geldt namelijk dat voor een percentage van 18% (1,80 x 10%) erfbelasting verschuldigd is. Dit laatstgenoemde percentage is lager dan 20% waardoor in overeenkomst met het testament wordt gehandeld.

De belaste verkrijging van elk kind wordt als volgt berekend. Van de initiële verkrijging wordt het bedrag verschuldigd aan de kleinkinderen afgehaald<sup>247</sup> alsmede de geldende vrijstelling<sup>248</sup>. De belaste verkrijging bedraagt dan €1.988.698. Over dit bedrag moet 10% erfbelasting betaald worden over de eerste €124.727 en 20% over het resterende bedrag.<sup>249</sup> De erfbelasting bedraagt dan €385.266 per kind en voor de twee kinderen gezamenlijk €770.532. De kleinkinderen worden tevens belast voor hun verkrijging. Elk kleinkind verkrijgt voor een bedrag van €124.727<sup>250</sup>. De te betalen erfbelasting per kind bedraagt €22.449<sup>251</sup> wat neerkomt op een totaal van €89.796 voor de vier kleinkinderen gezamenlijk. Het totaal aan verschuldigde erfbelasting bedraagt een bedrag van €860.328<sup>252</sup>.

Stel nu dat opa geen testament opgemaakt heeft. Beide kinderen verkrijgen €2.300.000 uit de nalatenschap. Ditmaal is geen klassiek ik-opa-testament opgemaakt waardoor geen bedrag aan de kleinkinderen verschuldigd is. Om de belaste verkrijging te bepalen moet alleen de geldende vrijstelling afgehaald worden van de verkrijging. De belaste verkrijging bedraagt dan €2.279.384<sup>253</sup>. Over dit bedrag moet 10% erfbelasting betaald worden over de eerste €124.727 en 20% erfbelasting over het resterende gedeelte. Per kind moet dientengevolge €443.403<sup>254</sup> erfbelasting betaald worden, hetgeen neerkomt op een bedrag van €886.806 voor de twee kinderen gezamenlijk.

De toepassing van het klassiek ik-opa-testament in deze casus leidt bij het overlijden van opa tot een belastingbesparing van €26.478<sup>255,256</sup>.

De kleinkinderen erven een vordering op hun ouders die renteloos en niet direct opeisbaar is. De contante waarde van deze vordering bedroeg €145.343.<sup>257</sup> Het fictieve vruchtgebruik dat toebehoort bij deze vordering hebben de ouders tot het moment dat langstlevende van deze twee komt te overlijden. Op grond van artikel 10 Uitvoeringsbesluit SW 1956 wordt geacht dat de ouders een rente van 6% genieten. Deze rente moet op grond van artikel 5 jo. artikel 7 lid 1 Uitvoeringsbesluit SW 1956 vermenigvuldigd worden met een factor toebehorend bij de leeftijd van iemand die vijf jaren jonger is dan de jongste van de twee echtgenoten. In dit voorbeeld was één van de kinderen 41 jaar oud met een echtgenote van 40 jaar oud. Voor dit echtpaar moet uitgegaan worden van een factor toebehorend bij

<sup>247</sup> €2.300.000 – (2 x €145.343) = €2.009.314

<sup>248</sup> €2.009.314 - €20.616 = €1.988.698

<sup>249</sup> €124.727 x 10% + €1.863.971 x 20% = €385.266

<sup>250</sup> €145.343 - €20.616 (de geldende vrijstelling) = €124.727

<sup>251</sup> €124.727 x 18% = €22.449

<sup>252</sup> €770.532 + €89.796 = €860.328

<sup>253</sup> €2.300.000 - €20.616 = €2.279.384

<sup>254</sup> €124.727 x 10% + €2.154.657 x 20% = €443.403

<sup>255</sup> €886.806 - €860.328 = €26.478

<sup>256</sup> In de praktijk is de besparing van erfbelasting nog groter, omdat een gedeelte van de nalatenschap van opa rechtstreeks naar de kleinkinderen gaat. Hierdoor hoeft maar eenmalig erfbelasting betaald te worden. Bij het bepalen van de besparing van de erfbelasting in dit voorbeeld is hierbij echter geen rekening gehouden.

<sup>257</sup> Zie hetgeen eerder bepaald in het voorbeeld.

de leeftijd 35. Het andere kind was 39 jaar oud en had tevens een echtgenote van 40 jaar oud. Voor dit echtpaar moet uitgegaan worden van een factor toebehorend bij de leeftijd 34. Op grond van artikel 5 Uitvoeringsbesluit SW 1956 geldt voor beide gevallen dat uitgegaan moet worden van de factor 14. Het vruchtgebruik heeft diensgevolge een waarde van 84% (14 x 6%) en het blote eigendom 16%. De nominale waarde van iedere vordering die de kleinkinderen op de kinderen hebben bedraagt €908.393. Op grond van artikel 10, lid 1 SW 1956 wordt over deze gehele nominale waarde belasting geheven op het moment van overlijden van langstlevende ouder.

Voor het volgende deel van dit voorbeeld wordt ingezoomd op het echtpaar bestaande uit het kind van 41 jaar en de echtgenote van 40 jaar en de twee kleinkinderen. Het echtpaar is getrouwd voor 1 januari 2018 onder wettelijke gemeenschap van goederen. Het gevolg hiervan is dat de schulden die zij hebben aan hun kinderen op grond van het klassieke ik-opa-testament vallen onder de huwelijksgemeenschap.<sup>258,259</sup> De vordering van de kleinkinderen is vandaar voor 50% afkomstig uit het vermogen van elke echtgenoot.

Op 67 jarige leeftijd komt de zoon ten overlijden, waardoor zijn genot eindigt.<sup>260</sup> Op grond van artikel 10, lid 1 SW 1956 wordt de helft van de nominale waarde (€454.196,50<sup>261</sup>) van de vordering van elke kleinkind belast. De kleinkinderen mogen het voortgezette vruchtgebruik van hun moeder aftrekken van hun fictieve verkrijging.<sup>262</sup> Het fictief vruchtgebruik heeft een waarde van 48%<sup>263</sup> (8 x 6%) en het blote eigendom diensgevolge 52%. De waarde van het blote eigendom bedraagt €236.182,18.<sup>264</sup> Over dit bedrag wordt belasting geheven bij ieder kleinkind op het moment van overlijden van de zoon. De echtgenote verkrijgt het fictief vruchtgebruik van de helft van de vorderingen toebehorend tot de kleinkinderen. Deze verkrijging met een waarde van €218.014,32<sup>265</sup> dient aangemerkt te worden als een verkrijging krachtens derdenbeding, waardoor over deze verkrijging heffing plaatsvindt op grond van artikel 13 SW 1956.

<sup>258</sup> Wanneer niet getrouwd zou zijn onder gemeenschap van goederen valt de schuld niet in de huwelijksgemeenschap. De vordering is dan geheel afkomstig uit het vermogen van de zoon van opa. Op het moment van overlijden van de zoon eindigt het fictief vruchtgebruik en is artikel 10 SW 1956 in zijn geheel van toepassing op de nominale waarde van de vordering. Wanneer de echtgenote later of eerder overlijdt vindt geen heffing plaats op grond van artikel 10 SW 1956, immers is niets ten koste gegaan van het vermogen van de echtgenote waardoor artikel 10 SW 1956 geen toepassing vindt.

<sup>259</sup> In een zaak bij het Gerechtshof Den Haag ( 9 juli 2019 nr. 17/00878, NTFR 2019/2474) stond recentelijk ter discussie of sprake was van een verplicht finaal wederkerig verrekenbeding en of artikel 10, lid 1 SW 1956 van toepassing was. Het Hof kwam tot het oordeel dat in casu geen sprake was van een verplicht finaal wederkerig verrekenbeding (het ging om een facultatief wederkerig verdeelbeding) en dat bij het overlijden van de moeder, de vordering van belanghebbende aangeduid moet worden als een fictief erfrechtelijke verkrijging op grond van artikel 10, lid 1 SW 1956. In mijn optiek is onterecht geoordeeld dat artikel 10 SW 1956 toegepast dient te worden in deze casus. Het vruchtgebruik dat moeder verworven heeft is niet ten laste van haar vermogen gekomen (aan het legaat was geen last gebonden) waardoor niet aan de vereisten van artikel 10 SW 1956 voldaan wordt. Daarnaast sluit ik me aan bij de mening gevormd door Vrenegoor die het volgende stelt: 'Mijns inziens zou een (fictief) vruchtgebruik dat krachtens erfrecht is verkregen niet mogen leiden tot heffing op basis van art. 10 SW 1956 bij overlijden van de (fictieve) vruchtgebruiker, ook niet wanneer de nalatenschap van de eerstoverleden echtgenoot wordt vergroot door een verkrijging op grond van de toepasselijke huwelijksvoorwaarden.' De stap naar de Hoge Raad is gemaakt in deze casus, waarbij naar mijn mening hopelijk niet aangesloten wordt bij de uitspraak van het Gerechtshof . Overigens verwijs ik voor een nadere bespreking van de uitspraak naar Gerechtshof Den Haag 9 juli 2019 nr. 17/00878, NTFR 2019/2474.

<sup>260</sup> Het maakt hierbij niet uit of de zoon of echtgenote als eerste ten overlijden kwam. Het voorbeeld had systematisch hetzelfde uitgewerkt wanneer in plaats van de zoon de echtgenote als eerste ten overlijden kwam.

<sup>261</sup>  $€908.393 / 2 = €454.196,50$

<sup>262</sup> Op grond van artikel 7, lid 1 SW 1956.

<sup>263</sup> Op grond van artikel 5 jo. artikel 7 lid 1 Uitvoeringsbesluit SW 1956.

<sup>264</sup>  $€454.196,50 \times 0,52 = €236.192,18$

<sup>265</sup>  $€454.196,50 \times 0,48 = €218.014,32$  of  $€454.196,50 - €236.192,18 = €218.014,32$ .

Een jaar later komt echtgenote op 67 jarige leeftijd ten overlijden. Op grond van artikel 10, lid 1 SW 1956 vindt heffing plaats over de resterende 50% van de nominale waarde van de vordering. Van een aftrekpost naar aanleiding van een fictief vruchtgebruik is nu geen sprake, omdat beide ouders overleden zijn en het fictieve vruchtgebruik dus beëindigd is. Beide kleinkinderen zijn erfbelasting verschuldigd over een bedrag van €454.196,50.

Het totaal aan verschuldigde erfbelasting (inclusief het andere echtpaar, waarbij uitgegaan wordt van dezelfde omstandigheden als het echtpaar hiervoor besproken) op het moment van overlijden van de ouders wordt als volgt berekend. Wanneer de zoon overlijdt vindt heffing plaats bij zowel de echtgenote als de kleinkinderen. Ieder kleinkind verkrijgt €236.182,18. De echtgenote verkrijgt €218.014,32, echter mag in mindering hierop gebracht worden de vrijstelling van artikel 32, lid 1 sub 4 onderdeel a SW 1956 waardoor de belastbare verkrijging nihil bedraagt. Op het moment dat de echtgenote overlijdt verkrijgen de kleinkinderen ieder €454.196,50. In totaal verkrijgt ieder kleinkind €690.378,68. Het voorgaande zag alleen op de heffing met betrekking tot de vordering, de 'reguliere' verkrijging moet hier nog aan toegevoegd worden. Na het overlijden van opa hield elk kind €1.603.432 aan nalatenschap over.<sup>266</sup> Beide kleinkinderen verkrijgen 50% uit deze nalatenschap, waardoor de totale verkrijging per kleinkind €1.492.094,60<sup>267</sup> bedraagt. De belaste verkrijging is €1.471.478,60<sup>268</sup> en aan erfbelasting verschuldigd is €281.823,02<sup>269</sup>. Gezamenlijk zijn de vier kleinkinderen €1.127.292,- aan erfbelasting verschuldigd.

Wanneer niet gekozen zou zijn voor het ik-opa-testament zou elk kind een nalatenschap verkrijgen van €1.856.597.<sup>270</sup> Beide kleinkinderen verkrijgen 50% uit deze nalatenschap, waardoor de totale verkrijging per kleinkind €928.298,50 bedraagt. De belaste verkrijging is €907.682,50 en aan erfbelasting is verschuldigd €169.063,80. Gezamenlijk zijn de vier kleinkinderen €676.255,20 aan erfbelasting verschuldigd.

Op het moment van overlijden van opa wordt een gering belastingvoordeel van €26.478 behaald wanneer een klassiek ik-opa-testament toegepast wordt in deze casus. Op het moment van overlijden van de ouders wordt daarentegen een belastingnadeel van €451.036,80 gerealiseerd, waardoor over het geheel genomen een belastingnadeel wordt bereikt in deze casus. Dit flinke belastingnadeel ontstaat door de overkill van artikel 10, lid 1 SW 1956 die leidt tot een dubbele heffing.

Wanneer artikel 10, lid 9 SW 1956 toepassing zou vinden op deze casus zou het als gevolg hebben dat de kleinkinderen geen belasting verschuldigd zijn over de waarde van de vordering. Dit komt doordat de nominale waarde van de vorderingen die kleinkinderen hebben (€1.816.786) lager zijn dan de erfrechtelijke verkrijging van het kind (€2.300.000).<sup>271</sup>

#### 4.3 Het ik-opa-legaat en samenhang met artikel 10 SW 1956

Het verschil tussen een klassiek ik-opa-testament en het ik-opa-legaat is dat bij het klassieke ik-opa-testament het kind benoemt wordt tot enig erfgenaam onder de last dat aan diens kinderen een bedrag schuldig erkent wordt en dat bij een ik-opa-legaat, opa een bedrag legateert aan zijn kleinkind.<sup>272</sup> Dit bedrag is opeisbaar op het moment van overlijden van de langstlevende van de ouders van het kleinkind. Een belangrijk verschil ten opzichte van het klassieke ik-opa-testament is dat hierbij geen rechtshandeling plaatsvindt bij het kind van opa. Het gevolg hiervan is dat in principe het ik-opa-

<sup>266</sup> De belastbare verkrijging bedroeg €1.988.698 en de verschuldigde erfbelasting was €385.266.

<sup>267</sup> €690.378,68 + (€1.603.432 / 2) = €1.492.094,60

<sup>268</sup> €1.492.094,60 - €20.616 = €1.471.478,60

<sup>269</sup> €124.727 x 10% + €1.346.751,16 x 20% = €281.823,02

<sup>270</sup> €2.300.000 - €443.403 = €1.856.597 (zie eerder in het voorbeeld)

<sup>271</sup> Hierop wordt nader ingegaan in paragraaf 4.3.

<sup>272</sup> Zie hiervoor mede B.M.E.M. Schols, 'Opa's erfenis, fiscale last of civielrechtelijk legaat?', FBN 2014/53.

legaat niet onder het toepassingsbereik van artikel 10, lid 1 SW 1956 behoort te vallen. Dit is tevens de mening van de staatssecretaris.<sup>273</sup>

Om die reden is, met ingang van 1 januari 2010 artikel 10, lid 9 SW 1956 ingevoerd. Op grond van dit lid moeten verkrijgingen op grond van een legaat onder opschortende tijdsbepaling onder voorwaarden aangemerkt worden als een fictief erfrechtelijke verkrijging.<sup>274</sup> De redenatie achter de invoering van dit lid was dat de toen geldende wettekst mogelijkheid bood tot ongewenste uitholling van de nalatenschap doordat artikel 10 SW 1956 geen toepassing kon vinden.<sup>275</sup> Naar de mening van de KNB en de staatssecretaris moesten deze situaties ook onder het bereik van artikel 10 SW 1956 vallen. Als voorbeeld werd een situatie geschetst in de parlementaire behandeling waarbij opa een nalatenschap achterliet van €200.000 en het blote eigendom, met een waarde van €1.000.000 nominaal, legateert aan zijn kleinkind. Dit bedrag is pas opeisbaar wanneer de ouder van het kleinkind overlijdt. De waarde van het vruchtgebruik was op basis van de leeftijd van het kind 90%, waardoor het kind belast werd voor een bedrag van €100.000<sup>276</sup> en het kleinkind belast werd voor een bedrag van €100.000<sup>277</sup>. Op het moment van overlijden van het kind bedraagt de nominale schuld echter €1.000.000 en is tegelijkertijd de nalatenschap van het kind van opa uitgehouden. De staatssecretaris is van mening dat in dergelijke situaties sprake is van 'agressieve estate planning' die met behulp van artikel 10 SW 1956 bestreden moeten worden. Uiteindelijk heeft voorgaande geleid tot het amendement-Cramer waarin het huidige artikel 10, lid 9 SW 1956 voorgesteld werd.<sup>278</sup>

Op grond van artikel 10, lid 9 SW 1956 wordt alleen het erfrechtelijke surplus in de heffing meegenomen. Artikel 10, lid 9 SW 1956 vindt geen toepassing wanneer de nominale waarde van de bedragen die gelegateerd zijn aan de kleinkinderen niet meer of gelijk zijn aan de erfrechtelijke verkrijging van het kind van opa. Artikel 10, lid 9 SW 1956 is in de praktijk de fiscaal aantrekkelijkere route in vergelijking met artikel 10, lid 1 SW 1956, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit een voorbeeld gegeven door de staatssecretaris.<sup>279</sup>

#### Voorbeeld 4.3

*In de geschetste casus uit het voorbeeld komt opa tot overlijden. Opa heeft een nalatenschap van €150.000 en legateert aan elk van zijn 3 kleinkinderen een bedrag van €60.000. Dit bedrag is opeisbaar op het moment van overlijden van het kind (56 jaar) van opa. De vordering van elk kleinkind heeft een blote eigendoms waarde van €20.400<sup>280</sup>. Dientengevolge is de waarde van de verkrijging van het kind €88.800<sup>281</sup>. Op het moment van overlijden van het kind van opa bedraagt de schuld aan zijn kinderen €180.000<sup>282</sup>. Toepassing van artikel 10, lid 9 SW 1956 leidt ertoe dat de fictieve verkrijging per kleinkind €10.000 bedraagt<sup>283</sup>. Wanneer artikel 10, lid 1 SW 1956 toepassing zou vinden, zou geen aftrek gegeven worden waardoor elk kleinkind voor €50.000 meer in de heffing betrokken zou worden<sup>284</sup>.*

<sup>273</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 40, p. 31.

<sup>274</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 168.

<sup>275</sup> Zie hiervoor Brief aan de KNB, kamerstukken II, 2009-10, 31 930, nr. 37 en V-N 2009/57.2.

<sup>276</sup> €200.000 - €100.000 (de contante waarde van de schuld) = €100.000

<sup>277</sup> De contante waarde van de €1.000.000

<sup>278</sup> Amendement van het lid Cramer, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 54. Zie hiervoor mede I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Fiscale problemen bij een legaat van opa', WFR 2012/191.

<sup>279</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, F, p. 7-8.

<sup>280</sup>  $(100 - 66 = 34\%) \times €60.000 = €20.400$ .

<sup>281</sup>  $€150.000 - (€20.400 \times 3) = €88.800$

<sup>282</sup>  $3 \times €60.000 = €180.000$

<sup>283</sup>  $1/3 \times (€180.000 - €150.000) = €10.000$

<sup>284</sup> In dit geval bedraagt de verkrijging  $1/3 \times €180.000 = €60.000$

#### 4.3.1 Rechtbank Den Haag 19 juni 2018<sup>285</sup>

In een recente zaak bij rechtbank Den Haag stond in geschil of de Belastingdienst terecht de ik-omaking aangeduid had als een fictieve erfrechtelijke verkrijging op grond van artikel 10, lid 1 SW 1956. In het bijzonder stond ter discussie of sprake was van een legaat of een last. De feiten van de casus luiden als volgt. De grootmoeder van belanghebbende had een ik-oma-testament opgesteld waarbij haar twee kinderen als erfgenamen werden aangewezen. Tevens werden op grond van het testament onvoorwaardelijke vorderingen gelegateerd aan de kleinkinderen (de belanghebbende) van oma die opeisbaar waren op het moment van overlijden van erflaatster (de tante van de belanghebbenden in deze casus). In 2014 kwam erflaatster tot overlijden waardoor de vorderingen opeisbaar werden. Belanghebbenden hebben hun aangifte erfbelasting ingevuld aan de hand van artikel 10, lid 9 SW 1956. Hierdoor bedraagt de fictieve verkrijging €10.479. De inspecteur van de Belastingdienst heeft daarentegen de fictieve verkrijging gewaardeerd aan de hand van artikel 10, lid 1 SW 1956. De fictieve verkrijging bedraagt in dat geval €104.423.

Rechtbank Den Haag stelde de inspecteur van de Belastingdienst in het gelijk dat artikel 10, lid 1 SW 1956 van toepassing dient te zijn in deze casus. De argumentatie van de Rechtbank luidde hierbij als volgt:

*‘Vast staat dat eisers behoren tot erflaatsters bloedverwanten in de derde graad. Verder staat vast dat erflaatster de nalatenschap van grootmoeder heeft aanvaard. Hiermee heeft zij tevens de verplichting aanvaard geldsommen renteloos schuldig te erkennen aan eisers, welke geldsommen pas na haar overlijden opeisbaar zijn geworden. Hoewel het testament van grootmoeder de ik-omaking als legaat typeert, leidt de rechtbank uit de bewoordingen van het testament, “een onvoorwaardelijke vordering ten laste van hun tante”, af dat de vorderingen van eisers ten tijde van het overlijden van grootmoeder zijn ontstaan op één specifieke erfgenaam, in casu erflaatster, en niet op de nalatenschap van grootmoeder als geheel. Uit de volle eigendom die erflaatster als erfgenaam van grootmoeder heeft verkregen, heeft zij dus vermogen overgedragen aan eisers onder voorbehoud van een genotsrecht zonder dat zij daarvoor ander vererfbaar vermogen uit de nalatenschap van grootmoeder heeft ontvangen. Hierdoor ontstond een schuld in het vermogen van erflaatster en was zij aldus haar eigen vermogen aan het uithollen. De ik-omaking dient daarom als een lastbevoordeling te worden gekwalificeerd. De stelling van eisers ter zitting dat zij ter zake van hun vorderingen op erflaatster ook de overige erfgenamen van grootmoeder zouden kunnen aanspreken, slaagt niet nu de aansprakelijkheid van de gezamenlijke erven niet uit het testament van grootmoeder kan worden afgeleid. De rechtbank wijst vervolgens op de duidelijke bewoordingen van het negende lid van artikel 10, van de SW, alsmede op het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BG6455). De Hoge Raad heeft daarin immers bepaald dat zowel de aanvaarding van een legaat als de uitvoering van een last als een rechtshandeling moet worden aangemerkt. In het onderhavige geval bestaat die rechtshandeling uit de aanvaarding van de erfenis en daarmee van de last door erflaatster bij het overlijden van grootmoeder. Uit het voorgaande volgt dat is voldaan aan de eisen die artikel 10, eerste lid, van de SW stelt voor een verkrijging die geacht wordt krachtens erfrecht te zijn geschied. Aan de toepassing van artikel 10, negende lid, van de SW wordt dan niet meer toegekomen.’<sup>286</sup>*

In mijn optiek heeft Rechtbank Den Haag hier onterecht geoordeeld dat artikel 10, lid 1 SW 1956 toepassing dient te vinden.<sup>287</sup> Ik sluit me allereerst aan bij de visie van advocaat-generaal IJzerman die stelt dat onderhavige ik-omaking aangeduid moet worden als een legaat en niet als een last.<sup>288</sup> Daarnaast stelt de Rechtbank dat de rechtshandeling in deze casus bestaat uit het aanvaarden van de

<sup>285</sup> Rechtbank Den Haag 19 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8080, NTFR 2018/2250 (noot L. Bergman).

<sup>286</sup> Rechtbank Den Haag 19 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8080, NTFR 2018/2250 (noot L. Bergman), r.o. 11.

<sup>287</sup> Tevens de mening gevormd door G.F.S. Refuge en M.E. Kastelein in ‘Een merkwaardige uitspraak over een Ik-Oma-testament’, FTV 2018/9-34.

<sup>288</sup> Conclusie A-G IJzerman 22 mei 2019, nr. 18/03218, NTFR 2019/2001.

erfenis van oma door erfstaatster. Naar mijn mening is dit een incorrecte zienswijze van de Rechtbank.<sup>289</sup> Het enkel aanvaarden van een nalatenschap is geen rechtshandeling in de zin van artikel 10, lid 1 SW 1956, immers zouden in dat geval ook bijvoorbeeld de onderbedelingsvorderingen uit hoofde van een wettelijke verdeling vallen onder het toepassingsbereik van artikel 10, lid 1 SW 1956. Belanghebbenden zijn naar mijn terecht in cassatie gegaan.

#### 4.3.2 Hoge Raad 22 november 2019<sup>290</sup>

De Hoge Raad gaf op 22 november 2019 zijn visie over voorgaande casus. Centraal in cassatie staat alleen nog de kwestie of sprake was van een legaat of een last. De Hoge Raad stelt allereerst dat beoordeeld moet worden aan de hand van het geldende erfrecht tot 1 januari 2003, immers is de nalatenschap afgewikkeld voorafgaand aan deze periode. Op grond van het tot 1 januari 2003 geldende erfrecht (alsmede art 4:46 BW) geldt dat aan uitleg van een uiterste wilsbeschikking niet toegekomen wordt als de bewoordingen van die uiterste wilsbeschikking duidelijk zijn. De bewoordingen 'ik legateer een onvoorwaardelijke vordering' zijn in de optiek van de Hoge Raad duidelijk waardoor aan uitleg van het testament niet toegekomen wordt. Daarnaast stelde de Hoge Raad dat *'het testament van de grootmoeder geen aanknopingspunt bevat om aan te nemen dat de verkrijging van de vordering door belanghebbenden mede afhankelijk was van de schuldigerkenning van die vorderingen door de dochter of van enige andere rechtshandeling van de dochter.'* Tevens oordeelde de Hoge Raad dat de handelingen in de akte van boedelbeschrijving niet aangeduid moesten worden als rechtshandelingen in de zin van artikel 10 SW 1956. Ik sluit me aan bij de mening gevormd door van Vijfeijken die stelt dat dit terecht is, omdat het vorderingsrecht ontstaat op het moment van overlijden van opa.<sup>291</sup> Wanneer een kind overgaat tot formele schuldigerkenning aan zijn kind heeft dit civielrechtelijk geen betekenis. De Hoge Raad komt tenslotte tot het oordeel dat sprake is van een legaat en dat artikel 10, lid 1 SW 1956 geen toepassing vindt in deze casus.

Een belangrijke conclusie uit dit arrest is dat een legaat in de vorm van een onvoorwaardelijk vorderingsrecht niet valt onder artikel 10, lid 1 SW 1956 maar onder artikel 10, lid 9 SW 1956. Hierbij speelt het geen rol of het testament onder het huidige of oude erfrecht opgemaakt is. Daarnaast is het niet van belang of een schuldigerkenning plaatsgevonden heeft aan het kleinkind door de erfgenaam.

#### 4.4. Verschil behandeling tussen het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat

In de voorgaande paragrafen zijn het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat besproken. Beide testamentsvarianten leiden tot min of meer hetzelfde effect, echter kennen de testamentsvarianten wel verschillende heffingsgrondslagen. Het klassieke ik-opa-testament valt onder artikel 10, lid 1 SW 1956 en wordt zwaarder belast dan een ik-opa-legaat wanneer die onder de werking van artikel 10, lid 9 SW 1956 valt. In deze paragraaf wordt besproken of het verschil in behandeling tussen het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat gerechtvaardigd is. Allereerst worden enkele opvattingen vanuit de literatuur besproken. Daarna wordt mijn visie gegeven over de kwestie of het verschil in behandeling gerechtvaardigd is en hoe het in mijn optiek geregeld zou moeten worden in de wettekst.

##### 4.4.1 Schoenmaker

Schoenmaker heeft veelvuldig zijn mening gegeven over de samenhang tussen artikel 10 SW 1956 en de ik-opa-testamenten.<sup>292</sup> Naar de mening van Schoenmaker horen de 'klassieke' ik-opa-testamenten,

---

<sup>289</sup> Tevens de mening gevormd in HR 22-11-2019, ECLI:NL:HR:2019:1838, BNB 2020/16 (noot I.J.F.A. van Vijfeijken).

<sup>290</sup> HR 22-11-2019, ECLI:NL:HR:2019:1838, V-N 2019/57.13.

<sup>291</sup> in HR 22-11-2019, ECLI:NL:HR:2019:1838, BNB 2020/16 (noot I.J.F.A. van Vijfeijken).

<sup>292</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld F.A.M. Schoenmaker, *'Wetsvoorstel tot wijziging SW 1956 aangenomen door Eerste Kamer, NTFR 2009/2727, 'Artikel 10 SW 1956 is wel van toepassing op 'ik-opa-vordering', NTFR 2011/115, 'Art. 10 SW 1956 (oud) is niet van toepassing op 'ik-opa-vordering', NTFR 2011/2844 alsmede F.A.M. Schoenmaker,*

net als het ik-opa-legaat, onder de werking van artikel 10, lid 9 SW 1956 te vallen.<sup>293</sup> Daarnaast moet naar zijn mening artikel 10 SW 1956 alleen toegepast worden wanneer de van opa gekregen nalatenschap niet toereikend is om de niet-opeisbare vorderingen van de kleinkinderen te voldoen.<sup>294</sup>

Schoenmaker beschrijft artikel 10 SW 1956 daarnaast als een artikel dat leidt tot een overkill terwijl nog steeds ruimte bestaat tot misbruik.<sup>295</sup> Dit gegeven wordt door Schoenmaker verklaart doordat de toepassing van artikel 10 SW 1956 afhangt van het begrip 'rechtshandeling'. Doordat dit juridische begrip toegepast wordt op een economische bepaling leidt dit tot ongewenste effecten. Schoenmaker merkt tevens op dat de kleinkinderen bij een ik-opa-testament al op het moment van overlijden van opa een vorderingsrecht krijgen op de kinderen van opa. In een dergelijke situatie wordt sinds 1 januari 2003 civielrechtelijk al gesproken van een 'legaat' en dus niet van een 'last'.<sup>296</sup> Het gevolg hiervan is dat een ik-opa-testament onder de voorbeelden valt die gegeven zijn in het amendement op artikel 10, lid 9 SW 1956. Bovendien merkt Schoenmaker op dat artikel 10, lid 9 SW 1956 geen onderscheid maakt tussen lasten en legaten. Het enige van belang is volgens de wettekst dat de schuld ontstaan is als gevolg van een uiterste wil.

Concluderend zijn naar de mening van Schoenmaker het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat twee testamentsvarianten die economisch hetzelfde uitwerken. De verschillen tussen de twee ontstaan door de juridische vormgeving van het testament, hetgeen minder van belang hoort te zijn dan de economische gevolgen van het testament. Volgens Schoenmaker moeten beide testamentvarianten gelijk behandeld worden en moeten beide varianten onder het bereik van artikel 10, lid 9 SW 1956 vallen.<sup>297</sup> Ten slotte merkt Schoenmaker op dat deze visie ook van toepassing dient te zijn op de wettekst voorafgaand aan 1 januari 2010. De woorden 'ten koste van erflaters vermogen' maken naar zijn mening duidelijk genoeg dat artikel 10 SW 1956 alleen toepassing dient te vinden wanneer sprake is van een verkleining van het vermogen van erflater (het kind van oma in dit geval).<sup>298</sup>

#### 4.4.2 Van Vijfeijken en Vegter

Van Vijfeijken en Vegter hebben gezamenlijk hun mening, met betrekking tot de samenhang tussen artikel 10 SW 1956 en de ik-opa-testamenten, samengevat in een artikel.<sup>299</sup> In het artikel komen zij tot de conclusie dat de wetgever zich in een positie heeft gebracht waarbij de verhouding tussen artikel 10, lid 1 SW 1956 en artikel 10, lid 9 SW 1956 volstrekt onduidelijk geworden is. Zo stellen van Vijfeijken en Vegter dat de wetgever nergens in de parlementaire geschiedenis toegelicht heeft waarom een geldsom ontvangen uit hoofde van een door de wetgever veronderstelde lastbevoordeling zwaarder moet worden belast dan een vergelijkbare geldsom uit hoofde van een legaat. Het enige wat de wetgever heeft aangegeven is dat het ik-opa-legaat niet onder het toepassingsbereik van artikel 10, lid 1 SW 1956 valt waardoor een nieuwe bepaling ingevoerd moest worden. Daarnaast heeft de wetgever geoordeeld, met betrekking tot het fictieve legaat, dat alleen het surplus leidt tot een uitholling van

---

*'Art. 10 SW 1956 en ik-opa-testamenten: een 'lastige' kwestie?', NTFR Beschouwingen 2013/6 en F.A.M. Schoenmaker, 'Eindelijk rust inzake het klassieke ik-opa-testament?', KWEP 2015/33.*

<sup>293</sup> Tevens de mening gevormd door Tol in J.T. Tol, *'Opa is dood, leve opa?', KWEP 2010/4.*

<sup>294</sup> F.A.M. Schoenmaker, *'Art. 10 SW 1956 (oud) is niet van toepassing op 'ik-opa-vordering', NTFR 2011/2844.*

<sup>295</sup> F.A.M. Schoenmaker, *'Nota n.a.v. nader verslag wijziging SW 1956 naar Tweede Kamer', NTFR 2009/2006.*

<sup>296</sup> Kamerstukken II, 1962-1963, 3771, nr. 6, p. 77.

<sup>297</sup> De mening dat er geen goede argumenten bestaan voor een onderscheid worden onder andere gedeeld door I.J.F.A. van Vijfeijken in *'Fiscale problemen bij een legaat van opa', WFR 2012/191* en T.C. Hoogwout in *'Erfbelasting over de vrijval van vruchtgebruik', VFP 2012/26.*

<sup>298</sup> F.A.M. Schoenmaker, *'Art. 10 SW 1956 (oud) is niet van toepassing op 'ik-opa-vordering', NTFR 2011/2844.* Zie hiervoor bijvoorbeeld ook R.E. Brinkman, *'De ik-opa/oma-last en art. 10 SW', FTV 2020/1-2, alsmede Kamerstukken II 1948, 915, nr. 3.*

<sup>299</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken en J.B. Vegter, *'De ikopamaking: eindelijk duidelijkheid?', WPNR 2016/7126.*

de nalatenschap waardoor alleen het surplus belast moet worden.<sup>300</sup> Van Vijfeijken en Vegter stellen hierbij de kantnoot dat echter geen rechtvaardiging gegeven wordt voor de verschillende behandeling tussen beide ik-opa-testamenten.<sup>301</sup>

Van Vijfeijken en Vegter komen tot het oordeel dat artikel 10, lid 9 SW 1956 van toepassing hoort te zijn op beide ik-opa-testamentvarianten. Hierbij beroepen zij zich op het gelijkheidsbeginsel. Van Vijfeijken en Vegter zijn tevens van mening dat de staatssecretaris per besluit dient goed te keuren dat artikel 10, lid 9 toepassing dient te vinden in alle gevallen van een ik-opa-testament.

#### 4.4.3 Schols

Schols<sup>302</sup> heeft een artikel geschreven naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad op 22 november 2019. In het arrest werd geoordeeld dat een legaat onder de werking van artikel 10, lid 9 SW 1956 hoort te vallen. Hierdoor ontstaat een verschil in behandeling met een last, deze valt immers onder het toepassingsbereik van artikel 10, lid 1 SW 1956. In het artikel stelt Schols dat hij zich realiseert dat door het arrest een legaat fiscaal-economisch anders uitpakt dan wanneer een last toegepast zou worden in het testament. Schols heeft hier echter vrede mee, omdat in het gesloten civielrechtelijke erfrechtelijke stelsel de rechtsgevolgen van deze erfrechtelijke rechtsfiguren ook verschillend zijn.

Schols merkt tevens in het artikel op dat de gevolgen van het verschil in behandeling tussen last en legaat in de praktijk gering zullen zijn. Notarissen zullen zich immers ook bewust zijn van het verschil in behandeling, waardoor in de praktijk alleen nog maar gewerkt gaat worden met een legaat om op deze manier de kleinkindvrijstelling optimaal te benutten. In de praktijk bevatten de na 2003 opgestelde ik-opa-testamenten in de regel vandaar een legaat. Met betrekking tot voor 2003 opgestelde ik-opa-testamenten geldt dat wanneer een legaat toegepast wordt deze ook onder het huidige artikel 10, lid 9 SW 1956 zouden vallen.<sup>303</sup> Schols concludeert het artikel met de opmerking dat 'een in een onder het oude erfrecht gepasseerde uiterste wilsbeschikking opgenomen lastbevoordeling bij het openvallen van de nalatenschap onder huidig erfrecht, zonder al teveel bokkesprongen, uitgelegd kan worden als een legaat.'<sup>304</sup> Ik sluit me aan bij deze opmerking, echter met de toevoeging dat dit mogelijk anders zou zijn wanneer het testament opgemaakt werd onder het oude erfrecht. In die situatie zou het testament uitgelegd moeten worden aan de hand van het oude erfrecht, hetgeen inhoudt dat sprake is van een legaat wanneer de lastbevoordeelde de intentie had om een onvoorwaardelijk vorderingsrecht toe te kennen. Mocht hiervan geen sprake zijn, en de erfgenaam heeft uitvoering gegeven aan de last door middel van het schuldig erkennen van de bedragen, dan is sprake van een last. Hierbij kan de vraag worden gesteld of het gelijkheidsbeginsel met zich meebrengt dat de heffing die ontstaat op grond van artikel 10, lid 1 SW 1956 wordt verminderd tot het surplus.<sup>305</sup> In mijn optiek moet deze vraag bevestigend beantwoord worden.

#### 4.4.4 Brinkman

In een recent artikel heeft Brinkman zijn visie gegeven over de samenhang tussen artikel 10 SW 1956 en de ik-opa-testamentsvormen.<sup>306</sup> Brinkman is van mening dat bij een ik-opa/oma-last, net zoals bij een legaat, sprake is van een toekenning van het vorderingsrecht aan de lastbevoordeelde. Net als bij het legaat draagt de daadwerkelijke uitvoering van de last niks toe aan het gegeven dat het

---

<sup>300</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 48, p. 4.

<sup>301</sup> In gelijke zin HR 20-01-2012: ECLI:NL:HR:2012:BU5651, BNB 2012/116 (noot J.C. van Straatten) en HR 20-01-2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5651, FED 2012/29 (noot J.W. Zwemmer)

<sup>302</sup> B.M.E.M. Schols, *'Oma en de ontbrekende rechtshandeling'*, FBN 2019/12-61.

<sup>303</sup> Zie hiervoor hetgeen besproken in paragraaf 4.3.2.

<sup>304</sup> Schools baseert zich hierbij op een uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5579, Notamail 2015, nr. 217.

<sup>305</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld HR 22-11-2019, ECLI:NL:HR:2019:1838, BNB 2020/16 (noot I.J.F.A. van Vijfeijken).

<sup>306</sup> R.E. Brinkman, *'De ik-opa/oma-last en art. 10 SW'*, FTV 2020/1-2.



vorderingsrecht al ontstaat vanwege de eerder gedane rechtshandeling van de erflater of erflaatster. Brinkman stelt, naar mijn mening terecht, dat het arrest van 22 november 2019 naar zijn mening ook toepassing hierbij vindt en dat zowel de aanvaarding van de nalatenschap door de persoon op wie de last drukt alsmede de uitvoering van de last, niet als gevolg hebben dat een rechtshandeling in de zin van artikel 10, lid 1 SW 1956 verricht wordt door de persoon op wie de last drukt. Het gevolg hiervan is dat de ik-oma-last onder het toepassingsbereik van artikel 10, lid 9 SW 1956 hoort te vallen.

Brinkman merkt in het artikel tevens op dat dat in economische zin het ik-oma-legaat en de ik-oma last hetzelfde bereiken, waardoor uit een economisch oogpunt het niet te rechtvaardigen valt dat de ik-oma-last onder het toepassingsbereik van artikel 10, lid 1 SW 1956 valt.<sup>307</sup> Daarnaast is Brinkman van mening dat civielrechtelijk de ik-oma-last gekwalificeerd moet worden als een vorderingsrecht zonder rechtsoverdracht waardoor de ik-oma-last alleen onder artikel 10, lid 9 SW 1956 kan vallen.

#### 4.4.5 Eigen mening

In de voorgaande paragrafen is stilgestaan bij het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat. De testamentsvarianten werken economisch hetzelfde uit, echter is toch gekozen voor verschillende heffingsgrondslagen. Uit de literatuur klinkt op deze beslissing veel kritiek en naar mijn mening is deze kritiek terecht. Op grond van het gelijkheidsbeginsel is het in mijn optiek onterecht om twee economische vergelijkbare situaties niet op een gelijke manier te behandelen. Leidend moet naar mijn mening het economische gevolg van de testamentsvarianten zijn en niet de juridische vorm. In de praktijk wordt echter vaak aangesloten bij het civielrecht en niet bij de economische vergelijkbaarheid in de SW 1956.<sup>308</sup> In mijn optiek sluit de wetgever zich te gemakkelijk aan bij civielrechtelijke begrippen in de SW 1956.<sup>309</sup> Ik sluit me aan bij Adriani die van mening is dat aansluiten bij civielrechtelijke begrippen de rechtszekerheid bevordert, onder de voorwaarde dat het civiele recht 'volkomen nauwkeurig aanduidt, wat het fiscaal recht beoogt'.<sup>310</sup> De wetgever moet naar mijn mening niet blindelings het civiele recht volgen in de SW 1956. Kritisch moet worden bekeken of het civielrechtelijke in lijn is met wat fiscaal beoogd wordt. Fiscaal lijkt mij de ongelijke behandeling tussen het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat niet gewenst, immers zijn het economisch vergelijkbare situaties. Civielrechtelijk zijn wel verschillen aan te wijzen, echter dient naar mijn mening de economische vergelijkbaarheid leidend te zijn in deze situatie.

Daarnaast wordt in mijn optiek teveel waarde gehecht aan het begrip 'rechtshandeling' in artikel 10 SW 1956. Van groter belang moet zijn of de nalatenschap daadwerkelijk wordt uitgehold. Artikel 10 SW 1956 probeert immers te voorkomen dat het vermogen van het kind wordt uitgehold. Hiervan is echter alleen sprake wanneer de waarde van de nominale vorderingen van de kleinkinderen hoger liggen dan hetgeen het kind uit de nalatenschap van opa heeft verkregen. In mijn optiek zou vandaar voor beide ik-opa-varianten moeten gelden dat slechts heffing plaatsvindt wanneer de daadwerkelijke nominale waarde van de vorderingen van de kleinkinderen meer bedragen dan hetgeen het kind heeft verkregen van opa. Beide ik-opa-varianten behoren vandaar naar mijn mening onder de heffingswijze van artikel 10, lid 9 SW 1956 te vallen.<sup>311</sup> Mijn voorstel luidt dan ook om in artikel 10, lid 9 SW 1956 op

---

<sup>307</sup> Zie hiervoor mede HR 22-11-2019: ECLI:NL:HR:2019:1838, V-N 2019/57.13, (noot Redactie Vakstudie Nieuws), HR (A-G) 22-05-2019, ECLI:NL:PHR:2019:544, V-N 2019/44.12 (noot Redactie Vakstudie Nieuws) en A.R. Autar, W. Burgerhart & F. Sonneveldt (red.), *Compendium Estate Planning*, Den Haag: Sdu 2019, par. 1.5.5.2

<sup>308</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:319, BNB 2016/117.

<sup>309</sup> In gelijke zin N.C.G. Gubbels, *'De verhouding tussen het privaatrecht en het fiscaalrecht in de Successiewet'*, WPNR 2019/7253.

<sup>310</sup> P.J.A. Adriani, WPNR 1928/3069, blz. 662.

<sup>311</sup> Artikel 10, lid 9 SW 1956 belast immers, in tegenstelling tot artikel 10, lid 1 SW 1956, alleen het erfrechtelijke surplus.

te nemen dat een verkrijging krachtens een legaat of een verkrijging krachtens een last voor de werking van artikel 10 SW 1956 op een gelijke wijze behandeld wordt.<sup>312</sup>

#### 4.5 Afsluitende opmerking

Dweilen met de kraan open is een welbekend Nederlands spreekwoord. Het houdt in dat geen kans op succes bestaat, omdat de symptomen bestreden worden zonder hierbij de oorzaak aan te pakken. In mijn ogen is hier in het geval van artikel 10 SW 1956 sprake van. De problemen met betrekking tot de dubbele heffing spelen niet alleen bij het ik-opa-testament, maar bij elke rechtsfiguur die onder de werking van artikel 10 SW 1956 gebracht wordt. De oorzaak van het probleem ligt in de bepaling van artikel 10 SW 1956 zelf, hetgeen besproken in bijvoorbeeld dit hoofdstuk zijn alleen de symptomen die de verkeerd geformuleerde (of wellicht zelfs overbodige<sup>313</sup>) bepaling met zich meebrengt.<sup>314</sup> Gezocht moet worden naar een meer structurele oplossing waarbij de kraan dichtgedraaid wordt. In hoofdstuk 5 wordt vandaar onderzocht of artikel 10 SW 1956 afgeschaft of behouden moet worden en wat mogelijke alternatieven zijn.

#### 4.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stonden het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat centraal. Hierbij werd een antwoord gezocht op de deelvraag:

*‘Wat houden een klassiek ik-opa-testament en een ik-opa-legaat in en is het verschil in behandeling tussen de twee testamentsvormen gerechtvaardigd?’*

Allereerst werd het klassieke ik-opa-testament besproken. De toepassing van het klassieke ik-opa-testament leidt ertoe dat opa zijn kind benoemt tot enig erfgenaam onder de last dat aan diens kinderen (de kleinkinderen) een bedrag schuldig erkent wordt. Dit bedrag is pas opeisbaar wanneer het kind van opa overlijdt of wanneer de langstlevende van de ouders van de kleinkinderen overlijdt. Het voordeel van het klassieke ik-opa-testament is dat het mogelijk leidt tot een besparing van erfbelasting op het moment van overlijden van opa. Toepassing van het klassieke ik-opa testament kent tevens echter enkele nadelen. Kleinkinderen die worden geboren na het overlijden van opa hebben geen vordering op opa. Daarnaast bestaat het risico dat de ouders het vermogen al uitgegeven hebben.<sup>315</sup> Tenslotte bestaat ook een kans op dubbele heffing wanneer een klassiek ik-opa-testament toegepast wordt. Met ingang van 1 januari 2010 valt het klassieke ik-opa-testament nog steeds onder het toepassingsbereik van artikel 10, lid 1 SW 1956. Het verschil tussen een klassiek ik-opa-testament en het ik-opa-legaat is dat bij het klassieke ik-opa-testament het kind benoemd wordt tot enig erfgenaam onder de last dat aan diens kinderen een bedrag schuldig erkend wordt en dat bij een ik-opa-legaat opa direct een bedrag legateert aan zijn kleinkind. Dit bedrag is opeisbaar op het moment van overlijden van de ouders van het kleinkind. Een belangrijk verschil ten opzichte van het klassieke ik-opa-testament is dat hierbij geen rechtshandeling plaatsvindt bij het kind van opa. Het gevolg hiervan is dat in principe het ik-opa-legaat niet onder het toepassingsbereik van artikel 10, lid 1 SW 1956 behoort te vallen. Om die reden is met ingang van 1 januari 2010 artikel 10, lid 9 SW 1956 ingevoerd. Op grond van dit lid moeten verkrijgingen op grond van een legaat onder opschortende tijdsbepaling onder voorwaarden aangemerkt worden als een fictief erfrechtelijke verkrijging. Op grond van artikel 10, lid 9 SW 1956 wordt alleen het erfrechtelijke surplus in de heffing meegenomen.

---

<sup>312</sup> Ter onderbouwing van dit standpunt merk ik op dat in het geval van een ik-opa-testament al op het moment van overlijden van opa de kleinkinderen een vorderingsrecht krijgen op hun ouders. Sinds 1 januari 2003 wordt in dergelijke situaties al gesproken van een legaat en niet van een last.

<sup>313</sup> Hierop wordt nader ingegaan in hoofdstuk 5.

<sup>314</sup> Het is niet voor niets dat in de praktijk een meerderheid voorstander is van een afschaffing van artikel 10 SW 1956. Zie hiervoor I.J.F.A van Vijfeijken, *‘De wijzigingen van de Successiewet gewikt en gewogen (I)’*, WPNR 2011/6879.

<sup>315</sup> Dit risico kan overigens ook spelen wanneer de wettelijke verdeling toegepast wordt.

Artikel 10, lid 9 SW 1956 vindt geen toepassing wanneer de nominale waarde van de bedragen die gelegateerd zijn aan de kleinkinderen lager of gelijk zijn aan de erfrechtelijke verkrijging van het kind van opa.

Het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat werken economisch hetzelfde uit, echter is toch gekozen voor verschillende heffingsgrondslagen. Uit de literatuur klinkt op deze beslissing veel kritiek en naar mijn mening is deze kritiek terecht. Op grond van het gelijkheidsbeginsel is het in mijn optiek onterecht om twee economische vergelijkbare situaties niet op een gelijke manier te behandelen. Leidend moet naar mijn mening het economische gevolg van de testamentsvarianten zijn en niet de juridische vorm. In de praktijk wordt echter vaak aangesloten bij het civielrecht en niet bij de economische vergelijkbaarheid in de SW 1956. In mijn optiek sluit de wetgever zich te gemakkelijk aan bij civielrechtelijke begrippen in de SW 1956. De wetgever moet naar mijn mening niet blindelings het civiele recht volgen in de SW 1956. Kritisch moet worden bekeken of het civielrechtelijke in lijn is met wat fiscaal beoogd wordt. Fiscaal lijkt mij de ongelijke behandeling tussen het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat niet gewenst, immers zijn het economisch vergelijkbare situaties. Civielrechtelijk zijn wel verschillen aan te wijzen, echter dient naar mijn mening de economische vergelijkbaarheid leidend te zijn in deze situatie. Daarnaast wordt in mijn optiek teveel waarde gehecht aan het begrip 'rechtshandeling' in artikel 10 SW 1956. Van groter belang moet zijn of de nalatenschap daadwerkelijk wordt uitgehold. In mijn optiek zou vandaar voor beide ik-opa-varianten moeten gelden dat slechts heffing plaatsvindt wanneer de daadwerkelijke nominale waarde van de vorderingen van de kleinkinderen meer bedragen dan hetgeen het kind heeft verkregen van opa. Beide ik-opa-varianten behoren vandaar naar mijn mening onder de heffingswijze van artikel 10, lid 9 SW 1956 te vallen. Mijn voorstel luidt dan ook om in artikel 10, lid 9 SW 1956 op te nemen dat een verkrijging krachtens een legaat of een verkrijging krachtens een last voor de werking van artikel 10 SW 1956 op een gelijke wijze behandeld wordt.

## Hoofdstuk 5: Afschaffen of behouden artikel 10 SW 1956

### 5.1 Inleiding

Het pakket 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel' is aangeboden aan de Tweede Kamer op 18 mei 2020. Het pakket is verschenen naar aanleiding van een toezegging van voormalig staatssecretaris van Financiën, Menno Snel in september 2018.<sup>316</sup> De voormalig staatssecretaris had aan de Kamer beloofd om begin 2020 met enkele concrete bouwstenen en voorstellen te komen om het huidige belastingstelsel te verbeteren en te vereenvoudigen. Daarnaast zouden enkele knelpunten worden geïdentificeerd alsmede perspectief op oplossingen. Het verdere proces is uiteengezet in een brief van 15 april 2019.<sup>317</sup>

Per 18 mei 2020 is het pakket aangeboden aan de Tweede Kamer. In het pakket worden een zevental knelpunten geconstateerd die als volgt luiden<sup>318</sup>:

1. 'Steeds hogere lastendruk op arbeid voor werkenden
2. Het stelsel raakt uitgewerkt
3. De opkomst van flex- en platformeconomie vraagt om aanpassing van wet en uitvoering
4. Ongelijke belasting van vermogen leidt tot arbitrage en uitstel
5. Het belasten van winst wordt (nationaal) steeds lastiger
6. Schade aan klimaat en gezondheid wordt onvoldoende betaald
7. Effectiviteit van nationale belastingheffing neemt af

Het pakket bestaat uit 11 rapporten die gezamenlijk resulteren in 169 uitgewerkte beleidsopties.<sup>319</sup> Het doel van de beleidsopties is om een volgend kabinet richting te kunnen geven om de geconstateerde knelpunten het hoofd te bieden. Eén van de rapporten uit het pakket 'Bouwstenen voor een beter belastingstelsel' heeft betrekking op het vereenvoudigen van het belastingstelsel.<sup>320</sup> In het rapport wordt gesteld dat de eerste stap naar vereenvoudiging uit beleidsmatig perspectief hoort te zijn dat bestaande regelgeving die niet of onvoldoende doeltreffend is, wordt aangepast of afgeschaft. Daarnaast moeten ook regelingen die niet doelmatig zijn of (zeer) lastig uitvoerbaar eventueel aangepast of afgeschaft worden volgens het rapport. In deze situatie wordt onder doelmatigheid verstaan de doelmatigheid van het beleid (kan hetzelfde effect bereikt worden met een lager budget?). Wanneer getoetst wordt aan doeltreffendheid wordt beoordeeld in hoeverre het beleidsdoel ondersteund wordt door de beleidsmaatregel in kwestie. In het rapport 'Belasten van vermogen' worden daarnaast enkele beleidsopties besproken met betrekking tot de schenk- en erfbelasting. Zo wordt voorgesteld om de tarieven tussen kinderen en kleinkinderen gelijk te trekken, hetgeen als gevolg heeft dat bijvoorbeeld een ik-opa-testament fiscaal minder aantrekkelijk wordt. Tevens wordt voorgesteld om meer rekening te houden met verschillen in leefvormen, het beperken van estateplanning in huwelijk en een hoger tarief in te voeren voor grotere vermogens.

---

<sup>316</sup> Kamerstukken II 2018/2019, 35 000, IX, nr. 4.

<sup>317</sup> Kamerstukken II 2018/2019, 32140, nr. 50.

<sup>318</sup> Geraadpleegd via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/18/bouwstenen-voor-een-beter-belastingstelsel-tweede-kamer>, bijlage 1, onderdeel 1.1.

<sup>319</sup> De rapporten hebben elk een eigen onderwerp. Voorbeelden van onderwerpen zijn 'belasten van inkomsten uit box 1', 'Fiscale vergroening en grondslagerosie' en 'belastingheffing in Europa'. Een overzicht van alle onderwerpen kan geraadpleegd worden via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/18/bouwstenen-voor-een-beter-belastingstelsel-tweede-kamer>.

<sup>320</sup> Geraadpleegd via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/18/bouwstenen-voor-een-beter-belastingstelsel-tweede-kamer>, bijlage 11

In dit hoofdstuk gaat onderzocht worden of het huidige artikel 10 SW 1956 afgeschaft of behouden moet worden. Om een antwoord te zoeken op deze vraag wordt onderzocht of betere alternatieven bestaan. Daarnaast wordt besproken of (en hoe) het huidige artikel 10 SW 1956 meer aansluiting moet zoeken bij de economische realiteit. In dit hoofdstuk wordt vandaar een antwoord gezocht op de volgende twee deelvragen:

1. 'Zou artikel 10 SW 1956 afgeschaft of behouden moeten worden en wat zijn mogelijke alternatieven voor het huidige artikel 10 SW 1956?'
2. 'Moet artikel 10 SW 1956 meer aansluiting zoeken bij de economische realiteit?'

Het hoofdstuk zal in paragraaf 5.2 aanvangen met de bespreking van de kritiek op de huidige vormgeving van artikel 10 SW 1956. In paragraaf 5.3 en 5.4 zullen een tweetal veel voorgestelde alternatieven voor het huidige artikel 10 SW 1956 aan bod komen waarbij enkele voor- en nadelen van elk alternatief besproken zullen worden.<sup>321</sup> Daaropvolgend zullen in paragraaf 5.5 een drietal alternatieven besproken worden die mijn voorkeur genieten. Het hoofdstuk sluit af met een conclusie.

## 5.2 Huidige vormgeving artikel 10 SW 1956

Eén van de kritiekpunten op artikel 10 SW 1956 is dat de huidige vormgeving niet meer in lijn is met de rest van de SW 1956.<sup>322</sup> In de loop der jaren is de Nederlandse Successiewet veranderd van een boedelbelasting naar een verkrijgersbelasting.<sup>323</sup>

In het geval van een boedelbelasting wordt niet aangesloten bij elke afzonderlijke verkrijging.<sup>324</sup> Uitgangspunt van de heffing is de nalatenschap van de erflater. Op het moment van overlijden van erflater wordt de waarde van de boedel vastgesteld, waarover vervolgens belasting geheven wordt. De belasting komt hierbij als schuld in mindering op de nalatenschap. Het resterende gedeelte van de nalatenschap wordt vervolgens verdeeld over de erfgenamen en legatarissen. Een belangrijk voordeel van een boedelbelasting is de relatieve eenvoud. Zowel de verdeling van de nalatenschap alsmede de vaststelling van de omvang bij de verkrijgers speelt geen rol voor de heffing.<sup>325</sup> Een nadeel van een boedelbelasting is dat geen rekening gehouden wordt met persoonlijke omstandigheden. Daarnaast is een boedelbelasting niet in lijn met het draagkrachtbeginsel, hetgeen de belangrijkste rechtsgrond voor heffing van erf- en schenkbelasting is. Het uitgangspunt van het draagkrachtbeginsel is dat de heffing van erfbelasting plaatsvindt, omdat een draagkrachtvermeerdering plaatsvindt bij de verkrijger van de nalatenschap. Het aanknopingspunt van de heffing bij een boedelbelasting is echter de nalatenschap van de erflater en niet de draagkrachtsvermeerdering die plaatsvindt bij verkrijger. Tevens past een boedelbelasting niet bij het buitenkansbeginsel. Het buitenkansbeginsel houdt in dat

---

<sup>321</sup> In deze scriptie word geen aandacht geschonken aan het alternatief van defiscalisering (zie hiervoor I.J.F.A van Vijfeijken, Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956 (FM nr. 100) 2013/6.12.4), alsmede het alternatief van een conserverende aanslagregeling (hierbij wordt inspiratie gehaald uit het Duitse systeem voor de kwestie hoe omgegaan wordt met vruchtgebruik).

<sup>322</sup> Andere kritiekpunten zijn bijvoorbeeld de ongelijke behandeling tussen vruchtgebruik en periodieke uitkeringen (de eerstgenoemde is niet aftrekbaar terwijl periode uitkeringen wel aftrekbaar zijn, zie hiervoor paragraaf 2.3.2.2 en 2.3.2.3), de ongelijke behandeling tussen een klassiek ik-opa-testament en een ik-opa-legaat (zie hiervoor hoofdstuk 4), het feit dat met een negatieve waarde van een fictief legaat geen rekening gehouden wordt (zie hiervoor bijvoorbeeld J.W. Zwemmer, *De fiscale gevolgen van de vervreemding van genotsrechten*, Deventer: Kluwer 1975, p. 116.) en dat de gehanteerde waarderingsregels van artikel 10 SW 1956 niet aansluiten bij de werkelijke waarde en dat ze gedateerd zijn (zie hiervoor bijvoorbeeld N. Idsinga, *'Herbezinning op art. 10 Successiewet 1956'*, NTFR 2011/11).

<sup>323</sup> I.J.F.A van Vijfeijken, *Wetsvoorstel 31 930: Gebrek aan visie*, WFR 2009/6829 alsmede I.J.F.A van Vijfeijken, *'Ontwikkelingen in de Successiewet'*, WPNR 2002/6478.

<sup>324</sup> F. Sonneveldt, *'De ideale Successiewet vanuit rechtsvergelijkend perspectief'*, WPNR 2004/6576.

<sup>325</sup> A.P.M. van Rijn, *'Heffen over vermogensvermeerdering bij de verkrijger'*, WPNR 2008/6757.

het voor de verkrijger een buitenkans is dat vermogen wordt verkregen, zonder dat hiervoor een tegenprestatie is geleverd. Uitgangspunt voor het buitenkansbeginsel is, net zoals het draagkrachtbeginsel, de verkrijging die plaatsvindt bij de verkrijger. Een boedelbelasting heeft echter als uitgangspunt de nalatenschap van erflater.

Een verkrijgersbelasting in de meest zuivere vorm knoopt aan bij elke individuele verkrijging door elke individuele verkrijger.<sup>326</sup> Hierbij ligt de nadruk op het belasten van de draagkrachtvermeerdering bij de verkrijger die ontstaat naar aanleiding van de ontvangen verkrijging. De huidige Nederlandse Successiewet is een verkrijgersbelasting zoals blijkt uit bijvoorbeeld artikel 36 SW 1956 die stelt dat 'de belasting wordt geheven van de verkrijger'.<sup>327</sup> In Europa is tevens de benadering van een verkrijgersbelasting de meest voorkomende. Voordelen van een verkrijgersbelasting zijn dat rekening gehouden kan worden met de verkrijger zijn verzorgingsbehoefte en dat bij de heffing aangesloten wordt bij de verkrijger die geen inspanning verricht heeft voor het verkrijgen van het vermogen.<sup>328</sup> Een mogelijk nadeel is dat meer aanslagen opgelegd moeten worden, omdat er meer subjecten zijn bij een verkrijgersbelasting ten opzichte van een boedelbelasting.

De problematiek omtrent het huidige artikel 10 SW 1956 ontstaat doordat het artikel nog gebaseerd is op de systematiek van een boedelbelasting. De SW 1956 in zijn geheel is echter geëvolueerd naar een verkrijgersbelasting, waardoor een mismatch tussen systemen bestaat. In mijn optiek hoort de gedachte van een verkrijgersbelasting de voorkeur te krijgen boven die van een boedelbelasting in de SW 1956. Artikel 10 SW 1956 moet vandaar naar mijn mening aansluiten bij de systematiek van een verkrijgersbelasting. Wanneer aangesloten wordt bij een verkrijgersbelasting kan een verkrijging op een tweetal wijze geconstateerd worden.<sup>329</sup>

Allereerst bestaat de mogelijkheid om aan te sluiten bij de juridische werkelijkheid. Heffing vindt dan alleen plaats wanneer iets in juridische zin wordt verkregen. Wanneer gekozen wordt voor de juridische werkelijkheid bij bijvoorbeeld een legaat tegen inbreng van de waarde, vindt bij het overlijden van de eerste ouder van het kind alleen heffing plaats over de vordering die het kind verkrijgt. Bij de langstlevende ouder vindt geen heffing plaats, omdat de verkrijging van de langstlevende ouder per saldo nihil bedraagt<sup>330</sup>. Een voordeel van het hanteren van de juridische werkelijkheid is dat aangesloten kan worden bij al bestaande juridische begrippen. Een belangrijk nadeel is echter dat het voor belastingplichtigen eenvoudiger wordt om de heffing te verminderen tot nihil op het moment van overlijden van langstlevende ouder.

Wanneer gekozen wordt voor het volgen van de economische werkelijkheid is het uitgangspunt of sprake is van een toename in de beschikkingsmacht<sup>331</sup> van de verkrijger.<sup>332</sup> Op het moment van overlijden van eerste ouder wordt de langstlevende ouder belast voor het vermogen dat hij verkrijgt. Bij het kind blijft heffing achterwege, omdat geen sprake is van een toename in beschikkingsmacht. Pas op het moment van overlijden van langstlevende ouder wordt rekening gehouden met de schuld aan het kind. Een nadeel van het volgen van de economische werkelijkheid is dat economische figuren

---

<sup>326</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 35.

<sup>327</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, *'Internationale inspiratie voor een nieuwe Successiewet 1956'*, WFR 2008/6766. <sup>327</sup> Overigens is het geen verkrijgersbelasting in de meest zuivere vorm. De SW 1956 kent ook enkele aspecten die meer thuisbehoren in de gedachte van een boedelbelasting. Zo worden de verkrijgers krachtens erfrecht belast in de staat waar de laatste woonplaats van erflater zich bevond. Zie hiervoor bijvoorbeeld F. Sonneveldt., In: *Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer*, NTFR (commentaar op artikel 36).

<sup>328</sup> A.P.M. van Rijn, *'Heffen over vermogensvermeerdering bij de verkrijger'*, WPNR 2008/6757.

<sup>329</sup> I.J.F.A van Vijfeijken, *Wetsvoorstel 31 930: Gebrek aan visie*, WFR 2009/6829.

<sup>330</sup> Tegenover het verkregen vermogen staat een schuld ten opzichte van het kind voor hetzelfde bedrag.

<sup>331</sup> Hierbij wordt beschikkingsmacht gedefinieerd als 'de macht om over iets naar goedvinden te beschikken'.

<sup>332</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *'De Wet schenk- en erfbelasting 2010'*, WPNR 2008/6757.

in de praktijk lastiger zijn aan te pakken dan juridische figuren. Een voordeel daarentegen is dat de economische werkelijkheid meer in lijn is met het ‘pay-as-you-go-principe’.<sup>333</sup>

In het huidige artikel 10 SW 1956 wordt zowel de juridische werkelijkheid als de economische werkelijkheid gevolgd. Het kind wordt namelijk zowel belast op het moment dat de vordering of het blote eigendom wordt verkregen als op het moment dat daadwerkelijk een toename in beschikkingsmacht plaatsvindt bij het kind (op het moment van overlijden van vruchtgebruik of schuldenaar). De wetgever moet naar mijn mening een duidelijke keuze maken tussen deze twee werkelijkheden. In mijn optiek zijn de argumenten voor aansluiting bij de economische werkelijkheid sterker en zou vandaar de economische werkelijkheid gevolgd moeten worden.<sup>334</sup> In de volgende twee paragrafen zullen een tweetal veel voorgestelde alternatieven besproken worden op het huidige artikel 10 SW 1956 en onderzocht worden of deze beter passen bij de hiervoor besproken zienswijze.

### 5.3 Quasi-legatenregeling

Eén mogelijk alternatief wordt gegeven door Schols en Schols<sup>335</sup> en luidt dat voor de fictiebepalingen aangesloten moet worden bij de quasi-legatenregeling. Het zogenoemde ‘quasi-legaat’ is vormgegeven door de civiele wetgever in artikel 4:126 BW. Schols en Schols zijn van mening dat een nieuwe schenk- en erfbelasting uit moet gaan van zijn civielrechtelijke achtergrond.<sup>336</sup> Hierbij kan de wetgever gebruik maken van de erfrechtelijke fictie die al bestaat in het civielrecht. Op grond van artikel 4:7 lid 1 letter e BW wordt de fiscus gezien als een schuldeiser van de nalatenschap. De legitimarissen hebben dezelfde verbintenisrechtelijke status gekregen op grond van artikel 4:7 lid 1 letter g BW. Beide belanghebbende worden hierdoor beschermd door de erfrechtelijke fictie ten opzichte van ongewenste effecten die voortvloeien uit het contractuele erfrecht.<sup>337</sup> Schols en Schols merken hierbij op dat de technieken die gebruikt worden om successierecht te besparen vaak evenbeelden zijn van technieken die gebruikt worden om de legitieme te ontgaan.<sup>338</sup>

Artikel 4:126 BW transformeert bepaalde schenkingen als het ware in erfrechtelijke verkrijgingen (in de vorm van een legaat). Hierbij luidt de wettekst van artikel 4:126 BW als volgt:

‘1.

*Een schenking of andere gift wordt, voor zover deze de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de schenker of geveer wordt uitgevoerd, en zij niet reeds tijdens het leven van de schenker of geveer is uitgevoerd, voor de toepassing van hetgeen in dit Boek is bepaald betreffende inkorting en vermindering aangemerkt als een legaat ten laste van de gezamenlijke erfgenamen. In afwijking van de artikelen 87 lid 2 en 120 lid 3 komt de schenking of andere gift, indien daarbij niet anders is bepaald, als laatste voor inkorting en vermindering in aanmerking. Kan de schenking of andere gift tot aan het overlijden van de schenker of geveer worden herroepen, dan mist de tweede zin toepassing.*

---

<sup>333</sup> I.J.F.A van Vijfeijken, *Wetsvoorstel 31 930: Gebrek aan visie*, WFR 2009/6829.

<sup>334</sup> Naar mijn mening moet dit zowel gelden voor artikel 10 SW 1956 als de SW 1956 in zijn geheel.

<sup>335</sup> B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, *“Enige’ civielrechtelijke dogmatiek misstaat in een schenk(ings)- en erfbelasting niet!*”, WPNR 2008/6757 alsmede B.M.E.M. Schols, *‘De ‘nieuwe’ successierechtelijke fictiebepalingen; zonneklaar of doen alsof?’*, WPNR 2009/6802.

<sup>336</sup> Schols en Schols vinden hierbij steun in het beleid dat Duitsland voert. In Duitsland wordt successierechtelijk altijd begonnen bij het civiele recht. Zie hiervoor mede Günther Esch, Dieter Schulze Zur Wiesche, Wolfgang Baumann, *Handbuch der Vermögensnachfolge: bürgerlich-rechtliche und steuerliche Gestaltung der Vermögensnachfolge van Todes wegen unter Lebenden*, Berlin Erich Schmidt Verlag 1997, blz. 394.

<sup>337</sup> F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, diss. Nijmegen 2005.

<sup>338</sup> B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, *“Enige’ civielrechtelijke dogmatiek misstaat in een schenk(ings)- en erfbelasting niet!*”, WPNR 2008/6757. Alsmede B.M.E.M. Schols, *Ficties in het successierecht: hopeloos verouderd of springlevend?*, Vakblad voor de MKB-adviseur, nr. 2007-9, blz. 7.

2.

*Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op:*

*a. een beding dat een goed van een der partijen onder opschortende voorwaarde of onder opschortende tijdsbepaling zonder redelijke tegenprestatie op een ander overgaat of kan overgaan, voor zover het beding wordt toegepast in geval van overlijden van degene aan wie het goed toebehoort; wederkerigheid van het beding geldt niet als tegenprestatie;*

*b. een begunstiging bij een sommenverzekering, voor zover de uitkering die door het overlijden van de verzekeringnemer verschuldigd wordt, als een gift geldt;*

*c. een omzetting van een natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare, voor zover deze de strekking heeft dat de verbintenis pas na het overlijden van de schuldenaar zal worden nagekomen, en deze verbintenis niet reeds tijdens diens leven is nagekomen.*

3.

*De artikelen 66 en 68 zijn van overeenkomstige toepassing.'*

Op grond van het eerste lid worden schenkingsovereenkomsten terzake des doods getransformeerd in een erfrechtelijke verkrijging. In de praktijk zullen ook overeenkomsten terzake des dood bestaan die geen karakter van een schenking hebben, maar toch nadelig kunnen uitpakken voor de fiscus en legitimarissen. Lid 2 geeft vandaar een uitbreiding op situaties waarbij sprake is van een quasi-legaat. Een quasi-legaat kwalificeert niet als een verkrijging krachtens erfrecht, waardoor quasi-legaten niet onder artikel 1 SW 1956 vallen.<sup>339</sup> Voorgesteld is om het huidige artikel 1 SW 1956 uit te breiden met een bepaling die stelt dat een verkrijging op grond van een quasi-legaat tevens valt onder het bereik van artikel 1 SW 1956. Het mogelijke voordeel van deze wijziging is dat veel van de huidige fictiepalingen kunnen vervallen, omdat deze dan onder het bereik van de quasi-legatenregeling vallen.

Artikel 3:203 lid 2 BW stelt dat vruchtgebruik niet langer gevestigd kan worden dan het leven van de vruchtgebruiker. Het gevolg hiervan is dat vruchtgebruik niet kan vererven en dat artikel 4:126 BW niet ziet op situaties waarbij sprake is van vruchtgebruik. In principe heeft dit als gevolg dat de quasi-legatenregeling geen vervanger kan zijn voor artikel 10 SW 1956. Schols en Schols<sup>340</sup> zijn echter van mening dat het civiele recht wederom een oplossing biedt, ditmaal in de vorm van artikel 4:66 lid 2 BW. Artikel 4:66 lid 2 BW luidt als volgt:

*'Giften waarbij de erflater zich het genot van het geschonkene gedurende zijn leven heeft voorbehouden, en andere giften van een voordeel bestemd om pas na zijn overlijden ten volle te worden genoten, worden geschat naar de waarde onmiddellijk na zijn overlijden. Hetzelfde geldt voor giften van prestaties die de erflater bij zijn overlijden nog niet had verricht, met dien verstande dat met deze giften, evenals met de uit dien hoofde nagelaten schulden, geen rekening wordt gehouden voor zover de nalatenschap niet toereikend is. Een gift die bestaat in de aanwijzing van een begunstigde bij sommenverzekering, wordt in aanmerking genomen tot haar waarde overeenkomstig artikel 188 leden 2 en 3 van Boek 7'*

Opgemerkt dient hierbij te worden dat artikel 4:66 lid 2 BW allereerst alleen een waarderingsregel is, het artikel creëert geen heffingsbevoegdheid in situaties met vruchtgebruik. Dit is een verschil ten opzichte van artikel 10 SW 1956. Daarnaast rijst de vraag welke waarderingsmethodes toegepast moeten worden voor artikel 4:66 lid 2 BW bij het bepalen van de waarde onmiddellijk na overlijden. Het artikel zelf gaat hier niet nader op in. In mijn optiek moet aansluiting gezocht worden bij artikel 21 SW 1956, hetgeen betekent dat gewaardeerd moet worden naar de waarde in het economisch verkeer

<sup>339</sup> F.W.J.M. Schols, 'Het nieuwe huwelijksvermogensrecht en het quasi legaat Een suggestie op de valreep', WPNR 2006/6656.

<sup>340</sup> B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, "Enige' civielrechtelijke dogmatiek misstaat in een schenk(ings)- en erfbelasting niet!', WPNR 2008/6757



ten tijde van de verkrijging. Tenslotte ziet artikel 4:66 lid 2 BW alleen op situaties waarbij sprake is van een gift, terwijl artikel 10 SW 1956 ook ziet op de verkrijging van bloot-eigendom als zakelijke transacties. Schols en Schols<sup>341</sup> zijn hierover van mening dat het een eenvoudige kwestie moet zijn om de fictie uit te breiden met zakelijke transacties tijdens het leven.

### 5.3.1. Voordelen

Een voordeel van een quasi-legatenregeling is dat het relatief eenvoudig ingevoerd kan worden mede doordat aangesloten wordt bij het civiele recht. In principe hoeft alleen het huidige artikel 1 SW 1956 uitgebreid te worden met een bepaling die stelt dat een verkrijging op grond van een quasi-legaat tevens valt onder het bereik van artikel 1 SW 1956. Daarnaast kan als voordeel gegeven worden dat een quasi-legatenregeling leidt tot meer eenheid in de wetgeving doordat aangesloten wordt bij het civiele recht.

### 5.3.2. Nadelen

Een nadeel van een quasi-legatenregeling is dat niet alle testamentvarianten die onder het bereik van artikel 10 SW 1956 vallen ook onder het toepassingsbereik van de quasi-legatenregeling vallen. Hierbij kan gedacht worden aan de ik-opa-testamenten, het turbotestament en het superturbotestament. Dit komt doordat het quasi-legaat geen uiterste wilsbeschikking is.<sup>342</sup> In het geval van een turbotestament en een superturbotestament wordt uitvoering gegeven aan de uiterste wilsbeschikking van de eerstervende ouder, terwijl bij de ik-opa-testamenten uitvoering wordt gegeven aan de uiterste wilsbeschikking van de overleden grootouder door de kinderen. Artikel 4:126 lid 2 BW biedt hierbij geen oplossing. Voor toepassing van het tweede lid moet sprake zijn van een beding. Hierbij wordt onder beding verstaan een overeenkomst.<sup>343</sup> Een testament is echter een eenzijdige rechtshandeling waardoor niet aan de vereisten van artikel 4:126 lid 2 BW wordt voldaan. Voor deze testamentsvarianten zouden vandaar aparte regelingen ingevoerd moeten worden.

Een ander nadeel van een quasi-legatenregeling is dat in situaties met vruchtgebruik voor de heffing niet aangesloten wordt bij de persoon wiens beschikkingsmacht toeneemt. Toepassing van de quasi-legatenregeling leidt ertoe dat geen belasting wordt geheven op het moment van vrijvallen van het vruchtgebruik door overlijden. Hierbij wordt dus geen erfbelasting geheven over de waardestijging die plaatsvindt wanneer van bloot naar vol eigendom wordt gegaan.<sup>344</sup> Daarentegen valt de verkrijger van het blote eigendom wel in de heffingsgrondslag. Dit is niet in lijn met de visie van een economische verkrijgersbelasting, omdat geen toename heeft plaatsgevonden in de beschikkingsmacht van de verkrijger van het blote eigendom.

### 5.3.3 Oordeel

In mijn optiek is de quasi-legatenregeling geen waardige vervanger voor het huidige artikel 10 SW 1956.<sup>345</sup> Het bereik van de regeling is beperkter dan het huidige artikel 10 SW 1956 op bepaalde vlakken. Zo vallen bijvoorbeeld de ik-opa-testamenten buiten het bereik, terwijl in mijn optiek een heffing wel degelijk gerechtvaardigd is met betrekking tot die testamenten. Hierdoor moeten additionele bepalingen opgenomen worden in de wet, hetgeen niet ten goede komt van de eenvoud

---

<sup>341</sup> B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, *“Enige’ civielrechtelijke dogmatiek misstaat in een schenk(ings)- en erfbelasting niet!*, WPNR 2008/6757

<sup>342</sup> M.J.A. van Mourik, *Monografieën Privaatrecht: Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 82.

<sup>343</sup> F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, diss. Nijmegen 2005.

<sup>344</sup> Overigens hoeft dit niet per definitie een nadeel te zijn, mits de waardeaan groei belast wordt in de Wet IB 2001.

<sup>345</sup> In gelijke zin M.I. van Zielst, *‘Een regeling analoog aan de quasi-legatenregeling in de Successiewet 1956\*’*, WPNR 2011/6886 alsmede I.J.F.A van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956 (FM nr. 100)* 2013/17.3

van de wettekst.<sup>346</sup> Tenslotte wordt bij de toepassing van de quasi-legatenregeling belasting geheven bij diegene die het blote eigendom verkrijgt. Bij deze persoon vindt echter geen toename in zijn beschikkingsmacht plaats, waardoor de heffing niet in lijn is met de visie van een economische verkrijgersbelasting.

#### 5.4 Werkgroep Moltmaker

Per 13 maart 2000 is het *rapport De warme, de koude en de dode hand verschenen*.<sup>347</sup> Het rapport is verschenen nadat in maart 1999 een werkgroep (Werkgroep Moltmaker) ingesteld werd om onderzoek te doen naar de modernisering van de successiewetgeving.<sup>348</sup> In het rapport werden enkele voorstellen gedaan om de huidige Successiewet te verbeteren. In juni 2001 verscheen het standpunt van het kabinet over het rapport.<sup>349</sup> Het kabinet steunde het rapport in hoofdlijnen, echter werd besloten om slechts een gedeelte van de voorstellen over te nemen. Als redenatie hierachter werd gegeven dat om budgettaire redenen een volledige herziening niet haalbaar geacht werd alsmede dat het kabinet niet op alle punten de visie van het rapport deelde.<sup>350</sup> Daarnaast was het kabinet van mening dat een afschaffing van artikel 10 SW 1956 niet gewenst was, omdat hierdoor teveel mogelijkheden tot estate planning zouden ontstaan.<sup>351</sup>

In het rapport werd ook stilgestaan bij de fictiebepalingen in de SW 1956.<sup>352</sup> Naar de mening van de Werkgroep Moltmaker konden de fictiebepalingen van artikel 6, 10 (gedeeltelijk)<sup>353</sup> 14 en 15 vervallen. Daarnaast werd voorgesteld om de ficties van artikel 7, 9, 10 (gedeeltelijk), 11 en 12 te vervangen door één algemene regeling. Tenslotte werd in het rapport geopperd om artikel 13 te versimpelen en om artikel 16 en 17 samen te voegen tot één artikel. Het voordeel van deze wijzigingen zou zijn dat het leidt tot een aanzienlijke vereenvoudiging van de SW 1956.

Het voorstel om onder andere artikel 10 SW 1956 te vervangen door een algemene bepaling werd al gauw omgedoopt als de eenjaarsfictie van Moltmaker. Het idee achter de eenjaarsfictie was om verkrijgingen krachtens een door de erflater verrichte rechtshandeling die rechtens of feitelijk werking heeft binnen een jaar vóór of bij zijn overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip te belasten met Successiebelasting. De voorgestelde wijziging in de wettekst luidde hierbij als volgt<sup>354</sup>:

##### **Artikel 2.1**

*1. Successiebelasting wordt geheven ter zake van hetgeen wordt verkregen*

*a. krachtens erfrecht door het overlijden van een erflater die ten tijde van zijn overlijden in Nederland woonde;*

<sup>346</sup> Opgemerkt dient te worden dat de toepassing van de quasi-legatenregeling voor andere fictiebepalingen wel eventueel kan leiden tot een eenvoudiger wettekst.

<sup>347</sup> Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving o.l.v. J.K. Moltmaker, *De warme, de koude en de dode hand*, 13 maart 2000.

<sup>348</sup> F. Sonneveldt, *Plakken en knippen in de Successiewet 1956*, NTFR 2001/1454.

<sup>349</sup> Kamerstukken II 2000/2001, 27789, nr. 1.

<sup>350</sup> Van Beelen, *Kabinet presenteert standpunt modernisering successiewetgeving*, NTFR 2001/870.

<sup>351</sup> Kamerstukken II, 2000-2001, 27 789, nr. 1, p. 30-31.

<sup>352</sup> D. Van Beelen, *Op weg naar een nieuwe Successiewet??*, BB 2007/08-03.

<sup>353</sup> Alleen in gevallen waarin de rechtshandeling ook werkelijk rechtens of feitelijk (economisch) enig effect krijgt binnen een jaar voor het overlijden, bij het overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip moet artikel 10 behouden worden. Zie hiervoor Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving o.l.v. J.K. Moltmaker, *De warme, de koude en de dode hand*, 13 maart 2000, paragraaf 7.6.1. en verder.

<sup>354</sup> Zie hiervoor het Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving o.l.v. J.K. Moltmaker, *De warme, de koude en de dode hand*, 13 maart 2000, bijlage 1, hoofdstuk 2.

*b. krachtens een door een erflater als bedoeld in onderdeel a verrichte rechtshandeling, welke rechtens of feitelijk werking heeft binnen een jaar vóór of bij diens overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip;*

*c. krachtens een overeenkomst van levensverzekering of derdenbeding ten gevolge van het overlijden van een erflater als bedoeld in onderdeel a, voor zover de verkrijging kan worden toegerekend aan een onttrekking aan zijn vermogen, behoudens voor zover bij de verkrijger de aan die onttrekking ontleende rechten reeds voor het overlijden van de erflater aan de heffing van successie- of schenkingsbelasting waren onderworpen;*

*d. krachtens een overeenkomst met betrekking tot rentevergoeding als bedoeld in artikel 4.2A.1.1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek, indien een dergelijke rentevergoeding binnen de termijn, bedoeld in artikel 5.8, eerste lid, wordt overeengekomen.*

*2. Als werking in de zin van het eerste lid, onderdeel b, wordt niet beschouwd:*

*a. het enkel vervallen van een vruchtgebruik of periodieke uitkering een jaar voor of bij het overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip;*

*b. het enkele feit, dat een tijdens het leven van de erflater te zijnen laste ontstane, niet opeisbare of in feite niet opgeëiste vordering bij zijn overlijden wordt vereffend, mits de erflater tijdens zijn leven over die vordering een normale rente heeft betaald.*

*3. Het bepaalde in het eerste lid, onderdeel b, vindt geen toepassing*

*a. op een verblijvingsbeding of overnemingsbeding dat in het kader van de voortzetting van de onderneming is opgenomen in een vennootschapscontract, tenzij de verkrijgende vennoot de partner of een bloedverwant tot en met de derde graad is van de erflater;*

*b. op schenkingen voor zover deze van schenkingsbelasting zijn vrijgesteld op grond van artikel 4.6, onder 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, laatste zinsnede, 7°, 10°, 11° en 12°.*

*4. Aandelen, winstbewijzen en bewijzen van deelgerechtigdheid in een lichaam, die als gevolg van het overlijden van de erflater in waarde zijn gestegen worden door de houder geacht krachtens erfrecht te zijn verkregen, indien deze*

*a. een substantieel belang heeft in dat lichaam, en*

*b. de partner is van de erflater is of behoort tot diens bloedverwanten tot en met de derde graad. Tot aandelen, winstbewijzen en bewijzen van deelgerechtigdheid worden voor de toepassing van dit lid mede gerekend rechten om de bedoelde aandelen, winstbewijzen of bewijzen van deelgerechtigdheid te verwerven (koopopties).*

#### 5.4.1 Voordelen

Een voordeel van het rapport Moltmaker is de uitvoerbaarheid. De voorgestelde wijzingen zijn relatief eenvoudig in te voeren, mede doordat aangesloten wordt bij het civiele recht. Daarnaast zou het volgen van de voorstellen uit het rapport leiden tot een aanzienlijke vereenvoudiging van de SW 1956, omdat veel van de huidige fictiebepalingen kunnen vervallen. Dit is gewenst, omdat in de praktijk de fictiebepalingen vaak als ingewikkeld worden beschouwd.

#### 5.4.2 Nadelen

Een nadeel van het hanteren van de eenjaarsfictie van Moltmaker is dat niet alle testamentvarianten die onder het bereik van artikel 10 SW 1956 vallen ook onder het toepassingsbereik van de eenjaarsfictie vallen.<sup>355</sup> Hierbij moet met name gedacht worden aan het turbotestament en het

<sup>355</sup> Op bepaalde vlakken heeft de eenjaarsfictie daarentegen een uitgebreidere werking. Zo valt bijvoorbeeld het legaat tegen inbreng onder de eenjaarsfictie van Moltmaker, terwijl het legaat onder inbreng in het huidige artikel 10 SW 1956 uitgezonderd is op grond van lid 6.

superturbotestament.<sup>356</sup> Op grond van het voorgestelde nieuwe artikel 2.1, lid 2, onderdeel a kunnen beide testamentsvarianten niet langer belast worden met erfbelasting. Overigens betekent dit niet dat helemaal geen belasting geheven meer wordt, beide rechtsfiguren worden namelijk tevens in de inkomstenbelasting betrokken. Een ander nadeel van het afschaffen van artikel 10 SW 1956 ten faveure van de eenjaarsfictie van Moltmaker is dat successierechtelijk het (super)turbotestament zeer aantrekkelijk wordt. Met name voor grote vermogens wordt het interessant om hiervan te profiteren, hetgeen niet ten goede komt van het draagkrachtbeginsel.<sup>357</sup> Tenslotte wordt in deze variant geheven over de verkrijging van het blote eigendom. Hierbij is geen sprake van een daadwerkelijke toename van de beschikkingsmacht, waardoor dit alternatief niet in lijn is met de visie van een economische verkrijgersbelasting.

#### 5.4.3 Oordeel

Naar mijn mening is de eenjaarsfictie van Moltmaker geen goed alternatief op het huidige artikel 10 SW 1956. Ik sluit me aan bij de mening van het kabinet die stelt dat artikel 10 SW 1956 niet gemist kan worden, omdat anders binnen familiebanden te makkelijk heffing van successierecht kan worden gemeden.<sup>358</sup> Hierbij wordt als voorbeeld gegeven dat het afschaffen van artikel 10 SW 1956 ertoe leidt dat alle belemmeringen voor de toepassing van het turbotestament worden weggenomen. De eenjaarsfictie van Moltmaker lost naar mijn mening dit probleem niet goed genoeg op. Tevens wordt bij de toepassing van de eenjaarsfictie van Moltmaker belasting geheven bij diegene die het blote eigendom verkrijgt. Bij deze persoon vindt echter geen toename in zijn beschikkingsmacht plaats, waardoor de heffing niet in lijn is met de visie van een economische verkrijgersbelasting.

#### 5.5 Mijn voorkeursalternatieven

In deze paragraaf worden de alternatieven op het huidige artikel 10 SW 1956 besproken die mijn voorkeur genieten. Hierbij worden een tweetal alternatieven besproken waarbij artikel 10 SW 1956 kan komen te vervallen, alsmede een alternatief waarbij artikel 10 SW 1956 onder aangepaste vorm behouden wordt. Opgemerkt dient te worden dat de alternatieven waarbij artikel 10 SW 1956 komt te vervallen mijn persoonlijke voorkeur genieten, echter vereisen deze alternatieven een drastischere aanpassing waardoor de wetgever wellicht terughoudender wordt met het invoeren hiervan. Voor de volledigheid wordt daarom een alternatief besproken waarbij artikel 10 SW 1956 kan blijven bestaan.

##### 5.5.1 Alternatief 1: Geheel aansluiten bij de economische verkrijger

Vanuit de literatuur is veelvuldig opgeroepen tot een grondige herziening van de SW 1956.<sup>359</sup> Hierbij werd onder andere gesteld dat de Successiewet meer aansluiting moest zoeken bij de economische verkrijger. De economische verkrijger is de persoon wiens feitelijke beschikkingsmacht<sup>360</sup> toeneemt (in

---

<sup>356</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld N.G.G. Gubbels, *'Turbo- en superturbo-testament'*, WPNR 2001, 6433 alsmede R.T.G. Verstraaten, *'De voorstellen van de commissie Moltmaker op het punt van de fictiebepalingen voor het successierecht'*, WPNR 2000, 6415.

<sup>357</sup> Voor kleine vermogens pakt de afweging tussen estateplanningskosten en besparingsmogelijkheden minder goed uit, omdat de besparingsmogelijkheden kleiner zullen zijn.

<sup>358</sup> Kamerstukken II, 2000-2001, 27 789, nr. 1, p. 30-31.

<sup>359</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld I.J.F.A van Vijfeijken, *'Contouren voor een nieuwe Successiewet'*, WPNR 2004/6576, F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, *'Internationale inspiratie voor een nieuwe Successiewet 1956'*, WFR 2008/6766, F. Sonneveldt, *'Is de toekomst van de Successiewet 1956 te destilleren uit het recente verleden?'*, NTFR 2017/4, I.J.F.A. van Vijfeijken en H.F. van der Weerd-van Jolingen, *'Double Taxation of Inheritances and the Recommendations of the European Commission'*, *EC Tax Review*, 2012-6, p. 315 en S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, *'Bouwstenen voor een betere successiewet?'*, WPNR 2020/7298.

<sup>360</sup> Onder beschikkingsmacht wordt verstaan: *'bevoegdheid om een goed te vervreemden'* (<https://www.juridischwoordenboek.nl/zoek/beschikkingsmacht>). Het gevolg van het hanteren van deze definitie is dat bij bijvoorbeeld een nalatenschap onder bewind niet gesproken kan worden van een toename

andere woorden de persoon wie een economisch voordeel verkrijgt) naar aanleiding van een overlijden of schenking.<sup>361</sup> Bij de per 1 januari 2010 doorgevoerde wijzingen in de SW 1956 leek het er lang op dat meer aansluiting gezocht ging worden bij de economische verkrijger. Uiteindelijk is dit echter niet gebeurd. Als argumenten tegen het verkrijgersconcept werden gegeven dat het zou leiden tot een groot verdelingseffect<sup>362</sup> en dat een dusdanig grote stelselherziening meer studie en voorbereiding vroeg.<sup>363</sup> Daarnaast klonk kritiek uit de praktijk. Zo stelde de Orde van Belastingadviseurs dat niet zomaar de civielrechtelijke achtergrond van de SW 1956 moest worden losgelaten, mede met het oog op zowel nationale als internationale kwalificatieverschillen.<sup>364</sup>

Wanneer gekozen wordt voor het geheel aansluiten bij de economische verkrijging heeft dit in principe het gevolg dat het huidige artikel 10 SW 1956 kan vervallen. In plaats daarvan komt een meer algemene bepaling die tracht het voordeel dat de verkrijger heeft te belasten. Heffing vindt hierbij alleen plaats over de vermogensvermeerdering wanneer daadwerkelijk sprake is van een toename in beschikkingsmacht. Het voorgaande heeft de volgende consequenties op situaties met vruchtgebruik waarop nu het huidige artikel 10 SW 1956 ziet. Op het moment dat het blote eigendom wordt verkregen wordt geen belasting geheven, immers is hier geen sprake van een toename van de beschikkingsmacht bij de verkrijger. Daarentegen wordt het verkrijgen van het vruchtgebruik wel belast, omdat hierbij sprake is van een toename in de beschikkingsmacht van de verkrijger.<sup>365</sup> Het gevolg hiervan is dat de verkrijger van het vruchtgebruik in de heffing wordt meegenomen voor de volledige waarde van hetgeen verkregen is. Wanneer het vruchtgebruik eindigt ontstaat het tweede heffingsmoment. Op dit moment verandert het blote eigendom naar volle eigendom waardoor de verkrijger van het blote eigendom nu beschikking heeft over het volle eigendom en zijn beschikkingsmacht dus toegenomen is. Voorgaande wordt kort toegelicht aan de hand van een versimpeld voorbeeld.<sup>366</sup>

#### **Voorbeeld 5.1**

*Vader en moeder zijn getrouwd onder gemeenschap van goederen. Gezamenlijk hebben zij twee kinderen. Vlak voor het overlijden van vader is een vruchtgebruiktestament opgemaakt. De nalatenschap van vader bedraagt €500.000. Het blote eigendom heeft hierbij een waarde van €125.000 en de waarde van het vruchtgebruik bedraagt €375.000. Uitgegaan wordt van een belastingtarief van 20%.*

*Op het moment van overlijden van vader wordt moeder belast voor de gehele waarde van de nalatenschap. De waarde van de nalatenschap bedraagt €500.000 waardoor de verschuldigde erfbelasting €100.000 bedraagt. De kinderen verkrijgen het blote eigendom, echter is hierover geen erfbelasting verschuldigd omdat geen sprake is van een toename in beschikkingsmacht bij de kinderen.*

van de feitelijke beschikkingsmacht van de verkrijger. De verkrijger kan immers niet het goed vervreemden in deze situatie.

<sup>361</sup> De definitie van een economische verkrijger kan dan bijvoorbeeld als volgt luiden: 'Voor de toepassing van deze wet wordt onder de economische verkrijger de persoon verstaan wiens feitelijke beschikkingsmacht toeneemt naar aanleiding van een schenking of overlijden. Onder een toename in de feitelijke beschikkingsmacht wordt verstaan een toename in de bevoegdheid om een goed te vervreemden of bezwaren.'

<sup>362</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15, p. 1.

<sup>363</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 10.

<sup>364</sup> Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, 'Reactie op de contouren van een nieuwe Wet schenk- en erfbelasting', Amsterdam, 30 juni 2008

<sup>365</sup> Artikel 3:212 BW. Hetgeen vermeldt gaat niet op wanneer bij vestiging van het genotsrecht de bevoegdheid om het goed te vervreemden of bezwaren aan de genotsgerechtigde is gegeven.

<sup>366</sup> Bij dit voorbeeld is onder andere geen rekening gehouden met de geldende vrijstelling.

*Enkele jaren later komt moeder tot overlijden. Op dit moment eindigt het vruchtgebruik en hebben de kinderen het volle eigendom waardoor sprake is van een toename in beschikkingmacht. Tevens verkrijgen de kinderen uit de nalatenschap van moeder. In totaal verkrijgen de kinderen €400.000 + €500.000 = €900.000 Hierover is €180.000 aan erfbelasting verschuldigd.*

Opgemerkt dient te worden dat de vader zijn nalatenschap tweemaal wordt belast. De eerste keer op het moment van overlijden van vader en andermaal op het moment dat moeder komt te overlijden. Het gevolg hiervan is dat het aantrekkelijker wordt om als vader zijnde direct aan de kinderen te laten vererven, omdat de nalatenschap dan maar eenmalig wordt belast. Het nadeel hieraan is echter dat de verzorgingsbehoefte van de langstlevende ouder potentieel in de problemen kan komen. Dit knelpunt kan mogelijk opgelost worden door het slim afstemmen van de geldende tarieven en vrijstellingen. In mijn optiek is echter het hanteren van een belastingkrediet systeem een beter alternatief.<sup>367</sup> In een dergelijk systeem kan de betaalde belasting door de langstlevende ouder, die betrekking heeft op het blote eigendom, worden omgezet in een belastingkrediet. De kinderen kunnen vervolgens op het moment van overlijden van langstlevende ouder het belastingkrediet toepassen om de belasting die zij verschuldigd zijn te verminderen. Hierdoor betalen de kinderen, met betrekking tot de nalatenschap van vader, alleen belasting over de waardeangroei die plaatsvindt wanneer van bloot naar vol eigendom wordt gegaan. Het voordeel hierbij is dat moeder kan beschikken over de nalatenschap van vader waardoor haar verzorgingsbehoefte niet in de problemen komt. Voorgaande wordt kort toegelicht aan de hand van een voorbeeld.

#### **Voorbeeld 5.2**

*Bij de toepassing van dit voorbeeld wordt uitgegaan van dezelfde casus als besproken in voorbeeld 5.1. Op het moment van overlijden van vader is moeder €100.000 erfbelasting verschuldigd, hetgeen ze betaalt uit haar eigen vermogen. Het gedeelte van het bedrag dat toebehoort aan het blote eigendom kan hierbij omgezet worden in een belastingkrediet. Om dit bedrag te berekenen moet gebruik gemaakt worden van de volgende formule:  $((\text{Waarde blote eigendom} / \text{totale belaste verkrijging moeder}^{368}) \times \text{verschuldigde erfbelasting moeder})$ . Het belastingkrediet bedraagt in deze casus  $(€125.000 / €500.000) \times €100.000 = €25.000$ .*

*Op het moment van overlijden van moeder bestaat haar nalatenschap uit €900.000. Hiervan is €500.000 afkomstig uit de nalatenschap van haar man en €400.000 uit haar eigen vermogen. In principe zou hierover €180.000  $(20\% \times €900.000)$  aan erfbelasting verschuldigd zijn, echter mag over dit bedrag het eerder bepaalde belastingkrediet afgetrokken worden.<sup>369</sup> Hierdoor is enkel €155.000 aan erfbelasting verschuldigd.*

#### **5.5.1.1 Voordelen**

Het voordeel van het aansluiten bij de economische verkrijger is dat daadwerkelijk alleen belasting geheven wordt wanneer sprake is van een toename in de beschikkingmacht. Het enkel verkrijgen van een bloot eigendom wordt in deze visie niet belast, terwijl de waardeangroei van bloot naar vol eigendom wel belast wordt. Dit alternatief sluit (logischerwijs) goed aan bij de visie van een

<sup>367</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld mede I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Heffing van successierecht over onderbedelingsvorderingen: aanknopen bij de economische realiteit', WFR 2008/308.

<sup>368</sup> In dit voorbeeld is geen rekening gehouden met eventueel geldende vrijstellingen waardoor de verkrijging gelijk is aan de belaste verkrijging.

<sup>369</sup> Specifieker geldt dat het belastingkrediet afgetrokken mag worden van het gedeelte dat toerekenbaar is aan de verkrijging van vader. Hierdoor geldt dat niet €100.000 maar €75.000 aan erfbelasting over de verkrijging van vader verschuldigd is.

economische verkrijgersbelasting. Daarnaast heeft het aansluiten bij de heffing op het moment dat de beschikkingmacht toeneemt als voordeel dat de verkrijger eenvoudiger aan zijn belastingplicht kan voldoen. Tenslotte kan een heffing die aansluit bij de economische verkrijger ook leiden tot meer begrip voor de SW 1956.<sup>370</sup>

#### 5.5.1.2 Nadelen

Een nadeel van het aansluiten bij de economische verkrijger is dat het een ingrijpende stelselwijziging vereist. Een dergelijke stelselwijziging kan veel kosten met zich meebrengen. Daarnaast kan het leiden tot internationale kwalificatieverschillen doordat niet meer aangesloten wordt bij het civiele recht.

#### 5.5.1.3 Oordeel

In mijn optiek is het geheel aansluiten bij de economische verkrijger een goed alternatief op artikel 10 SW 1956. De besproken voordelen wegen naar mijn mening zwaarder dan de nadelen. Afgevraagd kan echter worden of het voorlopig een reëel alternatief is. Bij de doorgevoerde wijzigingen van 1 januari 2010 leek het immers ook lang op dat meer aansluiting gezocht ging worden bij de economische verkrijging.<sup>371</sup> Voorlopig lijkt het echter of koudwatervrees bestaat voor het invoeren van een dergelijke grote stelselwijziging. Een mogelijke tussenweg die bewandeld kan worden is het huidige artikel 10 SW 1956 meer aansluiting te laten zoeken bij de economische realiteit, zonder dat hierbij het artikel komt te vervallen. In paragraaf 5.5.3 wordt vandaar onderzocht of en in hoeverre het huidige artikel 10 SW 1956 meer aansluiting kan vinden bij de economische realiteit.

#### 5.5.2 Alternatief 2: Uitgaan van de waarde in het economische verkeer bij waardering bloot eigendom en vruchtgebruik

Het doel van artikel 10 SW 1956 is om te voorkomen dat een omzetting plaatsvindt van eigendomsrecht naar niet-vererfbaar genotsrecht, waarbij de nalatenschap wordt verkleind, zonder dat hierbij bij leven een voelbaar offer gebracht is. Bij het bepalen van de waarde van het bloot eigendom en het vruchtgebruik wordt hierbij uitgegaan van de forfaitaire waarderingsregels van de SW 1956. De verkleining van de nalatenschap, hetgeen artikel 10 SW 1956 tracht te voorkomen, wordt echter juist veroorzaakt door deze forfaitaire waarderingsregels.<sup>372</sup> Wanneer aangesloten wordt bij de waarde in het economische verkeer, heeft dit als gevolg dat de nalatenschap niet verkleind wordt. Artikel 10 SW 1956 is in dat geval overbodig en kan dan worden afgeschaft. Voorgaande zal worden aangetoond aan de hand van een voorbeeld.<sup>373</sup>

#### **Voorbeeld 5.3**

##### *Situatie 1: Geen omzetting van een eigendomsrecht naar een niet-vererfbaar genotsrecht*

*In dit voorbeeld wordt uitgegaan van de volgende casus. Vader is 60 jaar oud en heeft een saldo van €1.000.000 op zijn bank staan. Na inkomstenbelasting wordt een rendement van 3% op het vermogen behaald. De statische levensverwachting van de vader wordt gesteld op twintig jaar, hetgeen daadwerkelijk overeenkomt met zijn moment van overlijden. Vader heeft niet het rendement op het*

<sup>370</sup> Een voorbeeld van een situatie waarbij aansluiting bij de economische verkrijger wellicht tot meer begrip geleden had, wordt besproken in I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De dood van een echtgenote', WFR 2010/508.

<sup>371</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld J. de Jager, 'De Wet schenk- en erfbelasting: evenwichtiger, eenvoudiger', gastcollege gehouden door de staatssecretaris op 14 april 2008 te Tilburg.

<sup>372</sup> De forfaitaire waarderingsregels zijn verouderd waardoor de forfaitaire waardering niet meer de werkelijke waarde benadert. Het gevolg hiervan is dat de waarde van het blote eigendom te laag wordt ingeschat, waardoor als ware sprake is van een gift. De waarde van deze gift wordt echter als nihil beschouwd doordat aangesloten wordt bij de forfaitaire waardering. Zie hiervoor mede voorbeeld 5.3.

<sup>373</sup> Het voorbeeld is ontleend aan N. Idsinga, 'Herbezinning op art. 10 Successiewet 1956', NTFR 2011/11.

vermogen verbruikt alsmede niet geteerd op het vermogen. De zoon van vader heeft een saldo van €700.000 op zijn bank staan.

Op het moment van overlijden van vader bedraagt het vermogen initieel €1.000.000. Hierbij moet opgeteld worden het rendement behaald over dit vermogen van €806.111<sup>374</sup>. De nalatenschap van vader bedraagt dan €1.806.111. Over dit bedrag is erfbelasting verschuldigd voor een totaal van €361.222<sup>375</sup>, waardoor de netto verkrijging van de zoon €1.444.889 omvat. Het vermogen van de zoon bedraagt bij aanvang €700.000. Behaald als rendement is een bedrag van €564.278. Waardoor het vermogen van de zoon €1.264.278 bedraagt. Hier komt de nalatenschap van vader bij, waardoor het totale vermogen van de zoon €2.709.167 omvat.

*Situatie 2: Omzetting van eigen vermogen naar een niet-vererfbaar genotsrecht aan de hand van de forfaitaire waarderingsregels*

*Uitgegaan wordt van hetzelfde feitencomplex. In deze casus draagt vader echter het vermogen aan zijn zoon over onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik. De zoon moet hierbij voor het blote eigendom betalen. Op grond van de forfaitaire waarderingsregels wordt de waarde van het vruchtgebruik bepaald op een bedrag van €600.000<sup>376</sup> en de waarde van het bloot eigendom dientengevolge €400.000.*

*Op het moment van overlijden van vader bestaat zijn nalatenschap uit €400.000 (koopsom die zoon betaalt heeft voor het blote eigendom) + €322.444 (rendement over de waarde van het blote eigendom) + €806.111 (rendement over de waarde van het vruchtgebruik), hetgeen neerkomt op een totaal van €1.528.555. Over deze nalatenschap is een bedrag van €305.711 aan erfbelasting verschuldigd, waardoor de netto verkrijging van de zoon €1.222.844 bedraagt. Op het moment van overlijden van vader groeit het blote eigendom van de zoon naar vol eigendom met een waarde van €1.000.000. Opgeteld moet hierbij worden zijn eigen vermogen met aftrek van de betaalde koopsom<sup>377</sup> en het rendement dat behaald is over het resterende deel van zijn eigen vermogen<sup>378</sup>. Het vermogen van de zoon bedraagt dan €1.541.833. Hier komt de nalatenschap van vader bij, waardoor het totale vermogen van de zoon €2.764.677 omvat.*

*Wanneer de twee situaties vergeleken worden, valt op dat in de tweede situatie de nalatenschap kleiner is. De oorzaak hiervan ligt in de forfaitaire waarderingsregels. In de tweede situatie wordt de waarde van het blote eigendom bepaald op €400.000 aan de hand van deze waarderingsregels. De daadwerkelijke waarde in het economisch verkeer van het blote eigendom is echter €553.676.<sup>379</sup> De zoon heeft vandaar eigenlijk te weinig betaald voor het blote eigendom.<sup>380</sup> Hierdoor vindt een verrijking plaats aan de kant van de zoon en een verarming bij de vader. Op grond van artikel 7:186 lid 2 BW is hier sprake van een gift (aangenomen wordt dat hier sprake is van vrijgevigheid) waarover schenkbelasting verschuldigd is. De SW 1956 sluit echter aan bij de forfaitaire waarderingsregels, waardoor het blote eigendom een waarde van €400.000 heeft. In dat geval heeft de zoon het correcte bedrag betaald, waardoor de waarde van de gift nihil bedraagt.*

<sup>374</sup> Dit bedrag bestaat uit het samengestelde rendement van 3% over het vermogen van vader gedurende twintig jaar.

<sup>375</sup> Hierbij is geen rekening gehouden met de vrijstelling en de eerste tariefschijf van 10%, uitgegaan wordt in zijn geheel van een tarief van 20%. In de rest van dit voorbeeld wordt hiervan mede uitgegaan.

<sup>376</sup> Zie hiervoor artikel 21, lid 13 SW 1956 jo. artikel 5 en 10 Uitvoeringsbesluit SW 1956.

<sup>377</sup> €700.000 - €400.000 = €300.000

<sup>378</sup> Dit bedrag bestaat uit het samengestelde rendement van 3% over €300.000 gedurende twintig jaar.

<sup>379</sup> €1.000.000 / 1,03<sup>20</sup> = €553.676

<sup>380</sup> De zoon heeft €153.676 (€553.676 - €400.000) te weinig betaald. Wanneer hierbij het rendement over dit bedrag wordt meegenomen, wordt uitgekomen op een bedrag van €277.556. Dit bedrag is precies het verschil tussen de waarde van de nalatenschap van vader in situatie 1 en 2.



*Situatie 3: Omzetting van eigen vermogen naar een niet-vererfbaar genotsrecht aan de hand van de waarde in het economische verkeer.*

*Uitgegaan wordt van dezelfde feiten als in situatie 2. Zoon koopt het blote eigendom met zijn eigen vermogen en vader behoudt zich het recht van vruchtgebruik voor. De waarde in het economisch verkeer van het blote eigendom is €553.676.*

*Op het moment van overlijden van vader bestaat zijn nalatenschap uit €553.676 (koopsom die zoon betaalt heeft voor het blote eigendom) + €446.324 (rendement over de waarde van het blote eigendom) + € (rendement over de waarde van het vruchtgebruik), hetgeen neerkomt op een totaal van €1.806.111.<sup>381</sup> Hierover is €361.222 aan erfbelasting verschuldigd, waardoor de netto verkrijging van de zoon €1.444.889 bedraagt. Op het moment van overlijden van vader groeit het blote eigendom van de zoon naar vol eigendom met een waarde van €1.000.000. Opgeteld moet hierbij worden zijn eigen vermogen met aftrek van de betaalde koopsom<sup>382</sup> en het rendement dat behaald is over het resterende deel van zijn eigen vermogen<sup>383</sup>. Het vermogen van de zoon bedraagt dan €1.264.278. Hier komt de nalatenschap van vader bij, waardoor het totale vermogen van de zoon €2.709.167 omvat. Dit bedrag komt overeen met de eerst besproken situatie. Wanneer aangesloten wordt bij de werkelijke waarde is geen sprake van uitholling van de nalatenschap, waardoor artikel 10 SW 1956 afgeschaft kan worden.*

Aan de hand van het voorbeeld is aangetoond dat artikel 10 SW 1956 afgeschaft kan worden wanneer aangesloten wordt bij de werkelijke waarde bij het bepalen van de waarde van het bloot eigendom en het vruchtgebruik. In een dergelijke situatie is namelijk geen sprake van het uithollen van vermogen. Op het voorgaande moet echter een kanttekening geplaatst worden, namelijk in de situatie dat vruchtgebruiker ernstig ziek is en verwacht wordt dat overlijden spoedig volgt. Wanneer aangesloten wordt bij de statische levensverwachting heeft dit als gevolg dat mogelijk een voordeel bij de bloot eigenaar bereikt kan worden wanneer de vruchtgebruiker overlijdt voordat zijn statische levensverwachting bereikt wordt. Tegelijkertijd geldt de omgekeerde situatie wanneer vruchtgebruiker langer leeft dan de statische levensverwachting. In mijn optiek hoeft voor deze situatie niet gecorrigeerd te worden, immers kan men in principe geen invloed uitoefenen op wanneer iemand sterft, waardoor de gunstige of nadelige uitpak als een gegeven gezien moet worden. Dit is naar mijn mening echter anders wanneer vruchtgebruiker ernstig ziek is en verwacht wordt dat overlijden spoedig volgt. In een dergelijke situatie is bekend dat vruchtgebruiker spoedig komt te overlijden en dat dit kan leiden tot een voordeel voor de bloot eigenaar. Naar mijn mening moet in die specifieke situatie een antimisbruikbepaling blijven bestaan.<sup>384</sup> De antimisbruikbepaling is hierbij niet van toepassing wanneer onverwachts, binnen bijvoorbeeld een jaar na de rechtshandeling, de vruchtgebruiker ten overlijden komt. De bewijslast van het onverwachts overlijden, ligt in verband met het medisch geheim, bij de belastingplichtige.

#### *5.5.2.1 Voordelen*

Het voordeel van het aansluiten bij de werkelijke waarde is dat het een minder grote stelselwijziging vereist dan bijvoorbeeld het aansluiten bij de economische verkrijger. Daarnaast lost het uitstekend het probleem op waarop artikel 10 SW 1956 betrekking heeft, immers wordt de nalatenschap niet meer uitgehold wanneer aangesloten wordt bij de werkelijke waarde.

#### *5.5.2.2 Nadelen*

Een nadeel van het alternatief is dat nog steeds een antimisbruikbepaling gehandhaafd moet worden.

<sup>381</sup> Hetzelfde als in situatie 1, van een verkleining van de nalatenschap is geen sprake wanneer aangesloten wordt bij de werkelijke waarde.

<sup>382</sup> €700.000 - €553.676 = €146.324

<sup>383</sup> Dit bedrag bestaat uit het samengestelde rendement van 3% over €146.324 gedurende twintig jaar.

<sup>384</sup> In gelijke zin N. Idsinga, 'Herbezinning op art. 10 Successiewet 1956', NTFR 2011/11.

### 5.5.2.3 Oordeel

Naar mijn mening is het aansluiten bij de werkelijke waarde op papier een goed alternatief. De rekenmodule op de website van de Belastingdienst kan hierbij bijvoorbeeld mede toegepast worden (inclusief een periodiek vastgestelde marktrente) zodat het voor de belastingplichtige niet leidt tot extra administratief werk.

### 5.5.3 Alternatief 3: Behouden artikel 10 SW 1956 met enkele aanpassingen

De twee voorgaande alternatieven vereisen relatief grote aanpassingen in het systeem van de SW 1956. Hierdoor kan het gewenster zijn om het huidige artikel 10 SW 1956 te behouden. Wanneer gekozen wordt voor het behouden van artikel 10 SW 1956, moet in mijn optiek wel meer aansluiting gezocht worden bij de economische realiteit. In dat kader bied ik de volgende aanbevelingen aan.

#### 5.5.3.1 Aanbeveling 1: Sluit aan bij een marktconform interestpercentage in plaats van het huidige percentage van 6%

Op grond van artikel 10 Uitvoeringsbesluit SW 1956 wordt geacht van de belastingplichtige dat een gemiddeld rendement van 6% behaald wordt op het vermogen. Artikel 7 SW 1956 refereert naar dit percentage en doordat artikel 10 SW 1956 verwijst naar artikel 7 SW 1956 heeft dit percentage ook invloed op artikel 10 SW 1956. Dit percentage van 6% is nog afkomstig uit 1980, sindsdien zijn hieraan geen aanpassingen meer gedaan. In de praktijk wordt echter al sinds lange tijd gemiddeld genomen geen rendement van 6% meer behaald op het vermogen. Tegenwoordig liggen de rendementspercentages zelfs soms op een negatieve waarde. Het voorgaande heeft als gevolg dat een groot verschil ontstaat tussen de forfaitaire waarderingsmethode van de SW 1956 en de economische realiteit. Het huidige percentage van 6% kan daarnaast in bepaalde gevallen in strijd zijn met de doelstelling van artikel 10 SW 1956. Zo kan in het geval van een schenking op papier de combinatie van 6% en de huidige lage rentepercentages leiden tot een verkleining van de nalatenschap. Wanneer echter aangesloten zou zijn bij een marktconform interestpercentage heeft dit als gevolg dat geen verkleining van de nalatenschap plaatsvindt.

In de praktijk kan het aansluiten bij een marktconform interestpercentage echter lastig zijn. De markt verandert immers continue en van de wetgever kan niet verwacht worden dat artikel 10 SW 1956 dagelijks wordt aangepast. Daarnaast bestaat voor vruchtgebruik geen markt waar transparante prijsvorming plaatsvindt. Het huidige percentage van 6% ligt echter te ver af van de economische realiteit. In mijn optiek zou deze verlaagd moeten worden naar een percentage dat meer marktconform is. Voor het bepalen van het marktconforme rentepercentage kan bijvoorbeeld aansluiting gezocht worden bij de pensioenmarkt<sup>385</sup>. Zowel vruchtgebruik als pensioenen hebben immers een lange termijn karakter waardoor vergelijking naar mijn mening goed mogelijk is.

#### 5.5.3.2 Aanbeveling 2: Uitgegaan moet worden van een samengestelde rente in plaats van een enkelvoudige rente voor artikel 7 lid 3 SW 1956

Op grond van artikel 7 lid 3 SW 1956 mag een enkelvoudige rente in aftrek genomen worden op de tegenprestatie van de bloot eigenaar. In de praktijk wordt echter meestal een samengestelde rente behaald op het vermogen. De bloot eigenaar wordt vandaar tekort gedaan met aftrek van een enkelvoudige rente. Zowel de koopsom als het rendement moeten buiten de werking van artikel 10 SW 1956 blijven. De bloot eigenaar zou een samengestelde rente behalen over de betaalde koopsom en in mijn optiek zou vandaar uitgegaan moeten worden van een samengestelde rente in artikel 7 lid 3 SW 1956.

---

<sup>385</sup> De pensioenmarkt kent wel een markt waarbij transparante prijsvorming plaatsvindt. Tevens publiceert De Nederlandsche Bank maandelijks een vastgestelde risicovrije marktrente die pensioenfondsen dienen te hanteren voor het verdisconteren.

### *5.5.3.3 Aanbeveling 3: De levenstabel van artikel 5 Uitvoeringsbesluit SW 1956 moet bijgewerkt worden en een onderscheid moet gemaakt worden tussen mannen en vrouwen*

De levenstabel van artikel 5 Uitvoeringsbesluit SW 1956 is één van de factoren van belang voor het bepalen van de waarde van het vruchtgebruik. In een ideale wereld zou voor elk persoon afzonderlijk berekend worden, aan de hand van diens gezondheidstoestand, wat de verwachte leeftijd van overlijden wordt. Logischerwijs is dit geen haalbaar streven. De huidige levenstabel is echter, net zoals het rendementspercentage van 6%, niet meer aangepast sinds 1980. Sindsdien zijn de huidige levensverwachtingen echter gestegen, waardoor naar mijn mening een update van de levenstabel op zijn plaats is. Daarnaast wordt in de tabel geen onderscheid gemaakt tussen mannen en vrouwen. Dit is in mijn optiek onterecht, omdat vrouwen gemiddeld genomen langer leven dan mannen. Doordat geen onderscheid gemaakt wordt in de tabel heeft dit als gevolg dat het voor het bepalen van het vruchtgebruik een rol speelt of de gerechtigde een man of vrouw is.<sup>386</sup> Naar mijn mening zou vandaar een onderscheid gemaakt moeten worden in de levenstabel tussen mannen en vrouwen.

### *5.5.3.4 Aanbeveling 4: Artikel 7 lid 1 SW 1956 moet een negatieve verkrijging op grond van artikel 10 SW 1956 toestaan*

Op grond van het huidige artikel 7 lid 1 SW 1956 mag de verkrijger op de verkrijging in mindering brengen hetgeen opgeofferd is. Hierbij geldt dat de verkrijging niet minder dan nihil mag bedragen. Een mogelijke negatieve waarde mag hierbij niet in mindering worden gebracht op overige verkrijgingen uit de nalatenschap<sup>387</sup> en leidt tevens niet tot een belastingteruggaaf. In mijn optiek is het onterecht dat een mogelijk nadeel niet in aanmerking genomen mag worden, immers wordt een mogelijk voordeel wel in de heffing van artikel 10 SW 1956 betrokken. Artikel 7 lid 1 SW 1956 moet een negatieve verkrijging op grond van artikel 10 SW 1956 toestaan. Deze negatieve verkrijging mag in mindering worden gebracht op de verkrijging die later krachtens erfrecht plaatsvindt.

### *5.5.3.5 Aanbeveling 5: Schaf artikel 10, lid 4 onderdeel a SW 1956 af<sup>388</sup>*

Op grond van artikel 10, lid 4 onderdeel a SW 1956 is artikel 10 SW 1956 niet van toepassing wanneer de verkrijger niet de partner van de erflater is of behoort tot diens bloed- of aanverwanten tot en met de vierde graad of hun partners. In mijn optiek hoort deze voorwaarde afgeschaft te worden. Economisch gelijke gevallen horen op een gelijke wijze behandeld te worden. Artikel 10, lid 4 onderdeel a SW 1956 zorgt echter ervoor dat in bepaalde gevallen, economisch gelijke gevallen niet gelijk behandeld worden. Vandaar dient de voorwaarde afgeschaft te worden naar mijn mening.<sup>389</sup>

### *5.5.3.6 Afsluitende opmerking*

In deze scriptie zijn naast de aanbevelingen gedaan in deze paragraaf, nog meer verbeteringspunten van artikel 10 SW 1956 besproken. Deze verbeteringspunten gelden mede als aanbeveling voor punten waarop het huidige artikel 10 SW 1956 aangepast dient te worden.

## 5.6 Conclusie

In dit hoofdstuk werd onderzocht of het huidige artikel 10 SW 1956 afgeschaft of behouden moest worden. Om hierop een antwoord te zoeken werd onderzocht of betere alternatieven bestonden. Hierbij werd een antwoord gezocht op de deelvraag:

*'Zou artikel 10 SW 1956 afgeschaft of behouden moeten worden en wat zijn mogelijke alternatieven voor het huidige artikel 10 SW 1956?'*

---

<sup>386</sup> Aangenomen wordt dat de rest van de omstandigheden gelijk blijven.

<sup>387</sup> F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019, p. 153.

<sup>388</sup> Wanneer niet overgegaan wordt tot afschaffing geldt hetgeen bepaald in paragraaf 2.3.4.

<sup>389</sup> In gelijke zin bijvoorbeeld I.J.F.A van Vijfeijken, *'Ontwikkelingen in de Successiewet'*, WPNR 2002/6478.

Allereerst is aandacht besteed aan de huidige vormgeving van artikel 10 SW 1956. Deze kent het karakter van een boedelbelasting. In mijn optiek is deze visie niet meer in lijn met de rest van de SW 1956 en moet artikel 10 SW 1956 de gedachte van een verkrijgersbelasting gaan volgen. Hierbij moet tevens aangesloten worden bij de economische werkelijkheid. Als eerste alternatief voor artikel 10 SW 1956 is de quasi-legatenregeling besproken. Naar mijn mening is dit geen goed alternatief, mede vanwege het beperkte bereik en omdat niet alleen heffing plaatsvindt wanneer daadwerkelijk sprake is van een toename in beschikkingsmacht. Als tweede alternatief is de eenjaarsfictie van Moltmaker besproken. Mijns inziens is de eenjaarsfictie van Moltmaker mede geen goed alternatief vanwege grotendeels dezelfde redenen als de quasi-legatenregeling. Daarnaast kan binnen familiebanden te makkelijk heffing van successierecht worden gemedend in dit alternatief met behulp van bijvoorbeeld een turbotestament.

Vervolgens zijn de alternatieven besproken die mijn voorkeur genieten. Allereerst is het alternatief behandeld waarbij geheel aangesloten werd bij de economische verkrijger. In mijn optiek is het geheel aansluiten bij de economische verkrijger een goed alternatief op artikel 10 SW 1956. De besproken voordelen wegen naar mijn mening zwaarder dan de nadelen. Afgevraagd kan echter worden of het voorlopig een reëel alternatief is. Bij de doorgevoerde wijzingen van 1 januari 2010 leek het immers ook lang op dat meer aansluiting gezocht ging worden bij de economische verkrijging. Voorlopig lijkt het echter of koudwatervrees bestaat voor het invoeren van een dergelijke grote stelselwijziging. Als tweede alternatief is het aansluiten bij de werkelijke waarde besproken. Naar mijn mening is het aansluiten bij de werkelijke waarde op papier een goed alternatief, immers wordt de nalatenschap niet meer uitgehold wanneer aangesloten wordt bij de werkelijke waarde. Daarnaast kan de rekenmodule op de website van de Belastingdienst hierbij bijvoorbeeld mede toegepast worden (inclusief een periodiek vastgestelde marktrente) zodat het voor de belastingplichtige niet leidt tot extra administratief werk.

In het laatste deel van het hoofdstuk werd een antwoord gezocht op de deelvraag:

*‘Moet artikel 10 SW 1956 meer aansluiting zoeken bij de economische realiteit?’*

Naar mijn mening zou het huidige artikel 10 SW 1956 meer aansluiting moeten zoeken bij de economische realiteit wanneer gekozen wordt voor het behouden ervan. Wanneer gekozen wordt voor het behouden van het huidige artikel 10 SW 1956 zijn vandaar de volgende aanbevelingen gedaan:

1. Sluit aan bij een marktconform interestpercentage in plaats van het huidige percentage van 6%.
2. Uitgegaan moet worden van een samengestelde rente in plaats van een enkelvoudige rente voor artikel 7 lid 3 SW 1956.
3. De levenstabel van artikel 5 Uitvoeringsbesluit SW 1956 moet bijgewerkt worden en een onderscheid moet gemaakt worden tussen mannen en vrouwen.
4. Artikel 7 lid 1 SW 1956 moet een negatieve verkrijging op grond van artikel 10 SW 1956 toestaan.
5. Schaf artikel 10, lid 4 onderdeel a SW 1956 af.

## Hoofdstuk 6: Conclusie

### 6.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn verschillende aspecten omtrent het huidige artikel 10 SW 1956 besproken alsmede alternatieven op het artikel. In dit afsluitende hoofdstuk zal de beantwoording van de probleemstelling centraal staan. De probleemstelling luidde hierbij als volgt:

*‘Wat zijn mogelijke knelpunten en mogelijke oplossingen van deze knelpunten bij de toepassing van artikel 10 SW 1956 en zou artikel 10 SW 1956 wellicht afgeschaft of vervangen moeten worden?’*

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt een antwoord gezocht op deze probleemstelling. Dit wordt gedaan aan de hand van hetgeen besproken is in de voorgaande hoofdstukken.

### 6.2 Samenvatting en conclusie

Hoofdstuk 2 ving aan met een bespreking van de wetsgeschiedenis van artikel 10 SW 1956. Tot het jaar 1897 bestond de mogelijkheid om erfbelasting te ontgaan door bij een rechtshandeling een vermogensbestanddeel, onder voorbehoud van een genotsrecht, over te dragen aan een ander. Het vermogensbestanddeel dat overgedragen werd, viel hierdoor niet meer in de nalatenschap wat als gevolg had dat geen verkrijging krachtens erfrecht kon plaatsvinden. Hierdoor had de erflater zijn nalatenschap verkleind, zonder hierbij een voelbaar offer te brengen gedurende zijn leven. De wetgever vond dit niet gewenst en met ingang van 1897 werd onder andere de fictiebepaling van artikel 10 SW 1859 ingevoerd. De fictiebepaling is in de loop der jaren meerdere malen aangepast, maar heeft wel altijd zijn karakter van een antimisbruikbepaling behouden. In het vervolg van hoofdstuk 2 stonden de vele voorwaarden en uitzonderingen van artikel 10 SW 1956 centraal. De hoofdregel van artikel 10 SW 1956 luidt hierbij als volgt:

*‘Al wat iemand ten koste van het vermogen van de erflater heeft verkregen in verband met een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen waarbij de erflater of dienst echtgenoot partij was, en alle goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven, worden geacht krachtens erfrecht door overlijden te zijn verkregen, indien:*

- a. de erflater in verband daarmee tot aan zijn overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip het genot heeft gehad van een vruchtgebruik of een periode uitkering, en*
- b. het vruchtgebruik onderscheidenlijk de periodieke uitkering ten laste is gekomen van de verkrijger.’*

In hoofdstuk 3 stond de toepassing van artikel 10 SW 1956 onder het wettelijke en testamentaire erfrecht centraal en werden mogelijke knelpunten die hierbij ontstaan besproken. De opgedane bevindingen uit hoofdstuk 3 kunnen als volgt worden samengevat.

	Artikel 10 SW 1956 van toepassing?	Opmerkingen
Wettelijke verdeling	Nee	De vordering ontstaat van rechtswege, waardoor geen sprake is van een rechtshandeling.
Ouderlijke boedelverdeling	Nee	De vordering ontstaat van rechtswege, waardoor geen sprake is van een rechtshandeling.
Klassiek vruchtgebruiktestament	Nee	In twee situaties zijn mogelijk wel artikel 10 SW 1956 van toepassing. Namelijk wanneer

		in het vruchtgebruiktestament is bepaald dat de waarde van het vruchtgebruik door de langstlevende moet worden vergoed aan de nalatenschap en in de situatie dat een erfdeel toegekend is aan de langstlevende echtgenoot.
Flexibel keuzetestament	Ja	<p>Onder bepaalde voorwaarden is door de wetgever echter goedgekeurd dat artikel 10 SW 1956 geen toepassing vindt wanneer een flexibel keuzetestament wordt toegepast. Deze voorwaarden luiden als volgt:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-‘De mogelijkheid tot ongedaanmaking van de wettelijke verdeling en de keuze voor het vruchtgebruik volgen uit het testament;</li> <li>-De goedkeuring geldt voor het wettelijk erfdeel van de langstlevende volgens het testament. Als zijn erfdeel bijvoorbeeld 1/3 bedraagt ziet de goedkeuring op dit 1/3<sup>e</sup> deel. Als zijn wettelijk erfdeel 1/100 is, dan ziet de goedkeuring alleen op dit 1/100<sup>e</sup> deel;</li> <li>-De ongedaanmaking van de wettelijke verdeling en de aanvaarding van het vruchtgebruiklegaat zijn gedaan binnen de met inachtneming van art. 45 vastgestelde aangiftetermijn.’</li> </ul>
Verdeling nalatenschap samenwonende partners en (stief)kinderen	Nee	<p>Mogelijk echter wel artikel 10, lid 9 SW 1956 van toepassing wanneer de waarde van de schuld boven nominaal komt te liggen naar aanleiding van de oprenting van de schuld. Overigens is onder bepaalde voorwaarden goedgekeurd dat artikel 10, lid 9 SW 1956 geen toepassing vindt in een dergelijke situatie. De voorwaarden hiervoor luiden als volgt:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-‘De goedkeuring geldt voor niet opeisbare geldvorderingen op de als erfgenaam achtergelaten langstlevende partner;</li> <li>-De geldvordering vloeit voort uit een legaat of erfstelling in het testament van de eerst overleden partner waarin de langstlevende partner tot erfgenaam is benoemd;</li> <li>-De geldvordering is verkregen door een kind van de langstlevende partner of de eerst overleden partner;</li> <li>-Partners zijn degenen die op het tijdstip van overlijden van de eerst overleden</li> </ul>

		partner, partners zijn als bedoeld in art. 1a, lid 1, 2, 3 of 5.'
Quasi-wettelijke verdeling	Nee	Artikel 10 SW 1956 is toch van toepassing wanneer de nominale waarde van de overbedelingsschuld groter is dan de waarde van de overbedeling. In een dergelijke situatie wordt de schuld alsnog in de heffing betrokken.
Legaat volle eigendom schuldig blijven inbreng	Nee	Het legaat volle eigendom waarbij de inbreng schuldig wordt gebleven valt in principe onder artikel 10 SW 1956, echter wordt het uitgezonderd in het zesde lid.
Turbotestament	Ja	Het begrip 'rechtshandeling' moet worden gedefinieerd als 'elke handeling die is gericht op enig rechtsgevolg'. Hierdoor valt het turbotestament ook onder het bereik van artikel 10 SW 1956.
Superturbotestament	Ja	Per 1 januari 2010 zijn de woorden 'of een samenstel van rechtshandelingen' toegevoegd aan artikel 10, lid 1 SW 1956. Door deze wijziging valt het superturbotestament ook onder het bereik van artikel 10 SW 1956.
Vooroverlijden verrichter rechtshandeling	Ja	Met ingang van 1 januari 2010 is de uitzondering die gold afgeschaft, waardoor artikel 10 SW 1956 van toepassing is wanneer de verkrijger voor de vruchtgebruiker overlijdt.
Schenking op papier	Ja	Artikel 10 SW 1956 is echter niet van toepassing wanneer jaarlijks 6% rente betaald wordt.

Centraal in hoofdstuk 4 stonden het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat. Allereerst werd het klassieke ik-opa-testament besproken. De toepassing van het klassieke ik-opa-testament leidt ertoe dat opa zijn kind benoemt tot enig erfgenaam onder de last dat aan diens kinderen (de kleinkinderen) een bedrag schuldig erkent wordt. Dit bedrag is pas opeisbaar wanneer het kind van opa overlijdt of wanneer de langstlevende van de ouders van de kleinkinderen overlijdt. Het voordeel van het klassieke ik-opa-testament is dat het mogelijk leidt tot een besparing van erfbelasting op het moment van overlijden van opa. Toepassing van het klassieke ik-opa testament kent tevens echter enkele nadelen. Kleinkinderen die worden geboren na het overlijden van opa hebben geen vordering op opa. Daarnaast bestaat het risico dat de ouders het vermogen al uitgegeven hebben. Tenslotte bestaat ook een kans op dubbele heffing wanneer een klassiek ik-opa-testament toegepast wordt. Met ingang van 1 januari 2010 valt het klassieke ik-opa-testament nog steeds onder het toepassingsbereik van artikel 10, lid 1 SW 1956. Het verschil tussen een klassiek ik-opa-testament en het ik-opa-legaat is dat bij het klassieke ik-opa-testament het kind benoemd wordt tot enig erfgenaam onder de last dat aan diens kinderen een bedrag schuldig erkend wordt en dat bij een ik-opa-legaat opa direct een bedrag legateert aan zijn kleinkind. Dit bedrag is opeisbaar op het moment van overlijden van de ouders van het kleinkind. Een belangrijk verschil ten opzichte van het klassieke ik-opa-testament is dat hierbij geen rechtshandeling plaatsvindt bij het kind van opa. Het gevolg hiervan is dat in principe het ik-opa-legaat niet onder het toepassingsbereik van artikel 10, lid 1 SW 1956 behoort te vallen. Om die reden is met ingang van 1 januari 2010 artikel 10, lid 9 SW 1956 ingevoerd. Op grond van dit lid moeten

verkrijgingen op grond van een legaat onder opschortende tijdsbepaling onder voorwaarden aangemerkt worden als een fictief erfrechtelijke verkrijging. Op grond van artikel 10, lid 9 SW 1956 wordt alleen het erfrechtelijke surplus in de heffing meegenomen. Artikel 10, lid 9 SW 1956 vindt geen toepassing wanneer de nominale waarde van de bedragen die gelegateerd zijn aan de kleinkinderen lager of gelijk zijn aan de erfrechtelijke verkrijging van het kind van opa.

Het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat werken economisch hetzelfde uit, echter is toch gekozen voor verschillende heffingsgrondslagen. Uit de literatuur klinkt op deze beslissing veel kritiek en naar mijn mening is deze kritiek terecht. Op grond van het gelijkheidsbeginsel is het in mijn optiek onterecht om twee economische vergelijkbare situaties niet op een gelijke manier te behandelen. Leidend moet naar mijn mening het economische gevolg van de testamentsvarianten zijn en niet de juridische vorm. In de praktijk wordt echter vaak aangesloten bij het civielrecht en niet bij de economische vergelijkbaarheid in de SW 1956. In mijn optiek sluit de wetgever zich te gemakkelijk aan bij civielrechtelijke begrippen in de SW 1956. De wetgever moet naar mijn mening niet blindelings het civiele recht volgen in de SW 1956. Kritisch moet worden bekeken of het civielrechtelijke in lijn is met wat fiscaal beoogd wordt. Fiscaal lijkt mij de ongelijke behandeling tussen het klassieke ik-opa-testament en het ik-opa-legaat niet gewenst, immers zijn het economisch vergelijkbare situaties. Civielrechtelijk zijn wel verschillen aan te wijzen, echter dient naar mijn mening de economische vergelijkbaarheid leidend te zijn in deze situatie. Daarnaast wordt in mijn optiek teveel waarde gehecht aan het begrip 'rechtshandeling' in artikel 10 SW 1956. Van groter belang moet zijn of de nalatenschap daadwerkelijk wordt uitgehold. In mijn optiek zou vandaar voor beide ik-opa-varianten moeten gelden dat slechts heffing plaatsvindt wanneer de daadwerkelijke nominale waarde van de vorderingen van de kleinkinderen meer bedragen dan hetgeen het kind heeft verkregen van opa. Beide ik-opa-varianten behoren vandaar naar mijn mening onder de heffingswijze van artikel 10, lid 9 SW 1956 te vallen. Mijn voorstel luidt dan ook om in artikel 10, lid 9 SW 1956 op te nemen dat een verkrijging krachtens een legaat of een verkrijging krachtens een last voor de werking van artikel 10 SW 1956 op een gelijke wijze behandeld wordt.

In hoofdstuk 5 werd onderzocht of het huidige artikel 10 SW 1956 afgeschaft of behouden moest worden. Om hierop een antwoord te zoeken werd onderzocht of betere alternatieven bestonden. Allereerst is aandacht besteed aan de huidige vormgeving van artikel 10 SW 1956. Deze kent het karakter van een boedelbelasting. In mijn optiek is deze visie niet meer in lijn met de rest van de SW 1956 en moet artikel 10 SW 1956 de gedachte van een verkrijgersbelasting gaan volgen. Hierbij moet tevens aangesloten worden bij de economische werkelijkheid. Als eerste alternatief voor artikel 10 SW 1956 is de quasi-legatenregeling besproken. Naar mijn mening is dit geen goed alternatief, mede vanwege het beperkte bereik en omdat niet alleen heffing plaatsvindt wanneer daadwerkelijk sprake is van een toename in beschikkingsmacht. Als tweede alternatief is de eenjaarsfictie van Moltmaker besproken. Mijns inziens is de eenjaarsfictie van Moltmaker mede geen goed alternatief vanwege grotendeels dezelfde redenen als de quasi-legatenregeling. Daarnaast kan binnen familiebanden te makkelijk heffing van successierecht worden gemeden in dit alternatief met behulp van bijvoorbeeld een turbotestament.

Vervolgens zijn de alternatieven besproken die mijn voorkeur genieten. Allereerst is het alternatief behandeld waarbij geheel aangesloten werd bij de economische verkrijger. In mijn optiek is het geheel aansluiten bij de economische verkrijger een goed alternatief op artikel 10 SW 1956. De besproken voordelen wegen naar mijn mening zwaarder dan de nadelen. Agevraagd kan echter worden of het voorlopig een reëel alternatief is. Bij de doorgevoerde wijzingen van 1 januari 2010 leek het immers ook lang op dat meer aansluiting gezocht ging worden bij de economische verkrijging. Voorlopig lijkt het echter of koudwatervrees bestaat voor het invoeren van een dergelijke grote stelselwijziging. Als tweede alternatief is het aansluiten bij de werkelijke waarde besproken. Naar mijn mening is het aansluiten bij de werkelijke waarde op papier een goed alternatief, immers wordt de nalatenschap niet



meer uitgehold wanneer aangesloten wordt bij de werkelijke waarde. Daarnaast kan de rekenmodule op de website van de Belastingdienst hierbij bijvoorbeeld mede toegepast worden (inclusief een periodiek vastgestelde marktrente) zodat het voor de belastingplichtige niet leidt tot extra administratief werk.

In het laatste deel van het hoofdstuk werd onderzocht of artikel 10 SW 1956 meer aansluiting moet zoeken bij de economische realiteit. Naar mijn mening zou het huidige artikel 10 SW 1956 meer aansluiting moeten zoeken bij de economische realiteit wanneer gekozen wordt voor het behouden ervan. Wanneer gekozen wordt voor het behouden van het huidige artikel 10 SW 1956 zijn vandaar de volgende aanbevelingen gedaan:

1. Sluit aan bij een marktconform interestpercentage in plaats van het huidige percentage van 6%.
2. Uitgegaan moet worden van een samengestelde rente in plaats van een enkelvoudige rente voor artikel 7 lid 3 SW 1956.
3. De levenstabel van artikel 5 Uitvoeringsbesluit SW 1956 moet bijgewerkt worden en een onderscheid moet gemaakt worden tussen mannen en vrouwen.
4. Artikel 7 lid 1 SW 1956 moet een negatieve verkrijging op grond van artikel 10 SW 1956 toestaan.
5. Schaf artikel 10, lid 4 onderdeel a SW 1956 af.

## Literatuurlijst

### Boeken

- A.R. Autar, W. Burgerhart & F. Sonneveldt (red.), *Compendium Estate Planning*, Den Haag: Sdu 2019
- G.G.B. Boelens, *Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht (Ars Notariatus nr. 161)* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2015
- Günther Esch, Dieter Schulze Zur Wiesche, Wolfgang Baumann, *Handbuch der Vermögensnachfolge: bürgerlich-rechtliche und steuerliche Gestaltung der Vermögensnachfolge van Todes wegen unter Lebenden*, Berlin Erich Schmidt Verlag 1997
- M. Drukker, *'Beschouwingen over de Successiewet 1956'*, Amsterdam: Fed 1957
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, Deventer: Wolters Kluwer.
- N.C.G. Gubbels, *Samenlevingsverbanden in de inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting (FM nr. 136)* 2011
- E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, *Erfrecht*, Kluwer Deventer 2008, nr. 318.
- M.J.A. van Mourik, *Monografieën Privaatrecht: Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008
- F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht, met bindende elementen*, Proefschrift Radboud Universiteit Nijmegen 2004, p. 127.
- F.W.J.M. Schols, *Handboek Erfrecht, zesde druk*, Kluwer, Deventer 2015
- H. Schuttevâer en J.W. Zwemmer, *'De Nederlandse Successiewetgeving'*, Kluwer, Deventer 1998
- F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu 2019.
- W.J.J.G. Speetjens, *De quasiwettelijke verdeling en de facultatieve wettelijke verdeling*, in: *Compendium Estate Planning* (red. A.R. Autar, C.B. Baard, W.D. Kolkman en F. Sonneveldt), Sdu Uitgevers Den Haag 2014.
- C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling (Onderneming en recht nr. 89)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016
- I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer, 2002.
- I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956 (Fiscale Monografieën nr. 100)*, Deventer: Kluwer 2013.
- I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, In: *Cursus Belastingrecht S&E*, Deventer: Wolters Kluwer.
- B.C.M. Waaijer, *Handboek erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011
- J.W. Zwemmer, *De fiscale gevolgen van de vervreemding van goederen*, Deventer: Kluwer 1975

### Artikelen

- P.J.A. Adriani, WPNR 1928/3069.
- Van Beelen, *'Kabinet presenteert standpunt modernisering successiewetgeving'*, NTFR 2001/870.
- D. Van Beelen, *'Op weg naar een nieuwe Successiewet??'*, BB 2007/08-03.
- P. de Beer, J. van den Meer, J. Plantenga en W. Salverda (red), *Voor wie is de erfenis? Over vrijheid, gelijkheid en familiegevoel*, Van Gennep, Amsterdam 2018.
- J. Beers, *'Knelpunten bij het Ik-opa-testament'*, KWEP 2012/38.
- S.O. Bijvank, *'Dient de nieuwe Successiewet zich meer aan te sluiten bij de economische werkelijkheid?'*, FF 2008/187-03.
- P. Blokland, *'Samenwoners en erfrecht; een civiele en fiscale beschouwing'*, Tijdschrift Erfrecht 2016.
- P. Blokland, *'Het successiebesluit van 18 oktober 2016: over een slingerpad naar boven, maar de top is nog niet bereikt!'*, FTV 2017/5-25.
- R.E. Brinkman, *'Schenken op papier, mag dat (onderhands of bij volmacht)'*, FVT 2018/1-2.
- R.E. Brinkman, *'De ik-opa/oma-last en art. 10 SW'*, FTV 2020/1-2.
- W. Burgerhart en F.W.J.M. Schols, *'De schenking en de gift in het nieuwe jaar'*, WPNR 2003/6519
- C.G. Dijkstra, *'Dubbele belasting door samenloop van inkomsten en successiebelasting?'*, WPNR 2008/6757.

H.A. Drielsma *'Fiscale aspecten van vruchtgebruik'*, Preadvis voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1961

Y.D.C. van Duyn, *'Beschouwingen over de Successiewet 1956'*, WPNR 1961/4676.

P.C. van Es, *'Schuldigerkenning uit vrijgevigheid (opeisbaar bij overlijden) als quasi-legaat'*, WPNR 2005/6612.

N.G.G. Gubbels, *'Turbo- en superturbo-testament'*, WPNR 2001, 6433.

N.C.G. Gubbels, *'De verhouding tussen het privaatrecht en het fiscaalrecht in de Successiewet'*, WPNR 2019/7253.

T.C. Hoogwout in *'Erfbelasting over de vrijval van vruchtgebruik'*, VFP 2012/26.

N. Idsinga, *'Herbezinning op art. 10 Successiewet 1956'*, NTFR 2011/11.

W.R. Kooiman *'Fictie van voorbehouden genot reikt steeds verder'*, FVT 2015/3-13.

C.A. Kraan, *'Het nieuwe schenkingsrecht'*, FVT 1991/1.

M. de L. Monteiro, *'Nieuwe vragen over gevolgen voorwaardelijke testamentaire OBV beantwoord'*, NTFR 2004/1298

M. de L. Monteiro, *'De voortdurende mist rondom de reikwijdte van artikel 10 SW 1956'*, KWEP 2016/1.

G.F.S. Refuge en M.E. Kastelein in *'Een merkwaardige uitspraak over een Ik-Oma-testament'*, FTV 2018/9-34.

A.P.M. van Rijn, *'Heffen over vermogensvermeerdering bij de verkrijger'*, WPNR 2008/6757.

M. Schuurman-van Nifterik, *'Waardering quasi-wettelijke verdeling voor en na 1 januari 2010'*, KWEP 2010/2.

D.J. Saija, In: Deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer, NTFR (commentaar op artikel 10).

F.A.M. Schoenmaker, *'Nota n.a.v. nader verslag wijziging SW 1956 naar Tweede Kamer'*, NTFR 2009/2006.

F.A.M. Schoenmaker, *'Wetsvoorstel tot wijziging SW 1956 aangenomen door Eerste Kamer'*, NTFR 2009/2727.

F.A.M. Schoenmaker, *'Artikel 10 SW 1956 is wel van toepassing op 'ik-opa-vordering'*, NTFR 2011/115.

F.A.M. Schoenmaker, *'Art. 10 SW 1956 (oud) is niet van toepassing op 'ik-opa-vordering'*, NTFR 2011/2844.

F.A.M. Schoenmaker, *'Art. 10 SW 1956 en ik-opa-testamenten: een 'lastige' kwestie?'*, NTFR Beschouwingen 2013/6.

F.A.M. Schoenmaker, *'Eindelijk rust inzake het klassieke ik-opa-testament?'*, KWEP 2015/33.

B.M.E.M. Schols, *'De quasi-wettelijke verdeling als 'Teilungsanordnung'''*, WPNR 2004/6571 en WPNR 2004/6572.

B.M.E.M. Schols, Ficties in het successierecht: hopeloos verouderd of springlevend?, Vakblad voor de MKB-adviseur, nr. 2007-9

B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, *'"Enige" civielrechtelijke dogmatiek misstaat in een schenk(ings)- en erfbelasting niet!'*, WPNR 2008/6757.

B.M.E.M. Schols, *'De 'nieuwe' successierechtelijke fictiebepalingen; zonneklaar of doen alsof?'*, WPNR 2009/6802

B.M.E.M. Schols, *'Een inflexibele brief over een flexibel testament'*, FTV 2013/54.

B.M.E.M. Schols, *'Opa's erfenis, fiscale last of civielrechtelijk legaat?'*, FBN 2014/53.

B.M.E.M. Schols, *'Artikel 10 SW: Fictie wordt werkelijkheid?!'*, FBV 2015/17.

B.M.E.M. Schols, *'Oma en de ontbrekende rechtshandeling'*, FBN 2019/12-61.

F.W.J.M. Schols, *'Het nieuwe huwelijksvermogensrecht en het quasi legaat Een suggestie op de valreep'*, WPNR 2006/6656.

F. Sonneveldt, *'Plakken en knippen in de Successiewet 1956'*, NTFR 2001/1454.

F. Sonneveldt, *'De ideale Successiewet vanuit rechtsvergelijkend perspectief'*, WPNR 2004/6576.

F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, *'Internationale inspiratie voor een nieuwe Successiewet 1956'*, WFR 2008/6766.

F. Sonneveldt, *'Is de toekomst van de Successiewet 1956 te destilleren uit het recente verleden?'*, NTFR 2017/4.

L.G.M. Stevens, *'Versterking van de leefvormneutraliteit in het fiscale beleid'*, WFR 2018/33.

J.T. Tol, *'Opa is dood, leve opa?'*, KWEP 2010/4

Vakstudie Nieuws, *Brief Belastingdienst over keuzetestament*, V-N 2013/40.14.

Vakstudie Nieuws, *'Belastingdienst herziet standpunt over keuzetestament: art. 1 lid 3 SW 1956 toch van toepassing'*, V-N 2015/25.16.

Vakstudie Nieuws, *'Beperking wettelijke gemeenschap van goederen vanaf 1 januari 2018. Enkele fiscale gevolgen'*, V-N 2017/25.2.

J.B. Vegter, *'De ik oma beschikking, art. 10 Successiewet 1956 en HR 22 november 2019'*, WPNR 2020/7276.

R.T.G. Verstraaten, *'Fiscale aspecten van het komende versterferfrecht'*, WPNR (1998) 6336.

R.T.G. Verstraaten, *'De voorstellen van de commissie Moltmaker op het punt van de fictiebepalingen voor het successierecht'*, WPNR 2000, 6415.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'Fiscale gevolgen van het nieuwe erfrecht en schenkingsrecht'*, FTV 2001/1.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'Ontwikkelingen in de Successiewet'*, WPNR 2002/6478.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'Contouren voor een nieuwe Successiewet'*, WPNR 2004/6576.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'Heffing van successierecht over onderbedelingsvorderingen: aanknopen bij de economische realiteit'*, WFR 2008/308.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'De Wet schenk- en erfbelasting 2010'*, WPNR 2008/6757.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *Wetsvoorstel 31 930: Gebrek aan visie*, WFR 2009/6829.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'De dood van een echtgenote'*, WFR 2010/508.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'De fictiebepalingen met ingang van januari 2010'*, WPNR 2010/6833.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'De verdeling van een nalatenschap en art. 10, vijfde lid Successiewet'*, WPNR 2010/6835.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'De wijzigingen van de Successiewet gewikt en gewogen (I)'*, WPNR 2011/6879.

I.J.F.A. van Vijfeijken en H.F. van der Weerd-van Jolingen, *'Double Taxation of Inheritances and the Recommendations of the European Commission'*, *EC Tax Review*, 2012-6.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'Fiscale problemen bij een legaat van opa'*, WFR 2012/191.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'Fiscale aspecten van de verdeling'*, WPNR 2012/6944.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'Standpunt Belastingdienst quasiwettelijke verdeling'*, WPNR 2013/6990.

I.J.F.A. van Vijfeijken, *'De discussie over de reikwijdte van artikel 10 SW 1956 na HR 10 oktober 2014, BNB 2014/252'*, FBN 2015/10-54.

I.J.F.A. van Vijfeijken en J.B. Vegter, *'De ikopamaking: eindelijk duidelijkheid?'*, WPNR 2016/7126.

Mw. Mr. L.E. Welkers en Mr. T.F.H. Reijnen, *'Schuldigerkenning uit vrijgevigheid met strekking te worden uitgevoerd na overlijden moet bij notariële akte'*, FBN 2012/5-31.

S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, *'Bouwstenen voor een betere successiewet?'*, WPNR 2020/7298.

J.W. Zemmer, *'De Successiewet op de schop'*, WPNR 2008/6757.

M.I. van Zielst, *'Een regeling analoog aan de quasi-legatenregeling in de Successiewet 1956\*'*, WPNR 2011/6886.

## Jurisprudentie

Rechtbank Haarlem 11 juni 2009, nr. AWB 08/5589, V-N 2009/43.2.5

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5579, Notamail 2015, nr. 217.

Rechtbank Den Haag 19 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8080, NTFR 2018/2250

Rechtbank Den Haag 8 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2844, V-N 2019/42.10, NTFR 2019/2187.

Hof Arnhem 19 juni 1963, nr. 388/62, BNB 1963/294.

Hof Arnhem 8 februari 1989, nr. 2629/1987, BNB 1990/228, V-N 1989/1414.

Hof Amsterdam 19 oktober 1989, PW 19 790

Hof Amsterdam 2 september 2010, nr. 09/00461 t/m 09/00463, V-N 2010/54.1.2  
Hof Arnhem-Leeuwarden 9 januari 2018, ECLI:NLGHARL:2018:199.  
Gerechtshof Den Haag 9 juli 2019 nr. 17/00878, NTFR 2019/2474.

HR 2 januari 1903, PW 9536.  
HR 26 mei 1926, PW 12 157.  
HR 17 juni 1959, nr. 14.000, BNB 1959/306.  
HR 24 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY1760  
HR 2 juli 1965, BNB 1965/207.  
HR 8 januari 1986, nr. 22.852, BNB 1986/105  
HR 26 februari 1986, nr. 23 336, BNB 1986/163  
HR 16 maart 1988, nr. 24 458, BNB 1988/219.  
HR 11 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4084, BNB 1989/260  
HR 19 december 1990, nr. 26.759, BNB 1991/121, V-N 1991/718.  
HR 8 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1991, BNB 1996/290  
HR 19 juni 2009, nr. 08/01165, NTFR 2009/1427, BNB 2009/224.  
HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7268, BNB 2012/46  
HR 20 januari 2012, nr. 10/04493, V-N 2012/8.26, NTFR 2012/424, , FED 2012/29.  
HR 10 oktober 2014, nr. 13/04777, BNB 2014/252  
HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:319, BNB 2016/117  
HR 22 november 2019, nr. 18/03218, V-N 2019/57.13, NTFR 2020/16, BNB 2020/16.

Conclusie A-G van Ballegooijen 2 december 2008, nr. 08/01165, NTFR 2008/2240.  
Conclusie A-G IJzerman 22 mei 2019, nr. 18/03218, NTFR 2019/2001.

## Kamerstukken

Kamerstukken II, 1948/49, 915, nr. 3  
Kamerstukken II, 1962-1963, 3771, nr. 6  
Kamerstukken II 1999-2000, 27 245, nr. 3  
Kamerstukken II 2000/2001, 27 789, nr. 1.  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9  
Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10  
Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 13  
Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13  
Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15  
Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 16  
Kamerstukken II, 2009-2010, 31 930, nr. 37  
Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 40  
Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 48  
Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 54  
Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 68  
Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 76  
Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 86  
Kamerstukken I, 2009-2010, 31 920, D  
Kamerstukken I 2009-2010, 31 930, D  
Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. F  
Kamerstukken II, 2011-2012, 33 004, nr. 5  
Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 17  
Kamerstukken II 2018/2019, 35 000, IX, nr. 4.

Kamerstukken II 2018/2019, 32140, nr. 50.

### Besluiten en mededelingen

Brief Ministerie van Financiën van 12 oktober 2009, aan de Voorzitter van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, kenmerk DB/2009/596U.

Brief van de staatssecretaris van 29 oktober 2009, Kamerstukken II, 2009-2010, 31 930, nr. 76

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 6 januari 2011, nr. DGB2010/6643M, Stcrt, 2011, 574

Besluit van 18 oktober 2016, nr. BLKB2016/130M

### Overig

Rapport van de werkgroep modernisering successiewetgeving o.l.v. J.K. Moltmaker, *De warme, de koude en de dode hand*, 13 maart 2000.

J. de Jager, 'De Wet schenk- en erfbelasting: evenwichtiger, eenvoudiger', gastcollege gehouden door de staatssecretaris op 14 april 2008 te Tilburg.

<https://www.juridischwoordenboek.nl/zoek/beschikkingsmacht>

<https://www.iex.nl/Rente-Koers/190185839/Nederland-30-jaar.aspx>.

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/18/bouwstenen-voor-een-beter-belastingstelsel-tweede-kamer>